

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JÚLIA XAVIER ROSA DA SILVA

Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os fundamentos de
compliance

Ribeirão Preto

2020

JÚLIA XAVIER ROSA DA SILVA

Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os fundamentos de
compliance

Versão Corrigida

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestra em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Saad Diniz

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática daFDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

XS586c Xavier Rosa da Silva, Júlia
Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os
fundamentos de *compliance* / Júlia Xavier Rosa da Silva; orientador
Eduardo Saad Diniz. -- Ribeirão Preto, 2020.
149 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2020.

1. CRIMINALIDADE CORPORATIVA. 2. AUTORREGULAÇÃO.
3. *COMPLIANCE*. 4. CRIMINOLOGIA. 5. ÉTICA CORPORATIVA.
I. Saad Diniz, Eduardo, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: SILVA, Júlia Xavier Rosa da Silva.

Título: Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os fundamentos de *compliance*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovada em: **19 de outubro de 2020**

Banca Examinadora

Prof. Dr. **Fernando Andrade Fernandes** - Instituição: UNESP/Franca

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **João Daniel Rassi** - Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Guilherme Adolfo dos Santos Mendes** - Instituição: USP/FDRP

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

“O preço é alto. A gente se questiona, a gente se culpa, a gente se angustia. Mas o destino, a vida e o peito às vezes pedem que a gente embarque. Alguns não vão. Mas nós, que fomos, viemos e iremos, não estamos livres do medo e de tantas fraquezas. Mas estamos para sempre livres do medo de nunca termos tentado.” (Ruth Manus).

Eu cerquei-me das melhores pessoas para embarcar neste meu sonho. Então, vem o desejo de agradecer, profundamente, todas elas.

Em primeiro, agradeço ao meu orientador Professor Eduardo Saad Diniz, pela oportunidade de realizar esta dissertação em parceria. Sem a sua supervisão, apontamentos, leituras e sugestões bibliográficas, conselhos e conversas, eu definitivamente não poderia ter chegado até aqui.

Agradeço ao meu eterno mestre Professor Fernando Andrade Fernandes, minha gratidão por, ainda nos bancos da graduação, ter despertado em mim o interesse pela pesquisa.

Agradeço a todas as amigas que fiz na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, companheiras da vida acadêmica, sem as quais esta jornada não teria sido tão prazerosa.

Agradeço à Vânia e ao Omar, pelo acolhimento e trabalho realizado.

Agradeço à Carol Muniz, ao Túlio Januário, ao Lucas Liotti e ao Gustavo de Carvalho Marin, que muito contribuíram com a pesquisa.

Agradeço a minha irmã de alma, Juliana Galina, por tornar essa trajetória mais leve e acompanhar-me dia após dia na construção deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos, por todo carinho e companheirismo.

Agradeço a minha família, por tanto e tudo.

Agradeço ao meu pai, pelo apoio em todos os seus sentidos possíveis.

Sempre. Em memória a minha mãe.

RESUMO

SILVA, Júlia Xavier Rosa da. **Controle e regulação da criminalidade corporativa: revisitando os fundamentos de *compliance***. 2020. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

A presente dissertação de mestrado aborda a relação entre a criminalidade corporativa e as estratégias de controle e regulação para o fomento à autorregulação. O principal objetivo da pesquisa é analisar estratégias de controle que buscam desconstruir as estruturas de incentivo à criminalidade disseminadas no ambiente empresarial. Parte-se da hipótese de que as medidas de *law enforcement* e de *compliance* empresarial, em geral, não têm levado a mudanças significativas de comportamento ético no ambiente corporativo. Para tanto, o trabalho é realizado a partir de revisões bibliográficas, utilizando o método dedutivo e divide-se em três capítulos. Inicialmente, são revisadas algumas contribuições da criminologia para a compreensão da criminalidade corporativa e de suas técnicas de neutralização, bem como para análise das práticas restaurativas como modelos de reação a esta criminalidade. Posteriormente, abordam-se os principais elementos da tecnologia de *compliance* a fim de compreender sua importância e utilidade. No último capítulo, analisam-se duas abordagens de culpa empresarial para o enfrentamento da criminalidade corporativa e o fomento da autorregulação. Ao final, verifica-se como a gestão corporativa baseada em evidências e a avaliação das políticas e procedimentos de *compliance* podem funcionar como canais precursores para a ética corporativa.

Palavras-chave: Criminalidade corporativa. Autorregulação. *Compliance*. Criminologia. Ética corporativa.

ABSTRACT

SILVA, Júlia Xavier Rosa da. **Control and regulation of corporate crime: revisiting the foundations of compliance.** 2020. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020.

This master's dissertation discusses the relation between corporate crime and control and regulation strategies to promote self-regulation. The main objective of the research is to outline control strategies that seek to deconstruct the structures to encourage crime disseminated in the business environment. The main hypothesis is that law enforcement and corporate compliance measures, in general, don't lead to significant changes in ethical behavior in the corporate environment. Thus, this work is carried out based on bibliographic reviews, using the deductive method and is divided into three chapters. Initially, some contributions from criminology are reviewed with the purpose of comprehending corporate crime and its neutralization techniques. Subsequently, the main elements of compliance technology are addressed in order to understand their importance and utility. In the last chapter, two approaches of corporate guilt are analyzed as possibilities to fight corporate crime and foster self-regulation. Then, this research verifies if the evidence-based corporate management, as well as the evaluation of compliance policies and procedures, can act as leading channels for corporate ethics.

Keywords: Corporate crime. Self-regulation. Compliance. Criminology. Corporate ethics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACFE - *Association of Certified Fraud Examiners*

CCO - *Chief Compliance Officer*

CE – *Corporate Ethos*

CGU – Controladoria Geral da União

CP – *Corporate Policy*

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

DOE – Diário Oficial do Estado

DPA – *Deferred Prosecution Agreement*

FCA – *False Claims Act*

FCPA – *Foreign Corrupt Practices Act*

GRC – Governança, Risco e *Compliance*

IPC - Índice de Percepção da Corrupção

JFSP – Justiça Federal de São Paulo

MPF – Ministério Público Federal

NPA – *Non-prosecution Agreement*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PCF - *Proactive Corporate Fault*

RCF – *Reactive Corporate Fault*

SOX – *Sarbanes-Oxley Act*

SSP-SP – Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS NA PESQUISA DA CRIMINALIDADE CORPORATIVA	25
1.1. Edwin Hardin Sutherland e o <i>white-collar crime</i>	25
1.1.1. A atualidade da pesquisa de Edwin Sutherland	30
1.1.2. As críticas à definição de <i>white-collar crime</i>	33
1.1.2.1. <i>Crimes ocupacionais e crimes corporativos</i>	38
1.1.2.2. <i>O crime corporativo como crime estrutural</i>	40
1.2. A teoria da escolha racional	43
1.2.1. A teoria da escolha racional do crime corporativo de Sally Simpson e Raymond Paternoster	47
1.3. As técnicas de neutralização	51
1.3.1. Notas sobre as oportunidades ilegítimas e as subculturas delinquentes	54
1.3.2. A incorporação das técnicas de neutralização e a formação de subculturas criminais no ambiente corporativo	56
1.4. Práticas restaurativas como modelo de reação à criminalidade corporativa e estratégias regulatórias para o <i>compliance</i>	61
1.4.1. O processo de <i>shaming</i>	61
1.4.2. Fundamentos de justiça restaurativa	64
1.4.3. A regulação responsiva como mecanismo de fomento à autorregulação	68
1.4.4. Outras opções de estratégias regulatórias para o <i>compliance</i>	70
CAPÍTULO 2 REVISITANDO OS FUNDAMENTOS DE <i>COMPLIANCE</i>	75
2.1 Contextualização da autorregulação regulada	75
2.1.1 Antecedentes históricos	75
2.1.2 Noções de autorregulação	78
2.1.3. Os preceitos da boa governança corporativa	80
2.2. Dos programas de <i>compliance</i>	82
2.3. Elementos de um programa de <i>compliance</i>	87
2.3.1. Códigos de ética ou de conduta	87
2.3.2. O <i>compliance officer</i>	90
2.3.2.1. <i>Compliance officer e os deveres de vigilância</i>	93
2.3.3. Canais de comunicação e o <i>whistleblower</i>	95

2.3.3.1. <i>Os mecanismos de proteção do whistleblower</i>	99
2.3.4. Educação e treinamento.....	101
2.3.5. Monitoramento periódico e a figura do monitor	104
CAPÍTULO 3 ESTRUTURAS DE INCENTIVO PARA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS DE LAW ENFORCEMENT E DE COMPLIANCE	108
3.1. Abordagens de culpabilidade empresarial	108
3.1.1. Breves considerações sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica	108
3.1.2. A abordagem de culpabilidade empresarial de William Laufer	113
3.1.3. A abordagem de culpabilidade empresarial de Adán Nieto Martín.....	117
3.2 Ilusões de <i>compliance</i>	121
3.3. Gestão corporativa baseada em evidências	123
3.4. Avaliação de programas de <i>compliance</i>	127
CONCLUSÕES	132
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

Com a sucessão de escândalos corporativos vivenciados nos últimos anos¹, percebemos o potencial lesivo da atividade corporativa sem controle. Os efeitos negativos e os danos resultantes das práticas empresariais² transcendem as fronteiras nacionais e não afetam apenas a economia, mas o meio ambiente, a qualidade de vida social, a disposição de bens e serviços para o consumo, o sistema tributário, o sistema financeiro, a administração pública, bem como as relações de trabalho.

Diante dos prejuízos decorrentes da criminalidade corporativa³, diversas têm sido as teorias criminológicas que foram desenvolvidas, ao longo do tempo, com o objetivo de oferecer um adequado modelo preventivo criminal⁴ e traçar estratégias de controle que buscam desconstruir as estruturas de incentivo à criminalidade disseminadas no ambiente empresarial. Na década de 1930 e 1940, Edwin Sutherland defendeu que a causa pela qual se viola as normas legais seria o processo de associação diferencial. De acordo com o Sutherland, o comportamento criminoso, como qualquer outro comportamento criminal, é resultado de um processo que se desenvolve no meio do grupo social, isto é, é algo que se produz por meio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas leis⁵.

¹ Exemplos ilustrativos a nível nacional e internacional: Caso *Enron* e a falência da *Arthur Andersen*; os casos da *WorldCom* e *Parmalat*; o caso da Zara responsabilizada por trabalho análogo ao escravo; as investigações deflagradas pela Operação Lava Jato; e os desastres ambientais de Mariana e Brumadinho, a quebra do Banco Santos.

² O Ministério Público de Minas Gerais aponta que o rompimento da Barragem de Fundão, pertencente à Samarco Mineração S.A, causou: “efeito em cadeia, ocasionando o extravasamento da Barragem Santarém, de acumulação de água, e retenção de sedimentos, localizada também na área da empresa. Os danos ao meio ambiente foram inevitáveis. A lama de rejeitos devastou o Distrito de Bento Rodrigues, situado a cerca de 5 km abaixo da barragem, foi carreada até o Rio Gualaxo do Norte, a 55 km, desaguando no Rio do Carmo, atingindo em seguida o Rio Doce, afetando também o litoral do estado do Espírito Santo. No distrito de regência, situado no município de Linhares, localizado no Estado do Espírito Santo, os danos às Áreas de Preservação Permanente (APP) nas margens destes cursos d’água são incalculáveis, além dos prejuízos sociais econômicos a diversos proprietários rurais, povos indígenas e à população dos municípios mineiros e capixabas afetados pelo comprometimento da qualidade das águas e deposição de rejeitos”. Disponível em: <<http://www.meioambiente.mg.gov.br/component/content/article/13-informativo/2879-desastre-ambiental-em-mariana-e-recuperacao-da-bacia-do-rio-doce>>. Acesso: 29 out. 2020.

³ Nesta dissertação, as expressões criminalidade corporativa ou crime corporativo são empregadas para designar as práticas lesivas sociais perpetradas por organizações empresariais ou por indivíduos agindo em nome das empresas, independentemente de haver previsão penal no ordenamento jurídico nacional. Não exploramos com afincos os aspectos legais do termo, pois buscamos uma compreensão criminológica da criminalidade corporativa.

⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1033.

⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; COELHO, Cecília Choeri da Silva Coelho. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luis; LOPES, Luciano; ABI-ACKEL, Henrique. *Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais*. 01 ed. Belo Horizonte: Vorto, 2019, v.01, p. 97-98.

Atualmente, surgem novos aportes, provindos da experiência norte-americana⁶, no sentido de enfrentar a criminalidade corporativa por intermédio de estratégias de imposição às empresas, em maior ou menor intensidade, de modelos de autorregulação regulada⁷, do qual os programas de *compliance* estão no “epicentro”⁸.

Os programas de *compliance* anunciam-se, assim, como sistemas de gestão empresarial que têm como objetivo prevenir e, se resultar necessário, identificar e sancionar as infrações às leis, regulamentações, códigos ou procedimentos internos implementados na empresa, promovendo uma cultura ética e moral⁹, bem como modificar uma cultura corporativa que opere como fator criminógeno. E, deste modo, as empresas, assumem perante as entidades públicas a obrigação de se organizarem e de se autorregularem no exercício da sua atividade econômica e de atuarem em conformidade com as regras jurídicas¹⁰.

Matheus de Alencar e Miranda explica que o paradigma atual de política criminal que sugere às corporações o ônus de se organizarem contra comportamentos criminosos (por meio de *compliance*) se inspirou na análise da interação entre empresas e delitos, ou seja, como a reunião de pessoas em prol da atividade econômica, de forma profissional e organizada, poderia impulsionar que estas pessoas cometessem crimes. Segundo o autor, esta análise, no entanto, teria origens na criminologia do colarinho branco de Edwin Hardin Sutherland, tendo sido remodelada e tomado feições próprias que se referem ao diálogo com *compliance*¹¹ ou autorregulação regulada.

Mas, a autorregulação regulada não vem desacompanhada de problemas¹². Conforme explica Gustavo de Carvalho Marin, a difundida institucionalização de uma “ética corporativa” parece prescindir de questionamentos prévios elementares a respeito

⁶ Adán Nieto Martín explica que o *compliance* nasce e se desenvolve nos Estados Unidos e só em tempos recentes, aproximadamente com a última passagem do século, o *compliance* se transportou à cultura jurídica e empresarial europeia. (NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 31).

⁷ Anabela Miranda de Rodrigues explica que a doutrina comumente vem destacando, o que define a autorregulação regulada propriamente dita é a subordinação da autorregulação da entidade privada aos fins e interesses estatais. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 48).

⁸ JAPIASSÚ, op. cit., p. 1033.

⁹ NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org), op. cit., p. 30.

¹⁰ SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 123.

¹¹ MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 25.

¹² SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 2, v. 2, n. 2, dez. 2014, p. 114.

de sua conveniência, por exemplo: qual o conteúdo e os reais propósitos de tal “ética” difundida nas regras de *compliance*? A padronização e a rigidez regulatória da cultura de *compliance*, limitada por parâmetros legais internacionais e também por exigências difusas dos agentes de mercado, não acabariam por prejudicar uma necessária conformação do conteúdo destes mecanismos e de seus graus de austeridade às peculiaridades de cada realidade em concreto?¹³

Pensando numa sociedade global, compreende-se a dificuldade de um país de permanecer alheio aos influxos de modelos legislativos internacionais, considerando que as matrizes das maiores empresas transnacionais que nele operam estão sujeitas às normas e responsabilizações existentes nos sistemas legais de seus países de origem, então, “tornam-se irresistíveis as pressões pela harmonização entre os sistemas jurídicos dos diversos países”¹⁴. Ainda que exista um considerável grau de padronização na estrutura e no conteúdo dos programas de *compliance*, estes devem variar conforme o tamanho e atividade de cada empresa, dependendo de sua atividade, por exemplo, são distintas as obrigações legais a que está submetida¹⁵. O que de fato não se observa na prática.

Na tentativa de superar os *déficits* de transparência e acesso democrático e de estabilizar a segurança dos negócios em nível supranacional, a agenda internacional de prevenção à criminalidade corporativa concentrou seus esforços em medidas de integração das normas penais, baseadas em *international legal standards*¹⁶. Mas a internalização de padrões regulatórios internacionais desconsidera também que o delito não necessariamente faz do agente uma pessoa “moralmente desestruturada”, isto porque determinados fatores podem levá-lo a não dispor das condições concretas necessárias ao

¹³ MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: Eduardo Saad-Diniz; Fabio Casas; Rodrigo de Souza Costa. (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 76-77.

¹⁴ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 14.

¹⁵ NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 30.

¹⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 2, v. 2, n. 2, dez. 2014, p. 113. Também ver: “Frente a la incertidumbre económica y desconfianza en la movilidad internacional de inversiones de capital, se tratan de crear *international legal standards* para incriminar determinados comportamientos económicos arriesgados. Se deducen de eso recombinaciones estructurales y también institucionales en las normas penales a nivel transnacional que ejercen una función de integración (*Integrationsfunktion*) de los mercados en el mismo nivel”. (SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 108, p. 415-441, 2013, p. 423).

cumprimento integral do dever – ainda que objetivasse conduzir-se de acordo com a norma ou tivesse conhecimento do que sua atividade abrangia¹⁷.

Por isso, Saad-Diniz afirma que o padrão de cumprimento de deveres no Brasil não pode ser um mero “transplante” de modelos internacionais. Na tentativa de introduzir os sofisticados instrumentos de *accountability* no ordenamento jurídico nacional, muitas pessoas podem ser injustamente punidas, principalmente se os sistemas de delegação de deveres não estiverem juridicamente controlados pelos instrumentos de proteção dos empregados da empresa¹⁸, podendo formar o que denomina-se de “bodes expiatórios”¹⁹.

Matheus de Alencar e Miranda explica que uma vez que o Estado delega seu dever de prevenção de delitos aos entes corporativos, na esfera das responsabilidades pessoais esse mesmo dever é delegado à alta administração da corporação. A alta administração da empresa, no entanto, pode criar delegação de deveres com repercussão penal que se amplifica por toda a cadeia hierárquica da empresa, resultando situações de risco para muitos empregados, principalmente aqueles de hierarquia mais baixa²⁰.

Embora o país já tenha demonstrado sinais de estar trilhando novos caminhos em matéria de governança corporativa²¹, segundo Saad-Diniz, pouco se tem divulgado sobre

¹⁷ Gustavo de Carvalho Marin explica que: “no contexto brasileiro, esta hipótese se corresponde principalmente à “dependência econômica” de alguns setores e *players*, mas também envolve especificidades da relação da população latino-americana com a legalidade que não se confundem com as estruturas sociais dos países considerados de primeiro mundo, nos quais os *standards* de comportamento empresarial foram estabelecidos ou que detêm maior influência sobre as organizações internacionais”. (MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: Eduardo Saad-Diniz; Fabio Casas; Rodrigo de Souza Costa. (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1ed.São Paulo: LiberArs, 2015, v., p. 78).

¹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 2, v. 2, n. 2, dez. 2014, p. 117.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63. Matheus de Alencar e Miranda explica que em relação ao termo “bodes expiatórios”, Adán Nieto Martín restringe o termo a atribuição da responsabilidade penal a um indivíduo que assume para si a culpa de todos. Matheus de Alencar entende que colocar um funcionário na posição de bode expiatório vai além, incluindo não só este caso de colocá-lo na posição de responsável pelo crime de todo, mas também nos casos em que os sistemas de controle e cultura internos das empresas infringem seus direitos fundamentais para buscar se livrar das sanções. (MIRANDA, Matheus de Alencar e. (In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 32).

²⁰ *Ibid.*, p. 21.

²¹ De forma didática, Gustavo de Carvalho Marin explica os primeiros passos em matéria de governança corporativa no contexto nacional: “se deu no âmbito da Bolsa de Valores de São Paulo a partir de 2001, com medidas como a criação da iniciativa Novo Mercado, a introdução de um cargo de *ombudsman* e a atribuição de maior transparência às atividades desenvolvidas na Bolsa. Já, o direito antitruste brasileiro tem como marco inicial de suas preocupações com *compliance* a edição da Portaria SDE nº 13/2004, por meio da qual foram definidas diretrizes para formação de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI) e se buscou incentivar sua implementação por empresas. Em 2012, a Nova Lei de Lavagem de Dinheiro reforçou o paradigma da autorregulação regulada ao impor a determinados agentes econômicos deveres de controle interno de suas atividades, bem como de comunicação ao Estado de

estratégias inovadoras em gestão e, na maioria das vezes, os programas de *compliance* acabam se confundindo com outros controles da empresa, com *marketing* empresarial, reduzidos à “fachada”, a fórmulas fechadas, ou à aparência de “renovação ética”²².

Muitas das empresas envolvidas na Lava Jato, por exemplo, já possuíam programas de *compliance* antes mesmo do início das investigações²³ e, mesmo assim, tais programas não demonstraram avanços significativos em termos de contenção da criminalidade corporativa e de “renovação ética”²⁴.

A renovação dos costumes corporativos está longe de apresentar resultados mais convincentes; falta muito a ser construído para a mobilização do comportamento corporativo em torno de uma nova orientação normativa. Destaca Saad-Diniz que o cenário é bem menos otimista do que as pesquisas de mercado apresentam como “nova cultura empresarial no Brasil”²⁵.

O cenário de aparente empolgação coletiva com a difusão dos programas de *compliance* – seja em virtude de determinações legais ou de impulsos mercadológicos – permanece pouco claras as condições de adaptabilidade da realidade brasileira²⁶.

A leitura dos balanços e relatórios de *compliance* ainda diz muito pouco. Saad-Diniz explica que se confunde volumetria com métricas de modificação substancial de conduta ética; confundem-se medidas disciplinares contingentes com a existência de

operações financeiras potencialmente destinadas ao branqueamento de capitais. Mais recentemente, voltando a utilizar mecanismos de incentivo, a nova Lei Anticorrupção definiu a existência de programas de *compliance* e a cooperação com as investigações como alguns dos critérios de mensuração da punição administrativa aplicável a pessoas jurídicas”. (MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: Eduardo Saad-Diniz; Fabio Casas; Rodrigo de Souza Costa. (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2015, v., p. 75-76).

²² SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 167.

²³ “É necessário perceber que muitas das empresas envolvidas nesses casos adotavam programas de *compliance* ou de conformidade antes mesmo da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013). As irregularidades ocorreram ainda assim porque a mera existência de estruturas internas de controle nas empresas não é suficiente para a coibição de ilícitos nem para a consolidação da ética no ambiente corporativo”. (LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 10).

²⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 167.

²⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 18.

²⁶ MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: Eduardo Saad-Diniz; Fabio Casas; Rodrigo de Souza Costa. (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1ed. São Paulo: LiberArs, 2015, v., p. 76.

instrumentos testados, verificáveis e replicáveis de detecção de infrações econômicas; reparações negociadas com práticas restaurativas; e *marketing* empresarial com comportamento ético prossocial²⁷.

Ainda no campo das iniciativas de *enforcement*, Saad-Diniz pontua que as investigações, tanto aquelas motivadas pelo alcance extraterritorial do FCPA norte-americano (*Foreign Corrupt Practices Act*), quanto as baseadas no marco normativo nacional (Lei Anticorrupção nº 12.683/2013) não têm repercutido nos indicadores de forma minimamente satisfatória nem para demonstrar sucesso de suas operações, nem mesmo atestar sua qualidade regulatória²⁸.

Jonas Antunes Couto explica que mais do que possuir uma “caixa de ferramentas diversificada”, o regulador precisa saber onde, quando e como utilizá-la. As escolhas regulatórias, devido sua complexidade, precisam ser estratégicas, precisam combinar as abordagens de monitoramento e *enforcement* escolhidas²⁹.

As operações de *enforcement* em curso no Brasil e, com elas, de uma perspectiva macro, as estratégias de controle da criminalidade corporativa, dificilmente podem superar o entrave de que não estão promovendo “motivação intrínseca para *compliance*”³⁰. Por esta razão, Saad-Diniz destaca que o “desacoplamento estrutural”³¹ entre regulados e reguladores acaba resultando em deslegitimação tanto das iniciativas de *enforcement* quanto dos programas de *compliance*, levando ao que William Laufer caracteriza como *compliance game*³².

²⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 18-19.

²⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 167-168.

²⁹ COUTO, Jonas Antunes. *Estratégias regulatórias para o compliance de obrigações de acesso a redes de telecomunicações no Brasil: um estudo de caso sobre a Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 26 e p. 74.

³⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 151

³¹ Saad-Diniz explica que no lugar da proclamada autorregulação regulada, o que se tem concretamente é o sistemático desacoplamento estrutural entre os *players* que deveriam cooperar entrar si, realimentando por falta de inteligência regulatória e operações obsessivas por *law enforcement*. (SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. Tese (Livre-docência), Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2018, p. 213).

³² SAAD-DINIZ, op. cit., p. 151. William Laufer assim explica o *compliance game*: “This game is marked by disincentives for firms to take the measurement of compliance seriously, and a regulatory lethargy to resort to and require anything resembling a compliance science. This game is profitable for many stakeholders, including an ever-burgeoning legion of compliance, regulatory, and legal risk professionals”. (LAUFER, William S. *The missing account of progressive corporate criminal law*. New York University Journal of Law and Business, Vol. 14, nº 01, 2017, p. 07)

Ainda que o *compliance* represente, atualmente, uma das principais manifestações para a prevenção e reação à criminalidade corporativa³³, há uma deficiência mais básica na verificação empírica das evidências sobre as reais necessidades de *compliance*, quais as dimensões do dano movido pelo comportamento corporativo socialmente danoso, qual o perfil dos ofensores, quem e como é vitimizado e quais seriam as alternativas preferenciais de restauração³⁴.

Por isso, Saad-Diniz ensina que a gestão corporativa baseada em evidências científicas é “chave” para avaliação sistemática da efetividade dos programas de *compliance*, o que levaria os padrões de regulação privada a garantir suas práticas a partir de avaliações científicas rigorosas e atuais³⁵.

As empresas estruturam programas de *compliance* internamente, mas raramente avaliam a qualidade e a eficácia de suas políticas e procedimentos de conformidade. No entanto, uma premissa fundamental de gestão (*management*) empresarial é que não se pode administrar o que não se pode medir. Assim, se um programa de *compliance* não pode ser mensurado, este também não pode ser efetivamente administrado³⁶. Para verificar se um programa de *compliance* não é somente um “programa de papel” é fundamental uma avaliação³⁷.

Para que os programas de *compliance* tenham utilidade na interpretação judicial (Saad-Diniz destaca que inclusive em questões mais operacionais de fato e prova), parte-se da premissa de que devem apresentar métricas de sua efetividade. Sem isso, segundo Saad-Diniz, toda a mobilização pode ser reduzida a um indesejável *love for sale*³⁸.

³³ Consoante explica Adán Nieto Martín, a função principal do *compliance* é assegurar o respeito à legalidade dentro da empresa e, especialmente, prevenir e descobrir as condutas ilícitas que possam praticar seus administradores e empregados. (NIETO MARTÍN, Adán. *Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 62).

³⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance na perspectiva da criminologia econômica*. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 168-169.

³⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 96.

³⁶ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 985. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 104.

³⁷ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review* 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

³⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Política Regulatória, Enforcement e Compliance: Análise dos Lineamentos da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal* nº 90 – p. 73-79, Jun-Jul/2019 – Doutrina, p. 74.

A abertura da pesquisa científica no âmbito da criminologia é uma das “pontes” para construção de recomendações mais sólidas sobre as políticas regulatórias, estratégias de *law enforcement* e ações concretas de autorregulação empresarial, bem como para uma profunda redefinição do conceito e do impacto dos programas de *compliance*. Para Saad-Diniz, é a partir da perspectiva criminológica que se espera a construção de um diálogo mais efetivo, apresentando evidências sobre as práticas sociais que poderiam de fato trazer mudanças significativas no ambiente corporativo³⁹.

A importância do cultivo de uma cultura corporativa ética deve ser compreendida criminologicamente, observando a influência que o ambiente empresarial exerce sobre as condutas dos empregados e diretores da empresa. A pressão por resultados, a maximização dos lucros, o clima competitivo corporativo, as técnicas de neutralização difundidas neste ambiente e as oportunidades ilegítimas abrem espaço para a prática delitiva. Neste contexto, não basta a criação de programas de *compliance* formais e desconexos com a realidade da empresa, é necessária a transmissão efetiva dos valores empresariais. É apenas com a incorporação efetiva do aspecto ético que os programas de *compliance* poderão atingir seus objetivos preventivos, não se convertendo num puro *marketing* corporativo⁴⁰.

Além disso, Sérgio Salomão Shecacia destaca que as grandes empresas de hoje são mais do que pessoas poderosas no terreno econômico. São complexas estruturas criminógenas, com organismos sociais e técnicos diversos. Poucos são os empregados que têm uma noção do todo da empresa e mesmo alguns administradores só conhecem sua esfera de atuação, não tendo a capacidade de opinar acerca do funcionamento global da corporação. Com isso, Shecacia explica que diante da complexidade das grandes empresas é possível afirmar que tais agrupamentos empresariais criam um ambiente que facilita e incita os “autores físicos (ou materiais)” a cometerem crimes. Daí surge a noção de não sancionar apenas estes autores materiais (que podem ser substituídos a qualquer momento) mas também a própria empresa⁴¹.

39 SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 169.

40 BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 162.

41 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William T. et. al. *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 354.

Por certo, a criminalidade corporativa não deriva de um ato isolado criminoso (pode até ser analisado em isolado temporalmente), mas deriva de uma complexidade da atividade empresarial. Neste sentido, a culpabilidade da pessoa jurídica pode inclusive ser um instrumento de motivação coativa da auto-organização corporativa, não visto no sentido puro de *jus puniendi* estatal, mas no sentido de reprovação do aspecto organizacional (a culpabilidade pelo defeito da organização ou falhas estruturais na gestão corporativa) e do aspecto ético (a culpabilidade pela não adoção de uma cultura de cumprimento à legalidade e de uma cultura não criminógena) para fomento à autorregulação⁴².

De qualquer forma, como pertinentemente destaca Saad-Diniz, a criminologia econômica, que investiga a aprendizagem e as oportunidades ao delito geradas no âmbito das organizações empresariais, deve ser empregada para descrever o contexto em que surgiram os novos conceitos de responsabilidade penal da pessoa jurídica e oferecer o conteúdo apropriado para se interpretarem os instrumentos de detecção, prevenção e regulação penal das práticas empresariais⁴³.

Mas, destacamos que a pesquisa que propomos nesta dissertação dificilmente merece a qualificação de criminológica. Isto porque nela não há aprofundamento de dados empíricos e dos números relativos a diversos aspectos da criminalidade corporativa tanto no âmbito nacional quanto internacional. Julgamos, entretanto, uma reflexão possível no plano da criminologia teórica

Para desenvolver o debate aqui proposto, esta dissertação foi construída a partir de revisões bibliográficas, utilizando o método dedutivo e dividida em três capítulos. A abordagem é a exploratória, pois o esforço desta pesquisa não é para testar ou confirmar hipóteses, mas sim, reunir elementos que permitam elaborá-las e subsidiar as discussões em andamento na literatura jurídica.

O principal objetivo da pesquisa é analisar estratégias de controle que buscam desconstruir uma cultura criminógena estruturada no ambiente empresarial. Parte-se da hipótese de que o atual controle estatal e as estratégias *compliance* empresarial, em regra, não têm levado a mudanças significativas de comportamento ético no seio corporativo.

⁴² BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 154-187

⁴³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 94.

O primeiro capítulo é estruturado em três objetivos específicos: 1) analisar as contribuições da criminologia na compreensão dos principais fatores, justificações morais e estruturas de oportunidade que levam à criminalidade no ambiente corporativo, com vistas a fundamentar estratégias de prevenção e reação mais efetivas; 2) sistematizar as ideias centrais da prática restaurativa e discutir a viabilidade de sua aplicação nos crimes corporativos e; 3) apresentar algumas opções de estratégias regulatórias para o *compliance*.

O segundo capítulo é estruturado em quatro objetivos específicos: 1) contextualizar os antecedentes históricos da autorregulação regulada; 2) descrever alguns conceitos de autorregulação; 3) sistematizar os aspectos introdutórios do *compliance* corporativo e; 4) conhecer a importância e a utilidade dos elementos da tecnologia de *compliance* para controle da criminalidade corporativa.

O terceiro capítulo é estruturado em quatro objetivos específicos: 1) analisar o atual tratamento jurídico da responsabilidade penal da pessoa jurídica e analisar as abordagens de culpabilidade empresarial desenvolvidas por William Laufer e Adán Nieto Martín; 2) descrever o *compliance game*; 3) compreender o funcionamento de uma gestão corporativa baseada em evidências e; 4) demonstrar a importância da avaliação das técnicas de *compliance*.

CAPÍTULO 1 PERSPECTIVAS CRIMINOLÓGICAS NA PESQUISA DA CRIMINALIDADE CORPORATIVA

1.1. Edwin Hardin Sutherland e o *white-collar crime*

Os estudos de Edwin Hardin Sutherland sobre a criminalidade dos poderosos teve uma grande influência na mudança de perspectiva criminológica na década de 1930 e 1940. Segundo os autores da apresentação da versão norte-americana de 1983, o livro “White Collar Crime” trouxe três grandes contribuições para o campo criminológico: 1) ajudou a refinar o conceito de crime de colarinho branco a partir das novas descobertas; 2) atraiu a atenção de estudiosos para investigar essa nova área de pesquisa; e 3) trouxe uma vigorosa discussão sobre as causas da criminalidade, elevando o nível de sofisticação das teorias sobre a conduta criminosas⁴⁴.

Edwin Sutherland criou o termo *white collar crime*⁴⁵ para dar destaque à posição social dos criminosos (que seria o fator determinante do seu tratamento diferenciado), e trouxe para o campo científico a pesquisa do comportamento de empresários, homens de negócios, e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos, o que antes não ocorria⁴⁶.

Desde a data em que foi cunhada a expressão “white-collar crime”, já se passaram 80 anos. Em 27 de dezembro de 1939⁴⁷, por ocasião do 34º Encontro Anual da *American Sociological Society* (que posteriormente passou a ser denominada de *American Sociological Association*) celebrado na Filadélfia, Sutherland empregou a publicamente,

⁴⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 12-13.

⁴⁵ Sutherland não indicou na sua obra, nem nos artigos que o precederam a razão da expressão “colarinho branco”. Contudo, historicamente sabe-se que as indústrias possuíam uma divisão entre os portadores de colarinho azul (trabalhadores braçais, operários) e os de colarinho branco (trabalhadores intelectuais, da classe social mais privilegiada). Consequentemente, a linguagem cotidiana começou a relacionar tais cores como representação das duas classes envolvidas. (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 12-13).

⁴⁶ VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 35.

⁴⁷ Cumpre destacar que apesar da definição de *white collar crime* ter atingido destaque em 1939 com Sutherland, é possível encontrar, em período anteriores, pesquisas de que também os ricos e poderosos praticavam condutas criminosas. Por sua vez, tal concepção foi sempre marginal, se comparada com a visão dominante de que grande parte da criminalidade poderia ser explicada pela pobreza dos membros das classes sociais mais desfavorecidas, concepção esta recorrente na primitiva sociologia criminal. (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 39).

pela primeira vez, em seu discurso de posse na qualidade de Presidente desta sociedade de sociologia⁴⁸.

Iniciou seu discurso explicando que os economistas à época estavam familiarizados com as estratégias de negócios, mas não estavam acostumados a considerá-las do ponto de vista criminal e os sociólogos estavam familiarizados com o crime, mas não estavam acostumados a considerá-lo em sua expressão no mundo dos negócios⁴⁹.

Quando Sutherland fez este discurso, a criminologia era bem diferente do que é atualmente. Os esforços criminológicos para explicar a conduta criminosa por meio de perspectivas e valores generalistas apresentavam rendimentos insatisfatórios, eram “fúteis” e concebiam de forma indiscriminada o comportamento conforme ao direito⁵⁰.

Até então, os criminólogos utilizam as estatísticas criminais provenientes de histórias de casos individuais e dos valores generalistas da justiça criminal como principais fontes de dados⁵¹. Considerando que os dados provenientes das estatísticas criminais estavam concentrados na classe socioeconômica mais baixa, as teorias do comportamento criminoso deram muita ênfase na pobreza como causa do crime ou em outras condições sociais e traços pessoais que estão assumidamente associados com a pobreza. Sutherland, diferentemente, defendia que as patologias sociais e pessoais não eram uma explicação adequada do comportamento criminoso⁵².

Havia uma criminalidade econômica “latente que ocasionalmente, diante de algum escândalo individual, se tornava pública”. Relacionava-se a condutas de grupos

⁴⁸ No momento de sua posse, o autor proferiu uma histórica palestra perante seus pares sob o título “O criminoso de colarinho branco” - *The White Collar Criminal*, que foi publicada na forma de artigo no ano seguinte pela revista *American Sociological Review* com o nome de “Criminalidade de colarinho branco” – *White-collar Criminality*. (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 10).

⁴⁹ “The economists are well acquainted with business methods but not accustomed to consider them from the point of view of crime; many sociologists are well acquainted with crime but not accustomed to consider it as expressed in business. This paper is an attempt to integrate these two bodies of knowledge” (SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Criminality*. In: *American Sociological Review*, vol. 5, February, 1940, p. 01).

⁵⁰ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 60.

⁵¹ As estatísticas criminais mostravam que crime, como popularmente conhecido, tinha uma alta incidência na classe socioeconômica mais baixa e uma baixa incidência na classe socioeconômica mais alta. Crime, assim como entendido à época, compreendia as violações ordinárias do código penal, assim homicídio, assalto, arrombamento, furto, pequenas subtrações, violações sexuais e entre outras. (SUTHERLAND, Edwin H. op. cit., p. 27-30).

⁵² A suposição das teorias à época era de que o comportamento criminoso poderia ser explicado apenas por fatores patológicos, sejam estes sociais ou pessoais. As patologias sociais que eram enfatizadas eram a pobreza e, vinculadas a esta, moradias pobres, falta de recreações organizadas, inferioridade intelectual e educacional, instabilidade emocional e rompimento de laços familiares. (Ibid, p. 30).

empresariais das mais diversas áreas tais como energia, transporte, mineração, investimentos, bens de consumo, construção etc. Curiosamente, àquela época não havia dados estatísticos disponíveis na justiça criminal para uma devida comparação entre os crimes praticados pelas classes sociais elevadas e baixas. Havia somente indícios (fundamentados em pesquisas isoladas) de que os delitos de colarinho branco eram práticas difundidas. Por sua vez, nos meios empresariais, esses comportamentos eram de conhecimento geral. Mesmo não sendo possível precisar de forma objetiva sua exata frequência, já era possível afirmar que a criminalidade não estava concentrada nas classes sociais mais baixas⁵³.

Então, para que se pudesse compreender os crimes de colarinho branco, a sociologia não poderia se limitar a buscar seus dados somente nas estatísticas criminais. Até porque era difícil acreditar que a justiça criminal revelava todas as violações de normas penais. O sistema punitivo operava e ainda opera (estruturalmente) de forma insuficiente⁵⁴, de modo o sociólogo não podia e ainda não pode ignorar esta questão⁵⁵.

Foi por tal razão que Sutherland empenhou-se em coletar dados para fundamentar suas ideias. Com o fim de assegurar informações mais precisas sobre os crimes de colarinho branco, Edwin Sutherland aprofundou suas pesquisas empíricas investigando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores empresas norte-americanas, envolvendo infrações como concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, marcas e direitos autorais, violações de leis trabalhistas, violações das leis de guerra, fraudes financeiras etc⁵⁶.

Após reunir e tabular os dados de suas investigações, Sutherland chegou à conclusão que aproximadamente 16% das decisões foram feitas na justiça criminal e segundo o autor caso sua análise fosse limitada a estas decisões da justiça criminal, ela

⁵³ VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora da PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 36-67.

⁵⁴ Fernando Andrade Fernandes recorda que o fenômeno da *overload* do sistema punitivo estatal, sobrecarregado tanto no que se refere à previsão dos crimes e respectivas sanções como também nos mecanismos de aplicação do Direito Penal, tornou-o não eficiente e não funcional. (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 97).

⁵⁵ VERAS, op. cit., p. 37-38.

⁵⁶ As 70 maiores empresas utilizadas na pesquisa estavam, salvo duas, incluídas em cada uma das duas listas das maiores 200 empresas não financeiras dos Estados Unidos. Dessas listas foram excluídas as empresas de utilidade pública. A idade média das empresas analisadas era de aproximadamente 45 anos. A análise, ainda, abrangeu as decisões contra as filiais das 70 empresas, quando apontadas nos estatutos, durante o período em que estivera sob controle da empresa matriz. As fontes utilizadas por Sutherland decorriam das decisões das justiças federais, estaduais e, em poucos casos, municipais, conforme publicado no Relatório Federal e no Relatório do Estado Americano. (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 41-42).

demonstraria que 60% das 70 grandes empresas foram condenadas, possuindo uma média de aproximadamente quatro condenações cada. De forma comparativa, Sutherland destacou que em muitos estados norte-americanos, pessoas com quatro condenações eram definidas pelo código à época como “criminosos habituais”. Desta forma, o autor observava que a frequência destas condenações das grandes empresas já eram suficientes para demonstrar a falácia das teorias convencionais de que o crime está relacionado à pobreza ou às patologias pessoais ou sociais ligadas à pobreza⁵⁷.

Os dados alcançados por Sutherland também sugeriam que o crime de colarinho branco tem sua origem no mesmo processo geral condutor de comportamentos criminosos, podendo ser explicado pela teoria da associação diferencial⁵⁸.

Na 4ª edição da obra *Princípios de Criminologia* (1947), Edwin Sutherland revisou suas considerações sobre o aprendizado criminoso, dando vazão aos seus famosos nove princípios da teoria da associação diferencial: 1) o comportamento criminoso é aprendido; 2) o comportamento criminoso é aprendido na interação com outras pessoas em um processo de comunicação; 3) o processo de aprendizagem desenvolve no interior de grupos mais íntimos de pessoas; 4) o processo de aprendizagem envolve as técnicas de prática de crime, simples ou sofisticadas (aspecto objetivo) e, a assimilação dos motivos, razões, impulsos, racionalizações e as atitudes (aspecto subjetivo); 5) os impulsos e motivos são apreendidos por definições favoráveis e desfavoráveis; 6) uma pessoa se torna delinquente por efeito de um excesso de definições favoráveis à violação da lei, que predominam sobre as definições desfavoráveis a essa violação; 7) a associação diferencial pode variar em frequência, prioridade, duração e intensidade; 8) o processo de aprendizagem criminoso por meio da associação com pautas criminais e anticriminais compreende os mesmos mecanismos abrangidos por qualquer outra aprendizagem; e 9) se o comportamento criminoso é expressão de necessidades e valores gerais, não se explica por estes, posto que o comportamento não criminoso também é expressão dos mesmos valores e necessidades⁵⁹.

⁵⁷ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 51-52.

⁵⁸ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 53.

⁵⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 14.

A teoria da associação diferencial demonstrou que o comportamento criminoso é aprendido em associação com àqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável⁶⁰.

Sutherland percebeu os indícios do processo de aprendizagem dos crimes de colarinho branco a partir da análise de que muitos infratores vieram de “boas famílias” e de “bons bairros”, não possuindo registros oficiais de delinquência juvenil. Portanto, os “homens jovens e idealistas” eram engajados na criminalidade através de um processo de aprendizagem da prática negocial⁶¹.

A difusão das práticas ilegais no mercado é outro tipo de evidência de que o crime de colarinho branco está relacionado a associação diferencial. Quando uma empresa desenvolve um método para aumentar os lucros, outras empresas tomam conhecimento deste método e também o adotam⁶².

A teoria da associação diferencial foi, portanto, uma proposta inovadora à comunidade criminológica da época e foi como desdobramento desta teoria que a teoria do crime de colarinho branco se desenvolveu como uma espécie de “joia da coroa” da obra do Sutherland. Destaca Cláudia Cruz Santos que a teoria do crime de colarinho branco parece constituir a “prova inequívoca da validade da teoria da associação diferencial”⁶³. Com efeito, hoje parece não haver mais dúvidas de que a teoria de criminólogo mais conhecida é a do crime de colarinho branco. A teoria do crime de colarinho branco que, de início, possuía um papel secundário, logo se tornou a teoria de Sutherland mais conhecida – apesar das críticas que lhe foram posteriores⁶⁴.

Apesar das críticas, a literatura sobre o *white collar crime* e sobre a teoria da associação diferencial contribui significativamente para esta pesquisa, especialmente a partir da ideia do “aprendizado da conduta delitiva”, quer dizer de que o desvio é aprendido nas interações sociais, é possível traçar estratégias de controle que buscam

⁶⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 351.

⁶¹ Sutherland explicava que muitos casos, os gerentes ordenavam que esses jovens praticassem atividades que consideram antiéticas ou ilegais, e, em outras oportunidades, aprendessem a obter sucesso com aqueles que possuem o mesmo nível. Desta forma, eles aprendiam as técnicas específicas de transgressão da lei e de identificação das situações em que estas podem ser utilizadas. (Ibid., p. 358-359).

⁶² Ibid, p. 360.

⁶³ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 45.

⁶⁴ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 27.

desconstruir os estímulos as atividades ilegais por meio da boa cultura corporativa e por meio do aprendizado ético. No contexto corporativo, um código de valores que demonstre com clareza o repúdio da empresa à criminalidade tem a capacidade de ir desconstruindo os argumentos favoráveis para o cometimento de delitos.

1.1.1. A atualidade da pesquisa de Edwin Sutherland

A pesquisa de Edwin Sutherland foi a primeira a perceber as falhas do sistema de justiça penal no controle do *white collar crime*⁶⁵. Mas, mesmo após oitenta anos do trabalho de Sutherland, os crimes de colarinho branco ainda persistem como um vácuo na reação social e as estatísticas criminais continuam refletindo de forma majoritária a repressão aos delitos tidos como tradicionais⁶⁶, como os crimes contra o patrimônio⁶⁷.

Tal realidade só demonstra que muito ainda precisa ser feito para se atingir maior proporcionalidade na distribuição da justiça penal⁶⁸.

Atualmente, é especialmente na esfera da regulação e controle social formal que se identificam os processos responsáveis pela definição do crime e do criminoso⁶⁹. Os processos podem ocorrer em dois momentos diferentes, a saber: a criminalização primária que é o processo legislativo de produção das normas; e a criminalização secundária que corresponde ao processo de aplicação das normas, ou seja, compreende a ação dos órgãos de investigação, acusação e julgamento, e, ao fim, a execução da pena ou das

⁶⁵ Sutherland explicava que um dos fatores para a aplicação diferenciada da lei em relação ao crime de colarinho branco era em virtude da ausência de comoção pública acerca desses crimes. O autor destacava três razões para a relação diferente entre lei e costumes nesta área: 1) as violações da lei praticadas pelos homens de negócio são complexas e seus efeitos são difusos; 2) as agências públicas de comunicação não expressam os sentimentos morais estruturados da comunidade com relação aos crimes de colarinho branco e; 3) as leis da época para a regulação do comércio pertenciam a uma parte relativamente nova e especializada do ordenamento. (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 103-104).

⁶⁶ VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 56.

⁶⁷ Como exemplo, analisar as estatísticas criminais do INFOPEN - *Levantamento Nacional de Informações*: Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 04 jul. 2020. O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. No Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de Dezembro de 2019, a quantidade presos por crimes contra o patrimônio foi de 504.108 pessoas, representando 50,96% do total.

⁶⁸ VERAS, op. cit., p. 57.

⁶⁹ Juarez Cirino dos Santos explica que “não é o crime que produz o controle social, mas (frequentemente) o controle social que produz o crime: a) comportamento desviante é comportamento rotulado como desviante; b) um homem pode se tornar desviante porque uma infração inicial foi rotulada como desviante; c) os índices de crime (e desvio) são afetados pela atuação do controle social.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Curitiba: Lumen Juris, 2006, p. 19).

medidas de segurança. Alessandro Baratta explica que para cada um desses mecanismos em particular e, para o processo de criminalização, tomado no seu conjunto, há uma série inumerável de pesquisas empíricas que conduzem à crítica do direito penal como um “direito desigual por excelência”⁷⁰, um direito discriminatório, estigmatizante e seletivo.

Alessandro Baratta explica que um dos principais fatores considerados como pressuposto de uma justiça de classe é o fato de os juízes serem provenientes de camadas médias e superiores da sociedade e terem, diante de si, majoritariamente, indivíduos pertencentes à classe proletária. Destacam-se inúmeras condições especialmente desfavoráveis em que se encontram os acusados provenientes de grupos marginalizados em face dos acusados de classes superiores da sociedade: a distância linguística que separa julgados e julgadores, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados renomados. Também o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes das classes inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos de raça, mas também exercida por uma série das chamadas “teorias de todos os dias”, que o juiz tende a replicar na construção da verdade judicial⁷¹.

Por outro lado, a homogeneidade cultural e social dos agentes provenientes de classes mais altas com os membros do órgão Judiciário age a seu favor. Aqui podem ser incluídas todas as particularidades analisadas por Edwin Sutherland acerca da seletividade nos processos judiciais em relação aos agentes de elevado *status* social. Um exemplo de decisão judicial que leva em conta o perfil do acusado é o reconhecimento do estado de necessidade e da exigibilidade de conduta diversa nos delitos de apropriação indébita previdenciária⁷², quando empresários, em dificuldades financeiras, deixam de passar aos cofres públicos as contribuições previdenciárias dos seus funcionários, porém, descontadas de seus salários. Em contrapartida, juízes raramente costumam considerar a

⁷⁰ Para Alessandro Baratta, o mito do direito penal como direito igual para todos pode ser resumido nas seguintes proposições: “a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornarem-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade)”. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juárez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 161-162).

⁷¹ BARATTA, op. cit., p. 177.

⁷² Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

situação financeira precária em que vive os agentes de crimes contra o patrimônio e agem com rigidez para o reconhecimento de um furto famélico⁷³.

Além disso, Fernando Andrade Fernandes e Ana Carolina de Moraes Colombaroli destacam que o policiamento militarizado, centralizado em prisões em flagrante, quase sempre de pequenos traficantes de drogas e delinquentes patrimoniais, também prejudica uma investigação mais ampla, minuciosa e eficiente dos crimes mais graves, conseqüentemente, muitos delitos que dependem de investigação criminal para serem elucidados ou que dependem de apoio da perícia - como no caso dos crimes corporativos - acabam impunes⁷⁴.

Em continuidade aos processos seletivos de criminalização primária e secundária, o processo de execução penal, representado principalmente pelo sistema carcerário, também tem a função de produção e reprodução das relações de desigualdade. O cárcere, segundo Alessandro Baratta, representa a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento ápice de um processo de seleção que inicia ainda antes da intervenção do sistema penal. Segundo o autor, a prisão possui uma função simbólica, quando a punição de certos comportamentos ilegais serve para ocultar um número maior de comportamentos ilegais, socialmente mais danosos, que permanecem imunes ao processo de criminalização⁷⁵.

O cárcere tem atuado como um instrumento de dominação de classe, basta traçar, em linhas gerais, o perfil sociológico da população que ele comporta⁷⁶. Todas as pesquisas sobre população prisional são consoantes na afirmação de que ela é predominantemente formada pelos mais pobres, por negros, pelos que têm menos formação escolar e pelos membros dos grupos sociais marginalizados. E, se é possível que os indivíduos com essas

⁷³ ALMEIDA, Fernanda Alonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 175.

⁷⁴ FERNANDES, Fernando Andrade; COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. *Políticas de segurança pública e instituições do sistema de justiça criminal do Brasil: Ineficiência e propostas de atuação*. In: *Alternativas al sistema de justicia criminal latino-americano: V Simposio de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Publisher: Thomson Reuters La Ley, 2019, p. 185.

⁷⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 166-167.

⁷⁶ No Brasil, as estatísticas criminais apontam que a população prisional é constituída predominantemente por homens, pobres, jovens, negros e mulatos, com pouca instrução, bem como autores de crimes contra o patrimônio. Por exemplo no Levantamento Nacional do período de julho a dezembro de 2019, levantou-se que do total da população prisional somente 796 detentos possuíam o Ensino Superior. Além disso, levantou-se que o total da população penitenciária estadual era de 747.336 pessoas, sendo que 710.407 eram homens (95,06%) e 36.929 eram mulheres (4,94%). Para ver mais informações sobre a população prisional brasileira, acessar: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 04 jul. 2020.

características, por uma série de circunstâncias, cometam proporcionalmente mais crimes, também parece unânime que não é só daí que provém sua excessiva representação. Eles ficam mais facilmente presos nas malhas da lei, em oposição aos ricos e poderosos, cujos delitos vão sendo filtrados ao longo do funcionamento das instâncias formais de controle⁷⁷.

Os crimes do colarinho branco ainda são matéria praticamente desconhecida em detalhes pela opinião pública, pelos operadores do direito, pelos órgãos de investigação e demais órgãos de reação social estatal. Não obstante, seu efeito lesivo interfere cada vez mais na vida social. Muito da grande desigualdade social das nações periféricas é resultado de práticas empresariais predatórias e que desconsideram os bens coletivos e difusos de tais comunidades. Mas, para que se possa organizar de forma mais adequada o controle social a tais condutas, se faz necessária uma revisão do papel das instâncias de reação formal e informal⁷⁸.

Concluimos, assim, que é justamente em virtude desta insuficiência do controle penal sobre a criminalidade corporativa que os estudos de Sutherland ainda se apresentam atuais para esta pesquisa.

1.1.2. As críticas à definição de *white-collar crime*

A concepção tradicional de Sutherland de crime de colarinho branco, que caiu ao gosto popular, teve e ainda tem um fundamental “propósito polêmico e pedagógico”. Desde o princípio, o conceito colocou em xeque a tendência de vincular a criminalidade aos jovens, às classes sociais mais pobres ou a práticas ditas “convencionais”⁷⁹.

Embora a obra deste autor seja reconhecida pela maioria dos sociólogos como um marco na evolução do estudo da criminologia, esta foi alvo de duras críticas, bem como enfrentou certa resistência para ser aceita. Em um período que predominava o rigor científico do positivismo, as principais críticas direcionadas à pesquisa de Sutherland referiam-se à falta de precisão do conceito de crime de colarinho branco.

⁷⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 263-264.

⁷⁸ VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora da PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006, p. 57.

⁷⁹ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 35.

Termos como “respeitabilidade” e “elevada classe social” não revelam um conceito fechado, por vezes, podem gerar dúvidas. São conceitos de natureza predominantemente valorativa e, por isso, são expressões difíceis de se converter em estatísticas, ou até mesmo de serem trabalhadas objetivamente na dogmática penal⁸⁰.

Mas, mesmo diante da maior abertura valorativa do seu conceito, ainda assim, há ainda quem defenda um conceito de crime de colarinho branco essencialmente igual ao apresentado por Sutherland⁸¹, motivo pelo qual passamos a analisá-lo. O conceito inicial de crime de colarinho branco é composto por cinco elementos principais: 1) é um delito; 2) cometido por pessoas respeitáveis; 3) com elevado *status* social; 4) no exercício da sua profissão; e 5) ocorrendo, em regra, uma violação de confiança⁸².

Além da decomposição em cinco elementos, Cláudia Cruz Santos nos lembra de uma nota imprescindível a sua compreensão teleológica: o caráter de impunidade das condutas abrangidas. Inclusive, destaca que na introdução à obra de Sutherland – *White-Collar Crime – The Uncut Version*, X, Gilbert Geis e Colin Goff lembram que a pouca visibilidade do crime de colarinho branco se relacionaria com o desinteresse dos diretores de jornais em noticiarem infrações perpetradas por aqueles que os financiam, fazendo referência à relutância em “morder as mãos que os alimentam”. Cláudia Cruz Santos também destaca que os magistrados tendem a considerar menos danosos os delitos negociais ou profissionais cometidos por aqueles que frequentaram as mesmas escolas, pertenceram às mesmas igrejas e compartilham a mesma vizinhança⁸³.

Em relação aos cinco elementos, a cada um subsiste uma questão que pode ser problematizada. Por exemplo, o conceito de crime de colarinho branco deve abarcar somente aquelas condutas já sancionadas pelo direito penal, ou deve ter, em alguma medida, um pendor reformista do direito penal? O que entender por respeitabilidade? Quais critérios devemos utilizar para deduzir que um agente tem ou não elevado *status* social? Devemos englobar ou excluir, do âmbito do conceito de crime de colarinho

⁸⁰ VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 53-54.

⁸¹ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 28.

⁸² SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 46.

⁸³ Ver especialmente a nota de rodapé 86. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 46.

branco, as profissões ilícitas, com as de estelionatários ou de traficantes? O que caracteriza uma relação de confiança?⁸⁴

Em relação ao primeiro elemento, é comum a crítica à Sutherland, pelo fato de ele ter, eventualmente, incluído, no conceito de crime de colarinho branco, condutas que constituiriam meros ilícitos civis ou administrativos, e não infrações criminais. Grande parte dos comportamentos com os quais Sutherland esteve preocupado – como práticas anticoncorrenciais, violação de patentes e práticas laborais injustas – ou não estava sujeita a sanções penais, ou, raramente, era processada como tal⁸⁵.

Em contrapartida, conforme pontua Cláudia Cruz Santos, apesar de se ter frequentemente criticado o “inventor” do crime de colarinho branco, sustentando que o seu conceito de crime de colarinho branco abrangia condutas que constituíam meros ilícitos civis e administrativos, Sutherland teve a preocupação de focar a sua atenção nos ilícitos penais, o que não o impediu de considerar que vários comportamentos exteriores a este ilícito talvez devessem ser por ele abarcados⁸⁶.

De toda forma, não há que se vislumbrar problemas em eventual adoção ora de um conceito de perspectiva reformista, ora de viés legalista. Isto porque, se a finalidade é criticar a seletividade operada pelo legislador, será mesmo necessário o emprego de um conceito de *white collar crime* desvinculado dos tipos penais já consolidados. Por outro lado, um viés legalista já se impõe se o objetivo é observar eventual desigualdade de tratamento de criminosos de crime de colarinho branco por representantes da polícia, do ministério público e juízes. Até porque uma das funções do criminólogo é justamente reunir material para propor reformas à lei penal⁸⁷.

Em que pese o segundo elemento – a respeitabilidade do agente, Cláudia Cruz Santos o caracteriza quanto à inexistência de antecedentes criminais⁸⁸. A crítica em relação a este elemento diz respeito se a ausência de antecedentes criminais está associada

⁸⁴ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 28.

⁸⁵ JUNQUEIRA, op. cit., p. 28. Ainda, Stuart Green explica que: “At the time he was writing, much of the activity he was concerned with—such as restraint of trade, violation of patents, unfair labor practices, and adulteration or misbranding of food and drugs—either was not subject to criminal sanctions at all, or, if it was, was rarely prosecuted as such”. (GREEN, Stuart. The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, *Buffalo Criminal Law Review*, nº 8, 2004, p. 105).

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 45-46.

⁸⁷ JUNQUEIRA, op. cit., p. 28-29.

⁸⁸ SANTOS, op. cit., p. 45-46.

com a inexistência de condenações precedentes pelos crimes de ruas (*streets crimes*), ou por qualquer outro tipo de crime⁸⁹.

De fato, o conceito de respeitabilidade constitui uma ideia muito imprecisa. A confusão em relação ao conceito cresceu muito no decorrer dos anos, até porque a diferença entre *white collar* e *blue collar worker*, que talvez fosse clara à época de Sutherland, foi, em sua maioria, sumindo ao longo do século XX. Hoje, não é possível afirmar que empregos característicos de *white collar* dispõem automaticamente de respeitabilidade e prestígio social⁹⁰.

Com relação ao terceiro elemento – o elevado *status* social, de acordo com a interpretação de Sutherland diz respeito a um tratamento de que goza alguém junto à sociedade⁹¹. O elemento *status* social também pode ser questionado. É que, na atual sociedade, talvez seja bem complicado encontrar critérios seguros para dividir a linha que separaria as classes sociais. Quais parâmetros usar para fazê-lo? Será que todo empresário possui elevado *status* social? Para os críticos do conceito de Edwin Sutherland, ideias como “alto *status* social”, “elite” e “rico” seriam demasiadamente vagas⁹².

O quarto elemento – praticado no exercício de uma ocupação profissional – embora seja de fácil visualização, também é problemático. Neste caso, destaca-se que, inicialmente, Sutherland quis fazer menção somente a práticas ocupacionais perfeitamente legais. Logo, estariam fora do alcance da categoria quer os criminosos profissionais, como estelionatários, quer os grupos de crime organizado. Quer dizer, este elemento não nos

⁸⁹ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 29.

⁹⁰ Ibid., p. 32. Além disso, Arjan Reurink explica que: “the sharp distinction between the managerial white-collar and the blue-collar segments of the labor force that existed when Sutherland developed the concept had largely disappeared in most advanced industrialized countries by the end of the twentieth century. No longer are white-collar jobs synonymous with high social status, power, prestige, and respectability (Schlegel 1996; Coleman 1996). This “democratization” of white-collar jobs and the opportunities that come with them led some scholars to conclude that many of the crimes that Sutherland was hinting at could now just as well be committed by middleclass people”. (REURINK, Arjan. *From Elite Lawbreaking to Financial Crime: The Evolution of the Concept Of White Collar Crime*, MPIfG Discussion Paper 16/10, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016, p. 08).

⁹¹ Segundo Sutherland: “O criminoso de colarinho branco não se enxerga como criminoso porque não é tratado com os mesmo procedimentos oficiais como outros criminosos e porque o seu *status* é oriundo de outra classe social”. (SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 339).

⁹² JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 29-30.

parece diferenciar as circunstâncias em que os crimes são praticados no âmbito da profissão, de um lado, com aquelas em que o delito é a profissão, de outro⁹³.

Finalmente, passamos a analisar o último elemento – a violação da confiança. Os crimes de colarinho branco, ao que parece, envolveriam, em alguma medida, violação ou manipulação de normas de confiança. Atento a isso, Edwin Sutherland explicou que os diversos tipos de crimes do colarinho branco, no contexto negocial ou profissional, representam, fundamentalmente, em violação de uma confiança implícita ou expressamente depositada⁹⁴.

No entanto, atualmente, experimentamos uma grande dispersão de confiança em vários níveis e, conseqüentemente, de responsabilidade, favorecendo a prática de condutas criminosas não apenas no contexto corporativo. Sendo assim, muitas vezes, pode ser difícil enxergar onde há e onde não há relação de confiança. O que seria, exatamente, relação de confiança?⁹⁵ Como explica Cláudia Cruz Santos, comportamentos desleais entre membros de uma facção criminosa configurariam então crime de colarinho branco, dado porque envolvem relações de cumplicidade fortíssimas. Por certo, a definição em apreço também se afigura demasiadamente vasta⁹⁶.

Por derradeiro, a socióloga Susan Shapiro em “Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime”, originalmente publicado em 1990, corrobora a compreensão de que o *white collar crime* estaria ligado numa violação de confiança⁹⁷. Por sua vez, a autora centraliza a atenção no comportamento criminal e

⁹³ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 30.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 30. Em referência à violação de confiança implícita ou delegada, Sutherland explica que: “These varied types of white-collar crimes in business and the professions consist principally of violation of delegated or implied trust, and many of them can be reduced to two categories: misrepresentation of asset values and duplicity in the manipulation of power. The first is approximately the same as fraud or swindling; the second is similar to the double-cross. The latter is illustrated by the corporation director who, acting on inside information, purchases land which the corporation will need and sells it at a fantastic profit to his corporation. The principle of this duplicity is that the offender holds two antagonistic positions, one of which is a position of trust, which is violated, generally by misapplication of funds, in the interest of the other position” (SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Criminality. American Sociological Review*, vol. 5, February, 1940, p. 3).

⁹⁵ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 36.

⁹⁶ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 70.

⁹⁷ “The concept “white-collar crime” therefore encompasses a spurious relationship between role-specific norms and the characteristics of those who typically occupy these roles. Corporate, occupational, and upper status are related to the distribution of positions of trust which, in turn, provide opportunities for abuse. But that correlation does not justify skipping the intermediate step and identifying the abuses with the status of

não criminoso. Para Susan Shapiro, o que definiria o crime de colarinho branco seria a violação da confiança, isto é, os criminosos do *white collar crime* praticam sua conduta criminosa de forma diversa do infrator comum, dado porque quase nunca utilizam de violência, utilizam-se de conhecimentos específicos e estratégicos vinculados ao aproveitamento dos vínculos de confiança, que se multiplicam na medida em que as relações sociais se tornam mais complexas. Desta forma, a autora defende uma definição de crime de colarinho vinculada ao *modus operandi* do ator econômico, as maneiras pelas quais ele estabelece e explora a confiança e não em suas características⁹⁸.

Do que até aqui fora discutido, em matéria de conceito de crime de colarinho, há muito pouco que podemos concluir que seja consensual. Em razão das diversas incertezas em torno do conceito de crime de colarinho branco, foram propostas novas categorias criminológicas, mais precisas, a princípio. Seriam subconceitos ou classificações de crime de colarinho branco, dotadas de maior operatividade explicativa⁹⁹.

Fornecer uma delimitação mais clara das práticas criminosas cometidas no ambiente empresarial é de grande importância para a presente pesquisa, porque sem uma profunda compreensão criminológica das características da criminalidade corporativa, não se pode diagnosticar corretamente quais os fatores que a determinam e quais as políticas de controle consistentes para a prevenção de infrações neste contexto empresarial.

1.1.2.1. Crimes ocupacionais e crimes corporativos

Várias propostas foram formuladas, mas a que ficou mais conhecida foi a de Marshall Clinard e Peter Yeager. Para os criminólogos, o crime de colarinho branco pode

the perpetrators. Indeed, the correlation between corporate, occupational, or high status and abuse of trust is far from compelling. Offenders clothed in very different wardrobes lie, steal, falsify, fabricate, exaggerate, omit, deceive, dissemble, shirk, embezzle, misappropriate, self-deal and engage in corruption or incompetence by misusing their positions of trust. It turns out most of them are not upper class". (SHAPIRO, Susan. *Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*. American Sociological Review. American Sociological Association: 1990, v. 55, nº 03. p. 358).

⁹⁸ "After 50 years, it is time to integrate the "white-collar" offenders into mainstream scholarship by looking beyond the perpetrators' wardrobe and social characteristics and exploring the *modus operandi* of their misdeeds and the ways in which they establish and exploit trust". (Ibid., p. 363).

⁹⁹ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 37.

ser dividido em dois grandes tipos: os crimes ocupacionais (*occupational crimes*) e crimes corporativos (*corporate crimes* ou *organizational crimes*)¹⁰⁰.

O crime ocupacional¹⁰¹ seria aquele praticado em favor do próprio agente, no curso de sua ocupação ou atividade profissional. Já, o crime corporativo ou organizacional seria aquele praticado por uma coletividade, por funcionários da empresa, em nome e em interesse da corporação. Portanto, se o agente viola a lei agindo no interesse da empresa haverá um delito corporativo, porém, se ele obtém algum benefício em detrimento da própria empresa, o delito pode ser considerado ocupacional¹⁰².

A razão básica para tal distinção está associada a explicação que normalmente os crimes corporativos estão menos vinculados às características pessoais do agente, e mais relacionados com a “dinâmica organizacional”, ou seja, com os objetivos, as condições e a própria dinâmica da empresa. O que não significa que o contexto organizacional e social, nos crimes ocupacionais, não detenha relevância alguma. O que verifica é que nos crimes ocupacionais, há um equilíbrio maior entre, de um lado, a responsabilidade pessoal e, de outro, aspectos organizacionais e sociais, distintivamente do que ocorre com os crimes corporativos¹⁰³.

No mais, o conceito de crime corporativo ou organizacional aqui tratado – ponto de destaque desta dissertação - não inclui somente condutas tipicamente penais, mas também abarca violações do direito civil e administrativo. Inclusive, Clinard e Yeager,

¹⁰⁰ Segundo Saad Diniz, Clinard e Yeager sistematizaram o estudo da criminalidade corporativa e empenharam análise detalhada do comportamento corporativo socialmente desviante. Para Saad-Diniz, surge com eles a classificação das mais representativas violações e subdivididas em três tipos principais: convencional (ordinário); ocupacional; e organizacional. (SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 176).

¹⁰¹ No *crime ocupacional*, o indivíduo, em geral, beneficia-se pessoalmente da comissão do crime. Explica Cláudia Cruz Santos que o *occupational crime* constitui uma categoria de ilícitos econômicos que engloba comportamentos bastante diversificados. Segundo a autora, a abrangência do *occupational crime* desenrola a duas diferentes realidades: “Por um lado, refere-se aos delitos praticados por funcionários contra os interesses das organizações, públicas ou privadas, para as quais trabalham; por outro, engloba também as infrações cometidas por pessoas individuais no exercício das suas atividades”. (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 81).

¹⁰² LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 64.

¹⁰³ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 38.

em *Corporate Crime*, buscaram compreender uma ampla gama de tipos de violações por parte das corporações e de estratégias de *enforcement* a elas aplicadas¹⁰⁴.

Além disso, Clinard e Yeager também demonstraram que as práticas antiéticas empresariais e as violações da lei podem ser atribuídas tanto a fatores estruturais internos¹⁰⁵ – como a cultura corporativa, a complexidade da corporação e o comportamento dos executivos – quanto a fatores estruturais externos à corporação – como fatores econômicos e posições injustas ou difíceis no mercado¹⁰⁶.

Marshall Clinard e Peter Yeager, sem dúvidas, apresentaram definições mais claras das práticas criminosas perpetradas no ambiente corporativo. As contribuições dos criminólogos são um importante marco teórico para esta pesquisa na compreensão criminológica da criminalidade corporativa e, posterior, desenho de estratégias de controle a esta criminalidade.

1.1.2.2. *O crime corporativo como crime estrutural*

Para Adán Nieto Martín quando se aponta que as condutas delitivas cometidas em uma empresa são delitos estruturais, o que se objetiva é destacar, em primeiro lugar, que a explicação da conduta delitiva está determinada por fatores ambientais, procedentes do grupo e, que, adicionalmente, a estrutura de poder dentro de uma empresa é a que determina as pessoas com um maior “risco penal”, por meio da construção, como exemplo, de “bodes expiatórios”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ “Corporate Crime was basically similar in approach to that used by Sutherland: both studied the largest corporations and attempted to cover a wide range of types of violations and enforcement actions. Both define corporate “crime” as violations and enforcement actions. Both define corporate “crime” as violations of administrative and civil as well as criminal law. The both excluded public utility, transportation, communication, and banking corporations on the grounds that these are mainly subject to regulation by commissions” (CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006. Originally published in New York: Free Press, 1980, p. xv).

¹⁰⁵ Para os autores, os objetivos corporativos, a imensidão, a difusão da responsabilidade e a estrutura hierárquica das grandes corporações fomentam condições propícias que conduziram ao desvio organizacional corporativo. Assim vejamos: “The immensity, the diffusion of responsibility, and the hierarchical structure of large corporations foster conditions conducive to organizational deviance. In addition, the nature of corporate goals may promote marginal and illegal behavior, as may the characteristics and the social climate of the industries in which firms operate”. (CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006. Originally published in New York: Free Press, 1980, p. 43)

¹⁰⁶ “Corporate unethical practices and law violations can be attributed to internal structure or to external factors such as an unfair or difficult position in the market”. (CLINARD, op. cit., p. xxxvii).

¹⁰⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63.

Edwin Sutherland, por meio da teoria da associação diferencial, ofereceu a primeira explicação do crime corporativo: a conduta delitiva se aprende quando uma pessoa se associa com aqueles que defendem os benefícios desta conduta e se distancia daqueles que o definem desfavoravelmente. Assim, Adán Nieto Martín explica que no âmbito de uma empresa, a existência de um código de valores com argumentos favoráveis à prática criminosa, iria substituindo, gradativamente, os argumentos negativos¹⁰⁸.

Nieto Martín pontua que esta teoria explicaria a conduta de empregados e dirigentes que, como a maioria das pessoas, em seu processo de socialização interiorizaram que a promessa de subornos ou a lavagem de dinheiro são comportamentos lesivos para os demais e que devem ser evitados. Não obstante, o contato com os valores do grupo lhes daria os motivos necessários (o autor exemplifica: “manter o emprego exige conviver com os subornos”) para deixar de lado seus valores morais e sociais e, então, se engajar com a criminalidade. Os objetivos da empresa se sobrepõem àqueles dos sujeitos individuais e os laços de solidariedade com os membros da empresa resultam mais fortes que o respeito às normas de conduta. Este código de valores é o denominado de “espírito criminal de grupo”, que representa um conjunto de atitudes, técnicas de prática de fatos delitivos, de argumentações e racionalização que encorajam e justificam os comportamentos delitivos¹⁰⁹.

Em relação a forma pela qual surge o “espírito criminal de grupo” em uma corporação, por um lado, se indica como causa principal a liderança da organização - *tone at the top*. Saad-Diniz destaca que o *tone at the top* acaba criando justificativas para a criação de uma elite profissional centrada na figura do líder (*leader-centric*) e, no exagero da exemplaridade moral de suas decisões. Nessa lógica, o líder domina recursos para exercer influência sobre os seus subordinados e, quanto mais pessoas estão sob sua influência, mais recursos pode concentrar¹¹⁰.

Os líderes em seus processos de seleção de pessoal ou de promoção também buscariam funcionários com perfis e valores semelhantes aos deles. Isto, no final, provoca a expansão da cultura do líder dentro da empresa. O sistema de incentivos, de

¹⁰⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63-64.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹¹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 172-173.

remuneração, de recompensas, de promoções e castigos na empresa também ajudaria na difusão da cultura do líder¹¹¹.

Além dos fatores estruturais internos, na cultura empresarial podem também incidir fatores estruturais externos (exógenos), como a economia. É comum que todo um setor do mercado compartilhe uma mesma cultura corporativa. Por exemplo, existem setores com cifras e taxas de crime muito mais altas que outros, assim como, segundo demonstram os índices de corrupção, também existem países ou regiões com índices mais elevados¹¹². A origem de uma má cultura setorial poderia se dever a que, em um setor competitivo, as corporações originariamente cumpridoras das regras não teriam mais remédio que assumir as mesmas estratégias desleais e antiéticas para se manter no mercado.

A pressão do mercado é especialmente importante quando as empresas, em seus produtos ou serviços, não oferecem diferenças consideráveis em sua qualidade ou preço. Nesta hipótese, não resta mais solução senão assumir a corrupção, a publicidade enganosa ou as práticas restritivas da concorrência como estratégia para se permanecer ou ganhar novos mercados¹¹³.

O sistema capitalista atual (também denominado de capitalismo financeiro) também representa um ambiente ideal para o surgimento de práticas delitivas. O capitalismo atual se caracteriza pela presença de grandes investidores institucionais, que movem seus fundos de uma a outra empresa com rapidez, buscando benefícios de curto prazo. Nesta hipótese, as empresas se veem obrigadas a adotar uma direção estratégica centrada especialmente na obtenção de benefícios e na maximização de lucros¹¹⁴.

O segundo ponto de atenção para aqueles que concebem o delito corporativo como delito estrutural é a localização da responsabilidade individual. Nas práticas

¹¹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p.64.

¹¹² O Índice de Percepção da Corrupção (IPC) é o principal indicador de corrupção no setor público do mundo. Produzido desde 1995 pela Transparência Internacional, o IPC avalia 180 países e territórios e os avalia em uma escala de 0 a 100, onde zero significa “altamente corrupto” e 100 significa “muito íntegro”. Por exemplo, no ano de 2019, os países que apresentaram as maiores pontuações foram: Dinamarca, Nova Zelândia, Finlândia, Singapura, Suécia e Suíça; os países com as menores pontuações foram: Venezuela, Iêmen, Síria, Sudão do Sul e Somália. Com isso, o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) de 2019 constatou que a corrupção é mais presente em países onde é maior a influência do dinheiro nas campanhas eleitorais e onde os governos dão atenção apenas às vozes de indivíduos ricos e influentes. (Disponível em: < <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em: 23 jul. 2020).

¹¹³ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 65-66.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 65-66.

delitivas praticadas no interior das corporações, os responsáveis individuais não costumam ser pessoas da alta direção, mas sim dos quadros técnicos, administradores médios e baixos. Nieto Martín explica que este fato vem motivado porque o processo de delegação de funções implica que os níveis superiores não realizam, via de regra, atividades operacionais, limitando-se à supervisão. Consequentemente, os responsáveis diretos pelo danos ocasionados não costumam estar posicionados na alta direção da empresa. Esta transferência do risco penal para os níveis inferiores da estrutura hierárquica da empresarial pode realizar-se tanto de maneira intencional, quanto por meio da construção dos já mencionados “bodes expiatórios”¹¹⁵.

Em relação à transferência do risco se encontra outro aspecto estrutural do delito corporativo, que é o dos problemas de circulação dos fluxos de informação. Nieto Martín afirma que a adoção de uma conduta delitiva no seio da corporação pode ser analisada como um problema de agência, fundamentado na falta de informação dos superiores acerca da atividade dos seus funcionários. Esta falta de informação acerca de quais atividades delitivas que podem ser praticadas pelos subordinados é, sem dúvidas, negativa para o controle. No campo do direito penal, o “fechar os olhos”, a denominada ignorância deliberada, constitui uma forma de evitar a responsabilidade¹¹⁶.

Para esta pesquisa, a teoria estrutural do crime corporativo esmiuçada por Adán Nieto Martín é um importante paradigma explicativo das estruturas internas e externas que incentivam uma empresa a organizar sua cultura mais ou menos conforme o direito. Estratégias de controle e políticas de *compliance* consistentes devem atuar justamente em conter os fatores crimógenos, sejam externos ou procedentes do grupo empresarial.

1.2. A teoria da escolha racional

De acordo com a teoria da escolha racional, o infrator, longe de ser alguém irracional, frustrado, com problemas psíquicos ou marginalizado, seria um ator racional. Esta imagem do infrator, que decorre de Jeremy Bentham, relaciona-se com a análise econômica que o direito vem propugnando desde fins dos anos 60: a decisão de delinquir

¹¹⁵ A designação de responsabilidades dentro da empresa pode ser estruturada com o fim de que uma determinada pessoa seja a que assuma a responsabilidade pelo fato delitivo. (NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 66-67).

¹¹⁶ Ibid., p. 67.

seria fruto da ponderação entre os custos e os benefícios. A escolha do comportamento delitivo ou não delitivo depende da avaliação que o agente faça da relação entre recompensas e castigos de um ou de outro comportamento (a utilidade esperada)¹¹⁷.

Gary Stanley Becker começou a pensar sobre a escolha racional na criminalidade da década de 60, quando dirigia seu carro rumo à Universidade de *Columbia* para aplicar uma avaliação oral a um aluno de teoria econômica. O autor explica que estava atrasado e necessitou escolher apressadamente se parava seu carro, de forma legal, em um estacionamento, porém, longe do local da prova, ou se parava ilegalmente na rua próxima ao lugar para aplicar sua avaliação, correndo o risco, todavia, de sofrer uma multa de trânsito. Nesta oportunidade, realizando um rápido cálculo matemático entre a probabilidade de ser multado, a gravidade da sanção, o custo de estacionar em um local e outro, bem como a pontualidade do seu compromisso, ele optou correr o risco de estacionar no local proibido. Não foi nesse dia que Gary Becker foi multado e a primeira pergunta que fez ao aluno na avaliação foi para calcular o “comportamento ótimo” dos infratores e das agências formais de controle, o que nunca teria sido realizado anteriormente¹¹⁸.

Essa experiência vivenciada por Gary Becker o levou a teorizar sobre as escolhas racionais do ser humano. Durante seu trajeto até chegar à sala de aula onde aplicaria a avaliação, ocorreu-lhe que, talvez, as autoridades públicas também realizassem semelhante cálculo ao elaborar as normas proibitivas e quantificar as respectivas sanções.

Nessa lógica, a frequência de suas revistas a veículos estacionados em lugar proibido, como também o valor da penalidade supostamente aplicável, levariam em conta o cálculo matemático que potenciais infratores realizam ao optar pelo cometimento de uma determinada infração. Quer dizer, o cálculo entre custo e benefício de violar ou não a norma seria realizado tanto pelo possível infrator como pelas autoridades estatais por ocasião da aplicação de determinada sanção¹¹⁹.

¹¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 68.

¹¹⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1038. Nesse mesmo sentido: “The frequency of their inspection of parked vehicles and the size of the penalty imposed on violators should depend on their estimates of the type of calculations potential violators like me would make. Of course, the first question I put to the hapless student was to work out the optimal behavior of both the offenders and the police, something I had not yet done”. (BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 390).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 388.

Naquela época – e apesar das pesquisas de Gabriel Tarde, Edwin Sutherland e dentre outros –, ainda era difusa a ideia de que o comportamento criminal derivaria de influências patológicas, opressão social, etc., e que os delinquentes seriam “indivíduos desamparados”. Em contrapartida, Gary Becker defendia que os criminosos, geralmente, não possuíam motivação radicalmente diferente das outras pessoas¹²⁰.

O autor desenvolveu pesquisas no sentido de que a racionalidade aplicada à criminalidade significaria que algumas pessoas optam por cometer uma conduta delitativa devido ao potencial retorno financeiro ou outras recompensas oriundas do fato delituoso, realizando, portanto, um cálculo que levaria em conta a probabilidade de ser pego e condenado, assim como a severidade da sanção¹²¹.

Ainda, seria correto afirmar que muitas pessoas deixam de cometer crimes por valores morais e éticos, e que não o fariam ainda que fosse benéfico ou que não houvesse o risco de serem descobertas¹²². Por sua vez, também seria verdade que as prisões estariam vazias se tais “atitudes altruístas” sempre prevalecessem. Isto significa que a criminalidade não seria determinada somente pelas preferências racionais dos potenciais infratores, mas que não se deveria esquecer que elas podem ser influenciadas pelo ambiente econômico e social¹²³.

Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Artur de Brito Gueiros Souza, estudando sobre a delinquência corporativa e a teoria da escolha racional, destacam uma consideração pertinente de Guillaume Royer sobre o modelo econômico de Gary Becker: que embora uma pessoa cometa um crime porque os benefícios esperados possam superar os seus possíveis custos, a realidade é muito mais complexa do que o modelo idealizado pelos economistas. Isto porque o fenômeno criminal é explicável, igualmente, por outros

¹²⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1039. Assim explica Gary Becker: “I was not sympathetic to the assumption that criminals had radically different motivations from everyone else. I explored instead the theoretical and empirical implications of the assumption that criminal behavior is rational (see the early pioneering work by Bentham [1931] and Beccaria [(1797) 1986]), but again "rationality" did not imply narrow materialism”. (BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 390).

¹²¹ JAPIASSÚ, op. cit., p. 1039. Nesse sentido: “Rationality implied that some individuals become criminals because of the financial and other rewards from crime compared to legal work, taking account of the likelihood of apprehension and conviction, and the severity of punishment”. (BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 390).

¹²² Gary Becker assim explica: “It recognized that many people were constrained by moral and ethical considerations, and they did not commit crimes even when these were profitable and there was no danger of detection”. (Ibid, p. 390).

¹²³ JAPIASSÚ, op. cit., p. 1039.

fatores criminológicos, endógenos (idade, o sexo, o estado corporal e psíquico) e exógenos (meio econômico, social, familiar ou profissional). Para além da simples comparação do custo e benefício da violação da lei penal, todos esses fatores influenciariam sobre a formação da personalidade criminosa. Não se explicaria, desta forma, matematicamente, a dinâmica da passagem ao ato criminal. Na realidade, a busca de um interesse pessoal ou lucrativo é somente um dos muitos fatores que justificariam a prática de um ato ilegal. Ao invés de imaginar o infrator como um calculador frio dos seus interesses, seria melhor compreender a passagem ao ato (ilícito) à luz de diversas motivações criminais¹²⁴.

Eugene Soltes após ter pesquisado por oito anos o processo de decisão de quase cinquenta líderes condenados por crimes de colarinho branco, também demonstrou que a generalidade dos crimes corporativos analisados não decorreu de considerações formais de cálculo de custos e benefícios feitos pelos agentes. Na realidade, foi constatado que a maioria das ações criminosas foi fruto de decisões inspiradas em intuição pessoal dos executivos, sem uma avaliação cautelosa prévia de custo e benefício. Percebeu-se que muitos dirigentes confiam em suas próprias intuições, não se engajando em um processo deliberativo racional¹²⁵. Mesmo diante de tais ressalvas, o modelo de escolha racional teria uma razoável lógica no âmbito de estudo desta dissertação.

Adán Nieto Martín pontua que existe certo consenso que a teoria da escolha racional tem um alto rendimento explicativo na delinquência corporativa, na medida em que tanto autores individuais, como as empresas, estariam em uma melhor posição para avaliar custos e benefícios do que os infratores no âmbito da criminalidade tida como tradicional. Para o autor, a existência de uma organização corporativa permite gerir a tomada de decisões e processar a informação de maneira mais eficiente, somando-se a isto, se deve ao fato de que se trata de pessoas especializadas (*experts*) e que as práticas que realizam dentro de suas funções (por exemplo, participar de uma licitação pública)

¹²⁴ ROYER, 2009 apud, JAPIASSÚ, 2017, p. 1040.

¹²⁵Eugenes Soltes assim explica: “MANY PEOPLE, federal prosecutors, scholars, and media commentators claim that executives make decisions, including criminal ones, through explicit cost-benefit calculation. Although such deliberate reasoning is consistent with the way many business decisions are made, this explanation seems at odds with how these former leaders made choices that eventually led them to prison. Many were not mindfully weighing the expected benefits against the expected costs. If they had been, even the remote chance of being caught and sent to prison, upending their otherwise comfortable lives, would have weighed heavily on their conscience. But I didn’t see this. Instead, I found that they expended surprisingly little effort deliberating the consequences of their actions. They seem to have reached their decisions to commit crimes with little thought or reflection. In many cases, it was difficult to say that they had ever really “decided” to commit a crime at all”. (SOLTES, 2016 apud LACERDA, 2020, p. 77).

se repetem ao longo do tempo, razão pela qual existem sim maiores possibilidades de efetuar cálculos e fazer correções¹²⁶.

Por fim, cumpre destacar que a proposta desta dissertação não se desenvolve no sentido de uma teoria pura da escolha racional, pelo contrário, defendemos que uma estratégia de controle consistente deverá sopesar tantos os aspectos endógenos e exógenos como partes integrantes de um conjunto de estímulos que compõe o cálculo racional dos atores econômicos.

1.2.1. A teoria da escolha racional do crime corporativo de Sally Simpson e Raymond Paternoster

De acordo com Sally Simpson e Raymond Paternoster, a criminalidade corporativa tem sido objeto de muita conjectura e debate. Diante da sucessão de escândalos corporativos, desencadeou um aumento do ceticismo geral acerca da ética corporativa, bem como da capacidade da sociedade de controlar as práticas empresariais. Neste contexto, é certo que muita atenção tem sido dada à questão da eficácia preventiva das sanções formais no controle da criminalidade corporativa¹²⁷.

Consoante explica Sally Simpson e Raymond Paternoster, diversos seriam os motivos para se acreditar que um modelo tradicional de prevenção (*traditional model of deterrence*¹²⁸) seria útil no controle da criminalidade corporativa.

Em primeiro, os delinquentes do *white collar crime*- especialmente, dos crimes corporativos – estão menos comprometidos com a lesão (ofensa) do que os autores de crimes tidos como tradicionais. Além disso, em suas vidas pessoais e empresariais, os dirigentes são avessos ao risco, receosos em se envolver em práticas que possam ameaçar

¹²⁶NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 68.

¹²⁷ “Currently, the problem of corporate crime is the subject of much conjecture and debate. Case after case of corporate wrongdoing has reinforced American cynicism about business ethics (Rickleffs 1983) and our ability to control the illegal activities of powerful corporations. In this context much attention is centered on the issue of deterrence and the effectiveness of formal legal sanctions in curbing corporate wrongdoing” (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In: Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. *Routine Activity and Rational Choice*. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 37). Neste mesmo sentido: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1040-1041.

¹²⁸ Segundo Sally Simpson a ideia de dissuasão do crime (*deterrence*) estaria fundamentada na racionalidade dos indivíduos, assumindo-se que o medo da sanção é o que iria conduzir os cidadãos ao cumprimento da lei. (SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law and Social Control*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2002, p. 09-10).

o futuro da corporação ou sua própria posição na empresa. Nesse sentido, as sanções formais (tais como multas ou encarceramento) constituem uma significativa ameaça aos potenciais infratores corporativos¹²⁹.

Em segundo, haveria a presunção de que os crimes corporativos seriam “instrumentais” e “estratégicos”, isto é, são provenientes de “cálculos e deliberações”, dirigidos ao “ganho econômico” e a maximização de lucros. São quase nunca “crimes passionais”, não são espontâneos ou emocionais, mas são riscos calculados por “atores racionais”. Diante disso, segundo Sally Simpson e Raymond Paternoster, o cálculo utilitarista assumido pelo modelo de prevenção formal, no qual a ameaça de sanção seria superior ao ganho potencial, parece especialmente pertinente para criminosos corporativos e as circunstâncias nas quais atuam¹³⁰.

Em terceiro, a opinião pública cumpre um papel importante na fundamentação da prevenção formal dos crimes corporativos. A opinião pública, normalmente é favorável a aplicação de sanções mais severas para os criminosos corporativos, em especial em casos de perpetração de delitos graves. Em outras palavras, o público acredita que duras penas de prisão irá coibir a maioria dos delinquentes corporativos de infringir a lei¹³¹.

¹²⁹ “There are many reasons to believe that a traditional model of deterrence should be helpful in understanding corporate crime. It has been argued that white-collar (and especially corporate) offenders are less committed to offending than conventional criminals. Further, in their business and personal lives, managers are risk-averse, unwilling to engage in activity that poses even minimal threats to the future of the corporation or their own position in it. Therefore, formal sanctions such as fines or incarceration provide a meaningful threat to potential corporate offenders” (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 38). No mesmo sentido: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1041.

¹³⁰ “Another argument for the deterrability of corporate crime is the nature of the offense. Corporate crimes are instrumental and strategic. Typical crimes are described as “calculated and deliberative and directed to economic gain” (Kadish 1977:305). They are “almost never crimes of passion; they are not spontaneous or emotional, but calculated risk taken by rational actors” (Braithwaite and Geis 1982:302). Accordingly, these offenses are presumed to be more amenable to a cost-benefit calculus on the part of the perpetrator (Chambliss 1967; Braithwaite and Geis 1982). The utilitarian calculus assumed by the deterrence model, in which threats are weighed against potential gains, seems particularly ideal for these offenders and circumstances”. (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 38). Também ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1041.

¹³¹ Sally Simpson e Raymond Paternoster assim explicam: “Finally, public opinion plays an important role in the justification for corporate deterrence. The general public is generally supportive of harsher sanctions for white-collar offenders, particularly in cases of corporate violent offenses (Cullen and Dubeck 1985). The public believes that “stiff jail sentences will stop most white-collar criminals from breaking the law”. (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 39). Também ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros.

Mas, Simpson e Paternoster também consideram que os modelos formais de prevenção seriam mais “filosóficos” e “ideológicos” do que “reais” ou “científicos”. Ao pensarem sobre o assunto, Simpson e Paternoster desenvolveram uma teoria da escolha racional de crimes corporativos, constituída não somente por sanções formais, mas, também por: 1) sanções informais; 2) perda do respeito próprio (*self-respect*) por parte do infrator; e 3) cálculo dos custos da adoção ou não de uma cultura de *compliance*¹³².

Além da percepção em relação as ameaças de sanção formal, o modelo por eles proposto de escolha racional de delinquência corporativa englobaria determinada dose de “percepção de sanções informais”, isto porque a potencialidade de custos informais pode ser mais eficaz em inibir a criminalidade do que a ameaça de sanções formais. A sanção informal abrangeria possibilidades como a “publicização negativa para empresa”, a “perda considerável do bom nome e a reputação da empresa”, a possibilidade de que colegas, amigos próximos ou mesmo a família julguem ou desaprovem o agente. Essas sanções informais constituiriam, portanto, uma forma de “censura social” para possíveis criminosos, incluídos no que se poderia referir como “vergonhoso” (*shaming*)¹³³.

Para Sally Simpson e Ramond Paternoster, as construções anteriores de modelos formais de prevenção do crime corporativo negligenciaram a possibilidade da ponderação de tais custos informais. Levando em consideração que estes custos são eficazes para a prevenção do crime corporativo, tais modelos seriam mal especificados¹³⁴.

Outro potencial inibidor para os possíveis infratores é a imposição de “sanções pessoais”. As pessoas podem deixar de delinquir não porque temem a reação social ao

Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1041.

¹³² PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 39-41. Também ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1041.

¹³³ PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 43. No mesmo sentido: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1042.

¹³⁴ Sally Simpson e Raymond Paternoster assim explicam: “The important point is that previous constructions of corporate crime deterrence models have neglected to consider the possibility of perceived informal costs. To the extent that these costs are effective in inhibiting corporate crime, such models are misspecified. A consideration of formal and informal sanctions does not, however, exhaust the kind of costs that may accrue to corporate offenders” (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 43-44). Também ver: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance*. Quaestio Iuris vol. 10, n.º. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1042.

seu comportamento, no entanto, porque desejam evitar perder o respeito próprio (*self-respect*). Portanto, outro elemento desse modelo de escolha racional para crimes corporativos abrangeria a percepção sobre a “certeza” e a “gravidade” da perda do respeito próprio pôr infringir as regras¹³⁵.

Finalmente, o modelo de escolha racional do crime corporativo de Sally Simpson e Raymond Paternoster também inclui a percepção dos custos de se guiar ou não por um programa ou cultura de *compliance*. As escolhas dos potenciais infratores são influenciadas pela estimativa do custo de não infringir a lei, bem como pelas vantagens que se poderia alcançar por adotar *compliance*. A literatura sobre a criminalidade corporativa tem constantemente sugerido que muitos crimes corporativos seriam cometidos não pela antecipação direta da vantagem a ser auferida, mas sim para evitar o que é visto como uma despesa evitável oriunda do *compliance*. Logo, algumas regulamentações poderiam ser percebidas como “caras” demais para que algumas corporações as cumpram e, conseqüentemente, são descumpridas¹³⁶.

A relevância da teoria da escolha racional de Sally Simpson e Raymond Paternoster para esta pesquisa está no fornecimento de um farto material para compreensão da ponderação ou do cálculo custo-benefício feito pelo infrator. Na construção de estratégias de prevenção e controle da criminalidade corporativa, é preciso que se leve em conta que a decisão de delinquir é influenciada tanto por benefícios econômicos que a empresa busca em atingir ao não cumprir com a legalidade, quanto por custos derivados de uma possível publicidade negativa para a empresa e custos morais para infratores individuais.

¹³⁵ Sally Simpson e Raymond Paternoster assim explicam: “Another potent inhibition for would-be offenders is the imposition of sanctions by oneself. Persons may refrain for offending not because they fear the social reaction to their behavior, but because they wish to avoid losing self-respect in their own eyes (...) Another element in our rational choice model of corporate crime, then, would include the perceived certainty and severity of a loss of self-respect for breaking rules”. (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 43-44). No mesmo sentido: (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. Quaestio Iuris*, vol. 10, n°. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1042).

¹³⁶ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. Quaestio Iuris*, vol. 10, n°. 02, Rio de Janeiro, 2017, p. 1043. Sally Simpson pontua que algumas pesquisas empíricas sugerem que é lucrativo para as empresas descumprirem com as regulamentações, posto que o risco de detecção é baixo e os benefícios com a criminalidade ultrapassam os baixos custos da percução penal, senão vejamos: “The body of empirical evidence suggests that it is profitable for firms to violate the law because the risk of discovery is low and the benefits of crime outweigh the relatively modest monetary costs of prosecution and guilty findings. Low sanction severity coupled with low sanction certainty produce a relatively insignificant punishment threat”. (SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law and Social Control*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2002, p. 48-49).

1.3. As técnicas de neutralização

Em meados dos anos 1950, as técnicas de neutralização do crime foram inicialmente idealizadas por Gresham M. Sykes e David Matza para explicar a delinquência juvenil. Tais técnicas seriam verbalizações ou racionalizações utilizadas pelos delinquentes para amenizarem a força moral das normas legais e neutralizarem a sua culpa na participação criminal¹³⁷.

Sykes e Matza identificaram cinco tipos fundamentais de técnicas de neutralização: 1) negação da responsabilidade; 2) negação do dano; 3) negação da vítima; d) condenação de quem acusa e; e) apelo a elevados valores¹³⁸.

A negação da responsabilidade (*the denial of responsibility*¹³⁹) pretende estender o campo dos casos em que não há intencionalidade. O delinquente redefine o comportamento criminal como “acidente”, “má sorte”, “me vi forçado a fazê-lo”, por causa de “más companhias” e, assim, negando qualquer identificação com ele¹⁴⁰.

A negação do dano (*the denial of injury*¹⁴¹) constitui uma tentativa de romper com o laço que liga o ato ilícito a suas consequências. A conduta é neutralizada por meio de sua representação como algo somente formalmente proibido, mas não verdadeiramente prejudicial e imoral. O delinquente convence-se da neutralidade ético-jurídica de sua conduta por meio da argumentação de que “não prejudica ninguém”. O emprego desta técnica é comum quando não for possível identificar uma vítima (vítima abstrata), assim como ocorre na criminalidade corporativa¹⁴².

¹³⁷ “It is our argument that much delinquency is based on what is essentially an unrecognized extension of defenses to crimes, in the form of justifications for deviance that are seen as valid by the delinquent but not by the legal system or society at large”. (SYKES, Gresham; MATZA, David. *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*. *American Sociological Review*, 22/1957, p. 666). No mesmo sentido: LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 70-71.

¹³⁸ SYKES, Gresham; MATZA, David. *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*. *American Sociological Review*, 22/1957, p. 667-669.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 667.

¹⁴⁰ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 67.

¹⁴¹ “(...) second major technique of neutralization centers on the injury or harm involved in the delinquent act. The criminal law has long made a distinction between crimes which are mala in se and mala prohibita—that is between acts that are wrong in themselves and acts that are illegal but not immoral—and the delinquent can make the same kind of distinction in evaluating the wrongfulness of his behavior”. (SYKES, Gresham; MATZA, David. *op. cit.*, p. 667).

¹⁴² JUNQUEIRA, *op.cit.*, p. 67-68.

A negação da vítima (*the denial of the victim*¹⁴³) procura desqualificar a vítima, negá-la ou reificá-la e, conseqüentemente, negar o próprio dano. A desqualificação da vítima é mais comum em crimes praticados contra minorias marginalizadas. Já a reificação e a negação absoluta são comuns quando são atingidas entidades abstratas e coletivas, em razão do seu caráter difuso e impessoal¹⁴⁴.

A condenação de quem acusa (*the condemnation of condemners*¹⁴⁵), o delincente devolve a culpa de sua ação a quem o acusa, em síntese, pelo ataque aos outros (apresentados como hipócritas, injustos, corruptos, parciais etc.) e, assim, almeja-se que a incorreção do comportamento desviado seja perdida de vista¹⁴⁶.

Por fim, o apelo a elevados valores (*the appeal to higher loyalties*¹⁴⁷) é quando o delincente faz parte de uma comunidade ou uma organização, na qual as obrigações morais do grupo são divergentes das obrigações jurídicas. Com isso, pode ocorrer de o delincente se sentir preso em um dilema, que, infelizmente é solucionado com a violação das leis¹⁴⁸.

Cláudia Cruz Santos explica que as técnicas de neutralização se afiguram adequadas à compreensão da criminalidade corporativa. A negação da responsabilidade, por exemplo, poderia justificar o comportamento do funcionário da empresa que desrespeita a lei no interesse desta, que outra coisa poderia o funcionário fazer para não perder o seu emprego? Em relação à negação do dano seria a técnica utilizada nas infrações, como a publicidade enganosa ou a venda de produtos defeituosos, cujas conseqüências se multiplicam por um número indeterminado de sujeitos, não gerando, entretanto, um especial mal a ninguém. Já, em relação a negação da vítima, Cláudia Cruz Santos lembra os casos de fraude fiscal¹⁴⁹.

Saad-Diniz analisando Joseph Heath explica as possíveis convergências das técnicas de neutralização com a ética negocial. Segundo Saad-Diniz, a negação de responsabilidade seria justificada pela ideia de fungibilidade dos atores, em situação

¹⁴³ SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*, 22/1957, p. 668.

¹⁴⁴ JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance* – Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 68-69.

¹⁴⁵ SYKES, Gresham; MATZA, David, op. cit., p. 668.

¹⁴⁶ JUNQUEIRA, op. cit., 2019, p. 69.

¹⁴⁷ SYKES, Gresham; MATZA, David, op. cit., p. 669.

¹⁴⁸ JUNQUEIRA, op. cit., p. 69.

¹⁴⁹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001, p. 130-131.

altamente competitiva, segundo a qual se um agente não opera, outro realizará a conduta em seu lugar. Já a negação do dano é potencializada pelo caráter difuso da criminalidade econômica. A negação da vítima advém em alegações de que o ofensor não se vale das oportunidades para delinquir contra a vítima. A condenação de quem acusa leva a corporação criticar a legitimidade da atuação funcional das autoridades reguladoras. Por fim, o apelo a valores elevados encontram-se nas regras de mercado e nos próprios propósitos da corporação que podem servir de referência para o apelo à nobre motivação¹⁵⁰.

Por certo, no âmbito dos delitos corporativos, a complexa estrutura empresarial favorece a negação da responsabilidade, visto que a estrutura hierárquica e a divisão de trabalho dificultam a individualização da conduta e a responsabilização moral por elas. A criminalidade corporativa costuma vir acompanhada de justificações como a normalidade dos desvios dentro da empresa e do mercado, de pressões internas e externas, da negação da existência concreta de vítimas e do próprio dano, da lealdade corporativa, bem como de desculpas vinculadas ao atendimento de ordens superiores, com o fim de manter o seu posto de trabalho¹⁵¹.

Dentro de uma empresa, a existência de uma má cultura corporativa favorece a aprendizagem de técnicas de neutralização responsáveis por enfraquecer os juízos morais dos seus funcionários em prol da maximização de lucros. Desta maneira, como forma de controle de tais técnicas de neutralização, é importante o desenvolvimento de uma cultura empresarial que estimule o comportamento pró-social entre seus empregados. Caso contrário, a implementação de um programa de *compliance* será pouco efetiva na prevenção da criminalidade corporativa.

¹⁵⁰ HEATH, 2008 apud SAAD DINIZ, 2018, p. 186.

¹⁵¹ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 71. No mesmo sentido: LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 71.

1.3.1. Notas sobre as oportunidades ilegítimas e as subculturas delinquentes

Nos anos de 1970, a partir das pesquisas de Robert Merton¹⁵², despontou a importância do estudo das estruturas de oportunidade existentes na sociedade para a explicação da criminalidade¹⁵³.

Mas, em 1960, segundo Saad-Diniz, foram Richard Cloward e Lloyd Ohlin¹⁵⁴ que propuseram uma revisão na relação entre as metas culturais e os meios para atingi-las, a “teoria da oportunidade diferencial”, sugerindo novas relações possíveis entre metas culturais e meios institucionais para se atingi-las, no que denominaram como acesso a oportunidades ilegítimas (*gaining access to illegitimate opportunities*)¹⁵⁵.

Adán Nieto Martín pontua que a explicação dos altos índices de criminalidade em sociedades modernas se deve justamente ao aumento de oportunidades delitivas. A forma de vida atual se compõe de uma série de práticas que aumentaram estas oportunidades como, por exemplo, a *internet*, que abre novas oportunidades para práticas delitivas.

Para a teoria da oportunidade, o aumento da probabilidade se deve à convergência de três elementos: 1) criminosos motivados; 2) objetos e vítimas adequados e; 3) ausência de protetores eficazes¹⁵⁶.

Nieto Martín explica que embora a teoria não tenha tido uma aplicação expressa ao crime corporativo, a partir dos anos 90 se produziu uma interessante discussão sobre quem deve colocar em prática as medidas de proteção. Segundo o autor, é neste contexto que surge o modelo no qual se propõe ao Estado que obrigue determinados sujeitos como, por exemplo, as corporações a adotar medidas de autorregulação para prevenir condutas

¹⁵² Foi o sociólogo norte-americano Robert King Merton que elaborou a teoria criminológica da anomia. Foi no campo da sociologia, nos anos de 1930 que se concentrou o estudo da anomia. O artigo que introduziu a teoria da anomia foi *Social structure and anomie*, publicado em 1938. Inicialmente, Robert Merton afastou as teses biológicas sobre a criminalidade, afirmando que o crime é algo externo ao indivíduo, criado na sociedade. (VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 63-64).

¹⁵³ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 60.

¹⁵⁴ Cf. CLOWARD, Richard; OHLIN, Lloyd. *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*. London: Routledge, 1960.

¹⁵⁵ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 26.

¹⁵⁶ NIETO MARTÍN, Adán. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 71.

delitivas. Além deste ponto, para Nieto Martín, a teoria da oportunidade fornece uma “metodologia correta na hora de desenhar mecanismos preventivos” dentro da empresa, isto porque a teoria da oportunidade possibilita compreender as diferentes rotinas ou espaços nos quais existe a possibilidade de contato entre o possível autor e o objeto do delito¹⁵⁷.

No campo do *compliance*, portanto, isto significa que as políticas e códigos de conformidade precisam estar atentos para os mecanismos que estruturam as oportunidades legítimas e ilegítimas do cometimento de infrações no ambiente corporativo¹⁵⁸.

Por sua vez, a ideia de subcultura delinquente foi consagrada na literatura criminológica pela obra de Albert Cohen - *Delinquent boys: the culture of gang*, na qual o autor analisa a subcultura dos bandos juvenis. Esta é descrita como um sistema de crenças e de valores, cuja origem é extraída de um processo de interação entre indivíduos que, no interior da estrutura social, ocupam posições semelhantes¹⁵⁹.

Sérgio Salomão Shecaira conceitua a subcultura delinquente como um comportamento de transgressão que é determinado por um subsistema de conhecimento, crenças e atitudes que possibilitam, permitem ou determinam formas particulares de comportamento transgressor em determinadas circunstâncias. Segundo Shecaira, esse conhecimento, essas crenças e atitudes precisam existir, primeiramente, no ambiente cultural dos agentes dos delitos e são incorporados à personalidade, mais ou menos como quaisquer outros elementos da cultura ambiente¹⁶⁰.

Saad-Diniz explica que Albert Cohen definiu as subculturas a partir de duas orientações fundamentais: 1) frustração em vista do *status*, que promove uma dissociação entre a realidade social dos indivíduos e as metas culturais impostas pela sociedade; 2)

¹⁵⁷ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adan et al. (Org). *Manual de cumplimiento normative e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 72.

¹⁵⁸ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 62.

¹⁵⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 73

¹⁶⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. rev. e. atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

formação da reação, decorrente da frustração de expectativas sociais causada pela falta de *status*, que justifica a escolha de novas normas sociais¹⁶¹.

Em outras palavras, segundo a teoria da subcultura, a maioria dos comportamentos delitivos são resultados de uma série de frustrações não resolvidas, de sentimentos gerados em razão da falta de um *status*, dos padrões normalmente impostos pela sociedade e que são praticamente inatingíveis para algumas classes. A intangibilidade desses objetivos resulta em tensões, de modo que a solução destas classes é a formação de um novo sistema de normas e valores morais em oposição aos valores da cultura dominante.

Saad-Diniz explica que Albert Cohen aperfeiçoa o modelo de Merton na medida em que entende a subcultura como manifestação coletiva, e não individual¹⁶². Portanto, a aplicação da teoria é ampla, também se destinando à explicação dos crimes corporativos. A subcultura delinquente permite explorar na criminalidade corporativa a integração das técnicas de aprendizagem com as estruturas de oportunidades ilegítimas encontradas no ambiente empresarial¹⁶³.

Por meio da teoria da oportunidade e da subcultura delinquente, a criminalidade corporativa pode ser explicada pelo grau de exposição das corporações às oportunidades ilegítimas para o alcance de resultados, tomando a forma de subculturas criminosas capazes de transmitir o conhecimento sobre a racionalização da conduta delitiva e, conseqüentemente, dificultar a consolidação de estratégias de controle e políticas de *compliance*.

1.3.2. A incorporação das técnicas de neutralização e a formação de subculturas criminais no ambiente corporativo

Conforme já analisado, para Edwin Sutherland, o crime de colarinho branco tem sua origem no mesmo processo geral condutor de comportamentos criminosos, resultado de uma aprendizagem em associação do indivíduo com aqueles que definem de forma

¹⁶¹ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 31.

¹⁶² *Ibid.*, p. 31.

¹⁶³ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 62-63.

favorável o comportamento criminoso e em isolamento com relação a quem define a prática de forma desfavorável¹⁶⁴.

Por certo, existem diversas possibilidades de associação, que se organizam em torno dos mais distintos interesses e objetivos, de forma que muitas das associações formadas podem se pautar pelos valores de *compliance*, difundindo-os; outras podem ser neutras em relação à valoração social e aos comandos normativos; enquanto algumas outras, no entanto, respaldam e subscrevem modelos de condutas delitivas¹⁶⁵.

O engajamento dos agentes econômicos com a criminalidade corporativa pode ocorrer quando os pesos das definições favoráveis ao crime excedem o peso das definições favoráveis ao *compliance*. Desta forma, o isolamento moral e a ausência de debate quanto aos aspectos éticos nos processos de deliberação negocial afastam os executivos e empregados das definições desfavoráveis às condutas antissociais, especialmente quando há um “sentimento do caráter endêmico das práticas negociais antiéticas e ilícitas no mercado”¹⁶⁶.

No cenário corporativo, a pressão por resultados mais e mais positivos acaba impulsionando o processo de aprendizagem de condutas antissociais. Leandro Sarcedo explica que a maximização do lucro é um dos fatores principais que move processos de aprendizagem tão distintos quanto àqueles diagnosticados pela teoria da associação diferencial, contrários aos padrões e aos valores estabelecidos pela sociedade e propostos pelas boas práticas de governança corporativa e *compliance*¹⁶⁷.

Dan Ariely pontua de forma perspicaz que podemos querer rodear-nos de pessoas boas e morais, mas há que ser realistas. Mesmo as boas pessoas não estão salvas de serem enganadas pelas próprias mentes. É uma cegueira que lhes permite ações que contornam os seus valores morais no caminho das recompensas financeiras¹⁶⁸.

¹⁶⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 351. No mesmo sentido: LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 53.

¹⁶⁵ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 70.

¹⁶⁶ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 117.

¹⁶⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 74.

¹⁶⁸ ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que influenciam as nossas decisões*. Tradução de Sofia Terra. Estrela Polar: Alfragide, 2008, p. 204-205.

Por certo, o *compliance* pode explorar e irromper novas formas de aprendizagem na formação de definições desfavoráveis aos crimes corporativos e favoráveis ao comportamento ético. No entanto, antes de tudo, é necessário redimensionar os próprios propósitos da empresa. Na prática, não há como reconhecer e enfrentar os problemas éticos se os propósitos empresariais forem estreitos demais, principalmente diante da operação das técnicas de neutralização¹⁶⁹.

Partindo da teoria da oportunidade, John Braithwaite explica que a probabilidade de ocorrência do crime corporativo é maior quando as oportunidades ilegítimas para atingir os propósitos da empresa estão facilmente disponíveis para os atores organizacionais¹⁷⁰. Não obstante, John Braithwaite também reconhece as limitações da teoria da oportunidade e, sugere a sua complementação com a teoria da subcultura delinquente, especialmente com o objetivo de precisar as condições em que os indivíduos escolhem as oportunidades ilegítimas, ou, as criam¹⁷¹.

Com a fusão entre teoria da oportunidade e a teoria da subcultura formula-se a tese de que o bloqueio de oportunidades legítimas impulsiona a formação de subculturas de delinquência no contexto corporativo. Por sua vez, a maior parte das oportunidades ilegítimas toma a forma de subculturas capazes de transmitir o conhecimento de como os atores organizacionais podem trabalhar conjuntamente para infringir a lei. Consequentemente, a subcultura socializa os novos executivos a atuarem por meio de práticas ilegais e a racionalizarem o seu comportamento como bom e necessário; além disto, a subcultura ensina sobre a adoção de procedimentos que irão manter as estruturas ilegítimas¹⁷².

¹⁶⁹ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 119-120.

¹⁷⁰ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 68. Assim explica John Braithwaite: “Thus the first two propositions of a theory of organizational crime might be expressed as follows: 1. Organizational crime is more likely to occur when an organization (or an organizational subunit) suffers major blockages of legitimate opportunities to achieve its goals. 2. Organizational crime is more likely to occur when illegitimate opportunities for achieving the organization's goals are available to organizational actors”. (BRAITHWAITE, John. *Criminological theory and organizational crime*. *Justice Quarterly*, v. 6: 3, 1989, p. 338).

¹⁷¹ LARCEDA, op. cit., p. 68. Assim explica John Braithwaite: “For a remedy to the two problems the need to account for the acceptance and rejection of illegitimate means for the creation of illegitimate opportunities—we can seek to complement opportunity theory with subcultural theory”. (BRAITHWAITE, op. cit., p. 338-339).

¹⁷² LARCEDA, op. cit., p. 68. No mesmo sentido: BRAITHWAITE, op. cit., p. 339.

Portanto, verifica-se que a subcultura explica as formas de controle sociais informais que impedem os entes corporativos de atuarem em conformidade. À vista disso, como proposta solução, John Braithwaite utiliza da teoria da associação diferencial para indicar o contexto em que às condições sociais sejam favoráveis ou não ao *compliance*¹⁷³.

John Braithwaite também defende que a compreensão do processo de *shaming*¹⁷⁴ é uma solução para o controle da criminalidade corporativa. O desenvolvimento de subculturas criminais tem menor probabilidade de ocorrer quando o processo *shaming* é mobilizado contra os atores organizacionais e contra as empresas pela sociedade, reguladores, agentes estatais e parceiros de negócio. Para Braithwaite, o processo de *shaming*, além de inibir a formação de subculturas criminosas, é responsável por criar novos padrões de razoabilidade de comportamento corporativo informadores da “consciência corporativa”¹⁷⁵.

Para além das subculturas criminais, Gregg Barak explica que frente aos interesses e as relações capitalistas globais, os “crimes dos poderosos” (*crimes of the powerful*) também incluem arranjos políticos e econômicos institucionalizados que neutralizam estruturalmente os danos, os prejuízos e os processos de vitimização. Para Gregg Barak, os “crimes dos poderosos” implicam transgressões que normalizam os processos de vitimização como “os custos de fazer negócios” e como “os danos colaterais”¹⁷⁶.

Saad-Diniz analisando Gregg Barak explica que a incorporação de técnicas de neutralização pelo mundo corporativo é compreendida como racionalizações que

¹⁷³ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 68-69. John Braithwaite explica que: “The principle of differential association (Sutherland and Cressey 1978) can be conceived as a formula for such a tipping point. When definitions favorable to violation of a law exceed definitions unfavorable to violation of the law, violation of the law will occur. The challenge for a theory of organizational crime is to give greater specificity of content to the social conditions in which the stake in compliance will predominate and to the social conditions which tip the balance to a stake in noncompliance”. (BRAITHWAITE, John. *Criminological theory and organizational crime*. *Justice Quarterly*, v. 6: 3, 1989, p. 339-340).

¹⁷⁴ O conceito será explorado ainda no primeiro capítulo desta dissertação, no tópico 1.4.1

¹⁷⁵ LARCEDA, op. cit., p. 68-69. Braithwaite explica o processo de *shaming* da seguinte forma: “Shaming of organizational crime does more than deter crime and inhibit criminal subculture formation. It builds new standards of “reasonable” corporate behavior that inform executives’ consciences”. (BRAITHWAITE, op. cit., p. 340).

¹⁷⁶ BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 11, n. 2, p. 104-114, dez. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/931>>. Acesso em: 12 ago. 2020. No mesmo sentido: LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 71.

minimizam a moralização da criminalidade econômica e a rejeição emocional espontânea do crime¹⁷⁷. Saad-Diniz pontua que tais técnicas de neutralização obstruem a compreensão da população sobre a extensão e os efeitos sociais negativos da criminalidade corporativa. Mas, em alguns casos, Saad-Diniz alerta que não se trata somente da “falsa percepção criada pela arquitetura de rotinização e neutralização”, há outros fatores complementares, como por exemplo, a dependência comunitária das populações em relação às empresas na sua atuação local¹⁷⁸.

Em certas situações, as relações sociais e articulação da produção local são de tal forma dependente das empresas, que a vitimização e a sobrevivência sequer chegam a ser questionadas por falta de alternativas¹⁷⁹. Diante disto, Saad-Diniz assinala que a vitimologia corporativa¹⁸⁰ tem muito a ensinar, dado porque nem sempre é o caso de “neutralizar a neutralização”¹⁸¹, em algumas circunstâncias, é preciso compreender os espaços “dependência comunitária”¹⁸².

Segundo Saad-Diniz, a vitimologia corporativa poderia priorizar avaliações estratégicas sobre a capacidade restaurativa do conflito e a melhor forma de utilizar seus recursos na restauração dos processos de vitimização em larga escala, ou ainda se valendo de suas redes contratuais e práticas corporativas para avaliar o sofrimento e contenção dos danos às vítimas. Para Saad-Diniz, na agenda de pesquisa da vitimologia corporativa,

¹⁷⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 114. Assim explica Gregg Barak: “Moreover, as Brannigan also connotes, attached to these banded and commonly practiced yet infrequently punished crimes are “a series of justifications or rationalizations which tend to minimize the moralizations of the offence” as well as to “minimize the spontaneous emotional rejection of crime that Durkheim associated with retributive justice”. (BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. London: Routledge, 2017, p. 11).

¹⁷⁸ SAAD-DINIZ, op. cit., p. 114-115.

¹⁷⁹ Como exemplo elucidativo, Saad-Diniz explica a tragédia corporativa da Nike em *Rana Plaza, Bangladesh* que causou a morte de 1134 vítimas, provocada pela queda das instalações da indústria têxtil. (SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 191).

¹⁸⁰ William Laufer explica o conceito de vitimologia corporativa: “A corporate victimology would likely reveal layers of victimization across a wide spectrum of stakeholders; reset our perception of corporate culpability in relation to possible sanctions; and correct the misperception that corporate wrongs are somehow less-than-serious wrongs against the State, wrongs against the community, and wrongs against us”. (LAUFER, William. A very special regulatory milestone. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 391 2018, p. 415).

¹⁸¹ SAAD-DINIZ, op. cit., p. 115.

¹⁸² “A principal característica da relação de dependência é que ela permite à sociedade civil desenvolver ciclos de confiança social, cooperação, tolerância, formas ativas de participação cidadã, dentre outras normas”. Para melhor compreensão do conceito de “dependência comunitária”, ver: SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 184-193.

questões de dependência comunitária e o papel das corporações na restauração tem sido endereçadas por mecanismos menos formalizados de composição do conflito, direcionados à noção de justiça restaurativa e a um mais sofisticado padrão de regulação do comportamento corporativo¹⁸³.

Em um cenário de maximização dos lucros, o comprometimento da gestão corporativa com a função social da empresa é central para a efetividade de estratégias de controle e bloqueio de acesso as oportunidades ilegítimas que impulsionam a formação de subculturas delinquentes.

1.4. Práticas restaurativas como modelo de reação à criminalidade corporativa e estratégias regulatórias para o *compliance*

1.4.1. O processo de *shaming*

Na obra *Crime, shame and reintegration*, John Braithwaite desenvolveu a noção de *reintegrative shaming* (vergonha reintegrativa). O autor descreve o *shaming*¹⁸⁴ como um conjunto de processos sociais de desaprovação, que tem a finalidade ou o efeito de inculcar o remorso na pessoa que se envergonha. Explica o *reintegrative shaming*¹⁸⁵ como a reprovação social seguida de esforços para reintegrar o infrator de volta à comunidade. A ideia de “vergonha reintegrativa” elaborada por Braithwaite tem o propósito de tornar

¹⁸³ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 193

¹⁸⁴ “Shaming means all social processes of expressing disapproval which have the intention or effect of invoking remorse in the person being shamed and/or condemnation by others who become aware of the shaming. When associated with appropriate symbols, formal punishment often shames. But societies vary enormously in the extent to which formal punishment is associated with shaming or in the extent to which the social meaning of punishment is no more than to inflict pain to tip reward-cost calculations in favor of certain outcomes. Shaming, unlike purely deterrent punishment, sets out to moralize with the offender to communicate reasons for the evil of her actions. Most shaming is neither associated with formal punishment nor perpetrated by the state, though both shaming by the state and shaming with punishment are important types of shaming. Most shaming is by individuals within interdependent communities of concern” (BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 100)

¹⁸⁵ “Reintegrative shaming is shaming which is followed by efforts to reintegrate the offender back into the community of law-abiding or respectable citizens through words or gestures of forgiveness or ceremonies to decertify the offender as deviant. Shaming and reintegration do not occur simultaneously but sequentially, with reintegration occurring before deviance becomes a master status (...) Reintegrative shaming is not necessarily weak; it can be cruel, even vicious. It is not distinguished from stigmatization by its potency, but by (a) a finite rather than openended duration which is terminated by forgiveness; and by (b) efforts to maintain bonds of love or respect throughout the finite period of suffering shame” (BRAITHWAITE, op. cit., p. 100-101).

o ofensor consciente do seu dano cometido à vítima ou à comunidade, garantindo que o ofensor perceba que o dano é um comportamento socialmente rejeitado e, gerando, acima de tudo, o remorso¹⁸⁶.

O raciocínio desenvolvido por Braithwaite para desenvolver o conceito de “vergonha reintegrativa” foi que: 1) a tolerância ao crime torna a situação ruim; 2) a estigmatização ou o desrespeito e, a vergonha de se envergonhar do crime tornam o crime ainda pior; 3) já, a vergonha reintegrativa, a desaprovação do ato dentro de uma constante de respeito pelo infrator e a desaprovação terminada por rituais de perdão, previnem o crime¹⁸⁷.

Como forma de ilustrar o conceito de *reintegrative shaming*, Cláudia Cruz Santos destaca que John Braithwaite faz apelo ao exemplo dos bons pais, que conseguem tornar claro o seu sentimento de desaprovação perante um mau comportamento dos seus filhos sem que, todavia, estes se sintam rejeitados ou menos queridos¹⁸⁸. Muito da influência do John Braithwaite se fundamentou, principalmente, pela natureza reparadora de socialização em famílias ocidentais que tiveram sucesso no ensinamento dos filhos a obedecerem as leis¹⁸⁹.

Nos crimes corporativos, a *reintegrative shaming* poderia ter um papel relevante. Este processo poderia ser focado como forma de reprovação das condutas do agente que se utilizar de suas características pessoais e/ou profissionais para auferir lucros indevidos, revelando aos infratores a ciência dos efeitos que o seu comportamento tem sobre os demais. A reputação que o agente desfruta no ambiente corporativo seria desconstruída, buscando alcançar o máximo de remorso possível pelos danos causados. Posteriormente ao momento da censura, a comunidade faria as devidas “cerimônias” de reintegração do

¹⁸⁶ DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 43.

¹⁸⁷ John Braithwaite explica: “The core claims are: (1) tolerance of crime makes things worse; (2) stigmatization, or disrespectful, outcasting shaming of crime makes crime worse still; while (3) reintegrative shaming, disapproval of the act within a continuum of respect for the offender, disapproval terminated by rituals of forgiveness, prevents crime”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice: Theories and Worries*. Ed. Experts' Papers, *123rd International Senior Seminar*, Resource Material Series nº 63: Tokyo, 2004, p. 47). Ver também: DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 43.

¹⁸⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Apresentação feita por ocasião das Provas Públicas de Doutoramento, a 10 de outubro de 2013, Universidade de Coimbra, 2013, p. 332.

¹⁸⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 43. John Braithwaite exemplifica a vergonha reintegrativa com as relações familiares, ilustrando que a família pode ser integradora ou desintegradora. (BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 56-57).

infrator à comunidade, porém, agora sendo integrado a outras funções da sociedade, onde seu *status* não seja decisivo ou útil para praticar novos crimes corporativos¹⁹⁰.

Mas, cumpre destacar que o conceito de *reintegrative shaming* é também questionável a vários níveis¹⁹¹. Até porque não há como saber ao certo os limites aceitáveis das cerimônias de vergonha e reintegração, visto que a vergonha é um conceito amplamente subjetivo. Os limites das cerimônias poderiam estar além de cometer algum remorso ao infrator, podendo causar dores desnecessárias e corrompendo o próprio sentido da prática restaurativa. A vergonha pode ser considerada uma emoção perigosa de se invocar nos infratores, uma vez que a propensão a sentir vergonha ao invés de culpa pode estar vinculada à respostas menos construtivas, como a sensação de raiva e hostilidade¹⁹².

Por isso é importante analisar os limites do *shaming*, ou seja, até que ponto a “vergonha reintegrativa” seria mais benéfica do que as medidas de reintegração aos condenados aplicadas pelo controle estatal. Caso os mecanismos assistencialistas possuíssem uma natureza mais humanizadora, guiados pelas particularidades de cada um e havendo a participação efetiva da comunidade em aceitar aquele indivíduo/empresa de volta, não será preciso a utilização do instituto do *shaming* na justiça restaurativa¹⁹³

Além disso, Cláudia Cruz Santos também questiona se a possível interferência estatal nessa “vergonha reintegradora” não poderá envolver uma “cumplicidade perigosa entre o Estado e as multidões”, desenvolvendo-se um “espírito de indecência pública e de brutalidade”¹⁹⁴. Independentemente do emprego ou não deste processo, deve ser avaliada a viabilidade de aplicação da justiça restaurativa nos crimes de colarinho branco por meio da utilização de outros mecanismos¹⁹⁵. Até porque a “vergonha reintegrativa” não se integra à prática restaurativa simplesmente como uma teoria que explica o seu êxito. Dela

¹⁹⁰ DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 88.

¹⁹¹ “Do que se pode duvidar é, no fundo, da possibilidade de através da adição da reprovação com actos de inclusão do agente se obter a reintegração. Será suficiente rodear esses actos de um cerimonial de aceitação, como parece supor Braithwaite? Ou exigir-se-ão medidas mais complexas e morosas, porventura de natureza assistencial? Mas, se esta última hipótese for a correcta, o que distingue esta reprovação seguida de inclusão dos mecanismos, que o sistema penal já conhece, orientados para a reintegração depois da condenação?” (SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Apresentação feita por ocasião das Provas Públicas de Doutoramento, a 10 de outubro de 2013, Universidade de Coimbra, 2013, p. 333).

¹⁹² DI PIETRO, op. cit., p. 88-89.

¹⁹³ Ibid., p. 89.

¹⁹⁴ SANTOS, op. cit., p. 333-334.

¹⁹⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 89.

depende a própria efetividade da “regulação responsiva” sobre a qual se assenta a justiça restaurativa de John Braithwaite¹⁹⁶.

Para os fins desta pesquisa, destacamos a relevância do processo de *shaming* como um possível instrumento de controle social da conduta criminosa por meio da sua desaprovação.

1.4.2. Fundamentos de justiça restaurativa

Howard Zehr explica que a justiça restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa em um processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, com objetivo de promover o restabelecimento das pessoas e “endireitar as coisas”, na medida do possível¹⁹⁷.

Para John Braithwaite, a justiça restaurativa é um processo no qual todas as partes afetadas por uma injustiça têm a oportunidade de discutir como foram afetadas pela ofensa e decidir o que deve ser feito para reparar. O diálogo entre quem causou o mal (dano) e quem o sofreu é central para o processo. Por isso, na prática restaurativa, as partes diretamente envolvidas no conflito assumem o papel central do processo, que na justiça formal é preenchido por profissionais especializados (advogados, procuradores, defensores públicos e promotores), razão pela qual John Braithwaite caracteriza a justiça restaurativa como uma proposta desprofissionalizante¹⁹⁸.

Em oposição ao atual modelo de justiça criminal, que direciona seus esforços à punição do ofensor, esquecendo a vítima a mero objeto do fato delituoso, a prática restaurativa propõe, alternativamente, que a vítima seja alvo do interesse na relação

¹⁹⁶ BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista DireitoGv*, v.1, n. 2, Jun-Dez 2005, p. 211.

¹⁹⁷ ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 49.

¹⁹⁸ “Restorative justice is a process where all the stakeholders affected by an injustice have an opportunity to discuss how they have been affected by the injustice and to decide what should be done to repair the harm. With crime, restorative justice is about the idea that because crime hurts, justice should heal. It follows that conversations with those who have been hurt and with those who have afflicted the harm must be central to the process. Empirically it happens to be the case that victims of crime are more concerned about emotional than material reparation (Strang, 2003). Lawyers are obviously not well placed to give an account of these emotional harms and how they might be healed. Hence, the practice of restorative justice has become a de-professionalizing project”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and De-Professionalization*. The Good Society - The Pennsylvania State University, n. 13, p. 28, 2004). No mesmo sentido: ZAGALLO, Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio. *A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 42.

jurídica, de forma que os danos causados pelo ofensor sejam, de alguma forma, reparados ou mitigados. Não apenas os eventuais danos materiais, como também os danos emocionais, psíquicos e morais são objeto do processo. Em razão desta preocupação com o atendimento às reais necessidades da vítima, são proporcionados os encontros vítima-ofensor, que procuram promover a reconciliação pela oportunidade do diálogo e estímulo à reintegração vítima-ofensor, bem como a reparação dos danos decorrentes da prática criminosa¹⁹⁹.

A sua vez, para que esse diálogo aconteça supõe-se ser necessário que se conheça a vítima, e daí surge a primeira dificuldade da justiça restaurativa nos crimes corporativos. Por exemplo, quais são as vítimas de um crime contra o sistema tributário? Na realidade, o que se observa, é que é difícil ou quase impossível identificar as pessoas que figurariam como vítimas em tais delitos. São espécies delituosas que atingem, na maioria das vezes, uma coletividade de pessoas de forma difusa²⁰⁰.

Ainda que a primeira vista seja mais coerente que se limite à prática restaurativa aos casos em que as vítimas são identificáveis, Cláudia Cruz Santos explica que mesmo nos casos em que o crime é “contra a comunidade toda” e só contra ela, não é de se excluir a possibilidade de uma intervenção restaurativa. Para Cláudia Cruz Santos, nestas hipóteses, a comunidade poderá ser representada por uma entidade que intervenha em seu nome, em uma relação nivelada com o agente do crime, para com ele procurar uma solução que seja reparadora dos danos causados²⁰¹.

Desta maneira, caso um ofensor realizar alguma conduta criminosa que atinja um número incalculável de consumidores, quando muitos desses consumidores sequer sabem de sua condição de vítima, a ausência de individualização da pessoa lesada não impediria a prática restaurativa, eis que uma entidade de defesa do consumidor, por exemplo, poderia assumir essa função²⁰².

Além disso, existirão casos em que apesar da infração atingir os interesses de um grupo indeterminado de pessoas, haverá, ainda assim, um ou mais indivíduos “particularmente ofendidos”. Cláudia Cruz Santos ilustra, por exemplo, que o crime

¹⁹⁹ DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 71.

²⁰⁰ Ibid., p. 71.

²⁰¹ SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Apresentação feita por ocasião das Provas Públicas de Doutoramento, a 10 de outubro de 2013, Universidade de Coimbra, 2013, p. 55.

²⁰² DI PIETRO, op. cit., p. 72-73.

ambiental pode resultar danos pessoais ou patrimoniais específicos para pessoas residentes na vizinhança do lugar da infração, bem como naquelas situações em que do cometimento de um crime de corrupção resultam danos específicos para concorrentes ilegitimamente preteridos²⁰³.

Cláudia Cruz Santos também enumera algumas das vantagens da proposta restaurativa para reparação dos danos causados pela atividade empresarial. A exemplo, os poluidores poderiam desenvolver programas de recuperação ambiental; as empresas da indústria farmacêutica, quando fossem agentes de crimes, poderiam conceder gratuitamente medicamentos a determinados setores da sociedade ou investir mais na investigação da cura para determinadas doenças; no setor alimentício, os infratores que tivessem, por exemplo, vendido produtos alimentares em condições impróprias ao consumo poderiam oferecer, sob vigilância e cumpridos acertados requisitos, refeições as comunidades carentes²⁰⁴.

John Braithwaite, a partir da ideia de responsabilidade ativa (*active responsibility*), também considera a possibilidade da aplicação da justiça restaurativa em casos de criminalidade corporativa²⁰⁵. Segundo o autor, dar voz às comunidades afetadas é um importante valor da justiça restaurativa. Conforme explica John Braithwaite, a partir da ideia de regulação baseada em diálogos e empoderamento das vítimas, a narrativa passa de uma forma reduzida de democracia representativa para uma forma mais espessa de democracia deliberativa²⁰⁶.

Além disso, Adán Nieto Martín também destaca que os defensores da justiça restaurativa sempre mantiveram sua alta utilidade dentro do crime corporativo. A

²⁰³ SANTOS, Cláudia Cruz. A Justiça Restaurativa. *Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal*: Porquê, para quê e como? Apresentação feita por ocasião das Provas Públicas de Doutoramento, a 10 de outubro de 2013, Universidade de Coimbra, 2013, p. 551.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 632.

²⁰⁵ “There has been important evidence under our noses for a long time that restorative practices can help prevent corporate crime (...) Active responsibility means taking responsibility. In a healing circle most citizens in the circle are not passively responsible for any wrongdoing; they are certainly not held responsible for criminal wrongdoing; Yet the hope so often realized is that they will take active responsibility for solving the problem (...) This is part of the ambition of putting the problem rather than the person in the center of the circle (...) Another lesson we have learnt from the conversational regulation of corporate abuses of power is the value of widening the circle”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Corporate Regulation*. In: WEITEKAMP, Elmar; KERNER, Hans-Jurgen. *Restorative Justice in Context: International Practice and Directions*. Devon, UK and Portland Oregon: Willan Publishing, 2003, p. 168-170).

²⁰⁶ “Democratic, deliberative empowerment is one of the values restorative justice” (...) “The ideas of regulation that is conversational and empowering reducing corporate harmdoing are related ideas. The relationship is established by Pranis’s (2000) contribution to restorative-justice theory that storytelling is empowering. Let the workers, the consumers, the nursing home residents tell their story and they are empowered. Pranis says you can tell how much power a person has by how many people listen to their stories and how attentively the listen”. (BRAITHWAITE, op.cit., p. 162-166).

autorregulação seria a forma mais específica para fortalecer a comunidade afetada, visto que os objetivos dos programas de *compliance* e da prática restaurativa seriam os mesmos tratando-se da reparação dos danos que a infração causou às vítimas²⁰⁷.

No entanto, como pertinente pontua Saad-Diniz, não há como esperar uma solução mágica e universal do problema criminal a partir da justiça restaurativa. Para Saad-Diniz, o medo, angústia, raiva e outras emoções ainda estão longe de receber o devido cuidado, inclusive levando em consideração os riscos de que as práticas restaurativas possam agravar a situação da vítima, no lugar de trazer-lhes conforto e devida prestação dos serviços de justiça. Mas, também não há que se negar que uma “justiça restaurativa corporativa” pode oferecer às empresas real capacidade de cooperação²⁰⁸.

Na busca por novas alternativas de controle e regulação da criminalidade corporativa, a solução restaurativa do conflito criminal poderá contribuir para a limitação da intervenção penal, favorecendo o seu carácter de *ultima ratio*. Nesse sentido, Fernando Andrade Fernandes destaca que o direito penal constitui a *ultima ratio* da política social e a sua intervenção é de natureza definitivamente subsidiária, isto implica que o Direito Penal apenas poderá intervir quando todos os outros meios da política social, particularmente os da política jurídica, revelarem-se insuficientes e inadequados. Fernando Andrade Fernandes, assim, pontua que havendo alternativas menos formais, idôneas e eficazes para a função de tutela que, ademais, não acarretem em “custos desmesurados em relação a outros bens jurídicos relevantes, sem hesitação devem ser preferidas”²⁰⁹. Para os fins desta pesquisa, a proposta restaurativa pode ser uma alternativa idônea e promissora para o controle social.

²⁰⁷ “De hecho, los partidarios de la justicia restaurativa siempre han mantenido su alta utilidad dentro del corporate crime. La autorregulación sería la forma específica de fortalecer a la comunidad, cuando el grupo social es una corporación. Los compliance programs tienen idénticos objetivos y metodología, en el ámbito de las empresas, que los que persiguen las conferencias cuando hablan de reparar el daño que el delito causa a la comunidad, a través de los acuerdos restauradores”. (NIETO MARTÍN, Adán. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.) *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p.107-109).

²⁰⁸ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 215- 216.

²⁰⁹ FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídicometodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 69-70.

1.4.3. A regulação responsiva como mecanismo de fomento à autorregulação

Para Saad-Diniz John Braithwaite, juntamente com Ian Ayres, elevou a justiça restaurativa a um plano mais proeminente dentre os criminólogos, ao introduzir a noção de regulação responsiva (*responsive regulation*) como “inteligência básica de controle social”²¹⁰.

A regulação é responsiva quando ocorre a escalada em graus de intervenção estatal, determinada em resposta à conduta dos sujeitos regulados, devendo os reguladores serem responsivos na medida em que os regulados estejam efetivamente se autorregulando, antes de impor uma intervenção mais ostensiva²¹¹.

Sob a forma de uma “pirâmide regulatória”, na base encontram-se as estratégias de persuasão; gradativamente, à medida em que os reguladores enfrentam resistência dos regulados, ocorre a escalada para os níveis mais crescentes de intervenção estatal até chegar ao topo da pirâmide, onde é reservado os mecanismos mais ostensivos de controle social²¹².

Nesta pirâmide regulatória, a autorregulação (*self-regulation*) está na base porque a chance de alcançar os propósitos da política regulatória é maior se estabelecida uma dinâmica capaz de atribuir aos agentes maior discricionariedade e responsabilidade no desenvolvimento de suas estratégias. No ponto intermediário da pirâmide, encontra-se a autorregulação imposta (*enforced self-regulation*²¹³), na qual os sujeitos são compelidos a normatizarem um plano de atuação conforme suas peculiaridades, por meio de ratificação final do regulador. No topo da pirâmide, encontram-se as estratégias de

²¹⁰ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 212-213.

²¹¹ LACERDA, Natalia de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: Uma análise a partir da atuação da agência nacional de águas na crise do Rio Pardo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 5, n. 2, outubro, 2019, p. 09. John Braithwaite destaca que: “In particular, law enforcers should be responsive to how effectively citizens or corporations are regulating themselves before deciding whether to escalate intervention”. (BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, World Development, 2006, p. 886).

²¹² “The pyramidal presumption of persuasion gives the cheaper and more respectful option a chance to work first. The more costly punitive attempts at control are thus held in reserve for the cases where persuasion fails.” (BRAITHWAITE, op. cit., p. 887).

²¹³ “The concept of enforced self-regulation is a response to the delay (Weidenbaum, 1979), red tape (Neustadt, 1980), costs (Moran, 1986), and stultification of innovation (Schwartzman, 1976; Wardell, 1979; Stewart, 1981) that can result from imposing detailed government regulations on business, and to the naivete of trusting companies to regulate themselves (Cranston, 1978: 61-64). Under enforced selfregulation, the government would compel each company to write a set of rules tailored to the unique set of contingencies facing that firm. A regulatory agency would either approve these rules or send them back for revision if they were insufficiently stringent”. (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 106).

comando e controle, havendo regimes punitivos fundamentados em discricionariedade (*command regulation with discretionary punishment*) e regimes não discricionários (*command regulation with non discretionary punishment*)²¹⁴.

Para Saad-Diniz, o “gênio criativo” do modelo da regulação responsiva consiste na formulação do “paradoxo regulatório”: somente porque é certa a resposta formal centralizada no topo é que funcionam os instrumentos informais da base. Saad-Diniz explica que a estratégia responsiva toma emprestada a lógica da Guerra Fria ao propor que uma “arma benigna” (*big benign gun*) deve ser posta no topo, resultando uma ameaça generalizada – e certa – de que melhor se exercitem instrumentos diplomáticos (diálogo, persuasão) a recorrer à guerra e à destruição²¹⁵.

Mas, cumpre destacar que a regulação responsiva é uma abordagem projetada principalmente em economias desenvolvidas, apresentando algumas limitações como estratégia de controle nas economias em desenvolvimento²¹⁶. John Braithwaite, consciente disto, para países em desenvolvimento sugere a articulação de redes regulatórias (*regulatory networks*), alternativas para suprir a incapacidade regulatória estatal e a instabilidade das instituições. Para Braithwaite, caberia ao Estado investir menos em termos de intervenção estatal e mais em termos de *regulatory networks*, assim, ONGs e demais atores de pressão social poderiam, em tese, constituir o modelo da

²¹⁴ LACERDA, Natalia de Melo; THOMAS, Patrick Thadeu. Teoria responsiva da regulação em situações de crises hídricas: Uma análise a partir da atuação da agência nacional de águas na crise do Rio Pardo. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 5, n. 2, outubro, 2019, p. 10-11. John Braithwaite ilustra a pirâmide de estratégias de *enforcement* na página 39 do livro: *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 38-39).

²¹⁵ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 213.

²¹⁶ As estratégias restaurativas demonstram dificuldades de concretização na marginal realidade latino-americana. Para tanto, Gustavo de Carvalho Marin explica que o paradigma restaurativo deve ocupar-se com as variáveis políticas e sociais típicas de cada região — entre estruturais assimetrias sociais e de poder; predomínio de práticas coletivas majoritariamente punitivas; e, ainda, o desafio de absorver valores restaurativos em contextos caracterizados por desintegração social e corrosão das institucionalidades. (MARIN, Gustavo de Carvalho. O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina. *In: Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano* [S.l.: s.n.], 2019, p. 219). O ensaio “*Responsive Regulation and Developing Economies*”, Braithwaite explica como países em desenvolvimento podem desenvolver um modelo de “*regulatory society*”. (BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, World Development, pp. 884-898, 2006).

“sociedade reguladora” (*regulatory society*)²¹⁷. Por sua vez, explica Saad-Diniz que não há evidências de que esta alternativa tenha alguma funcionalidade²¹⁸.

De todo modo, o emprego da regulação responsiva pode oferecer uma redefinição dos padrões repressivos do atual sistema de justiça criminal, de lentes retributiva para lentes restaurativas. A partir da estratégia da regulação responsiva, o conflito penal não se limita mais ao controle punitivo estatal e à própria inércia de medidas de *enforcement* de uma justiça retributiva.

1.4.4. Outras opções de estratégias regulatórias para o *compliance*

Em primeiro, cumpre ressaltar que parece não existir uma definição única para o termo regulação, muitas vezes considerado como um fenômeno “multifacetário”²¹⁹.

Mas, observamos que, comumente, três são as definições para o termo: 1) regulação é a promulgação de leis pelo governo acompanhada por instrumentos de monitoramento e *enforcement*, com frequência administrados por uma agência pública especializada; 2) regulação é qualquer via de intervenção direta do Estado na economia, qualquer que seja a forma que assuma; e 3) regulação são todos os mecanismos de

²¹⁷ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 214. John Braithwaite explica que: “An implication of this is that developing countries might jump over their regulatory state era and move straight to the regulatory society era of networked governance. Developing states might therefore cope with their capacity problem for making responsive regulation work by escalating less in terms of state intervention and more in terms of escalating state networking with non-state regulators”. (BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, World Development, pp. 884-898, 2006, p. 890).

²¹⁸ SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 214.

²¹⁹ COUTO, Jonas Antunes. *Estratégias regulatórias para o compliance de obrigações de acesso a redes de telecomunicações no Brasil: um estudo de caso sobre a Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 28. Para Cary Coglianese, o conceito de regulação pode significar várias coisas: “At its most basic level, “regulation” is treated as synonymous with “law”. Regulations are rules or norms adopted by government and backed up by some threat of consequences, usually negative ones in the form of penalties. Often directed at businesses, regulations can also take aim at non-profit organisations, other governmental entities, and even individuals. Regulations can also derive from any number of institutional sources – parliaments or legislatures, ministries or agencies, or even voters themselves through various kinds of plebiscites. Given their variety, regulations can be described using many different labels: constitutions, statutes, legislation, standards, rules, and so forth”. (COGLIANESE, Cary. *Measuring regulatory performance: evaluating the impact of regulation and regulatory policy*, nº 1, August 2012, p. 8). No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 147-149.

controle social ou influência, independentemente de sua fonte, que afetam todos os aspectos do comportamento de forma intencional ou não²²⁰.

Já, em linhas gerais, o termo “estratégia regulatória” representa as escolhas combinadas de ferramentas e abordagens feitas pelo regulador no exercício de suas funções de definição de padrões de comportamento, monitoramento e *enforcement* desses padrões, levando em consideração as estratégias dos outros participantes e de fatores externos²²¹.

Como já visto, John Braithwaite, juntamente com Ian Aird, idealizadores do conceito de “responsive regulation”, foram os primeiros a direcionar o debate acerca das abordagens de *enforcement* para além das estratégias detenção/punição e cooperação/persuasão. Para os autores, rejeitar a regulação punitiva é ingenuidade, comprometer-se integralmente com ela é impor carga desnecessária. O segredo de uma regulação de sucesso é definir uma “sinergia entre punição e persuasão”²²².

Mas, a principal crítica direcionada à *responsive regulation* diz respeito à presunção de que todos os regulados são iguais e capazes. Além disso, outras duas críticas endereçadas à estratégia *responsive regulation* serviram de alavanca para o advento de outra estratégia regulatória, denominada de *smart regulation*. A primeira das críticas sustenta que a pirâmide de *enforcement* da *responsive regulation* presume a existência de um regulador único, não levando em conta o fato de as funções regulatórias estarem, algumas vezes, compartilhadas entre distintos agentes. Já, a segunda crítica defende que em muitos casos a solução regulatória não deve ser a escalada da pirâmide em direção a punições mais ostensivas, “mas sim a reconsideração das ferramentas e da estratégia regulatória geral aplicada”²²³.

Nesse sentido, a regulação *smart* ou inteligente é a espécie de autorregulação e mesmo de regulação compartilhada estruturada a partir da *responsive regulation*, mas que se distingue por estender a relação Estado-Empresa e englobar terceiros como possíveis reguladores (como as associações da indústria, de profissionais e organização não

²²⁰ COUTO, Jonas Antunes. *Estratégias regulatórias para o compliance de obrigações de acesso a redes de telecomunicações no Brasil: um estudo de caso sobre a Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 30.

²²¹ *Ibid.*, p. 76.

²²² “To reject punitive regulation is naive, to be totally committed to it is to lead a charge of the light brigade. The trick of successful regulation is to establish a synergy between punishment and persuasion”. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 265-266). Ver também: COUTO, op.cit., p. 76.

²²³ COUTO, op.cit., p. 79-80.

governamentais). A *smart regulation* se utiliza do mesmo raciocínio de se escalar passo a passo a “pirâmide”, mas com a possibilidade de o regulador fazer escaladas laterais ou misturar ferramentas para assegurar o *compliance* com as regras, o que confere maior amplitude a esse tipo de estratégia regulatória²²⁴.

A crítica direcionada à *smart regulation* diz respeito aos desafios desta estratégia de coordenar um número grande de misturas de estratégias e de usos de diferentes ferramentas, o que torna complexo o gerenciamento de informações, a comunicação com os regulados e a gestão de recursos. Neste contexto, outra alternativa de estratégia regulatória que tem ganhado relevância é a *problem-centered regulation*. Esta estratégia também se fundamenta pela escalada das intervenções ao longo da pirâmide, porém, diferentemente da *responsive* e da *smart regulation* – que dão destaque na utilização de ferramentas e instituições variadas na busca dos objetivos regulatórios -, a *problem-centered regulation* coloca a solução do problema como o ponto central da estratégia regulatória (*centre of regulatory strategy*). Em outras palavras, a escolha do problema a ser tratado e das tarefas a serem seguidas para a solução deste problema devem preceder a escolha de quaisquer ferramentas e instituições a serem utilizadas²²⁵.

Os estágios a serem cumpridos pelo regulador para a solução do problema regulatório são: 1) nomear os problemas de maior atenção; 2) definir os problemas com precisão; 3) determinar a forma de se medir os impactos que oferecem; 4) desenvolver as soluções ou intervenções a serem empregadas; 5) adotar o plano e implementá-lo; e 6) monitorar os resultados e realizar os ajustes necessários²²⁶.

²²⁴ COUTO, op. cit., p. 80. Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge assim pontuam: “Smart regulation builds on ‘responsive regulation’, but considers a broader range of regulatory actors than its predecessor theory. The proponents of smart regulation, Neil Gunningham, Peter Grabosky, and Darren Sinclair, argue that the Ayres and Braithwaite pyramid is concerned only with the interaction between two parties: state and business. Smart regulation however, holds that regulation can be carried out not merely by the state, but by businesses themselves and by quasi-regulators such as public interest groups, professional bodies, and industry associations”. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 265-266).

²²⁵ COUTO, Jonas Antunes. *Estratégias regulatórias para o compliance de obrigações de acesso a redes de telecomunicações no Brasil: um estudo de caso sobre a Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 82. Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge explicam: “In both ‘responsive’ and ‘smart’ regulation, there is an emphasis on the processes, instruments, and institutions that can be used in order to further regulatory objectives. A broader focus, however, is offered by Malcolm Sparrow’s ‘regulatory craft’ approach. In a version of risk-based regulation, this places problem-solving at the centre of regulatory strategy” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, op. cit., p. 267).

²²⁶ Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge destacam as etapas para resolução do problema: “It separates out the ‘stages of problem-solving’ and stresses the need to nominate problems for attention; define problems precisely; determine how to measure impact; develop solutions or interventions; implement the plan; and monitor, review, and adjust the plan. It also accepts the ‘dynamic nature of the risk control game’. Central to Sparrow’s approach is the need to pick the most important tasks and then decide

A sua vez, a crítica direcionada à *problem-centered regulation* é que ela não leva em consideração os *trade-offs* relacionados às possíveis estratégias dos reguladores nas diferentes etapas do processo de solução do problema, bem como não apresenta um leque de opções sobre as diferentes abordagens e combinações de ferramentas possíveis²²⁷

Com efeito, outra proposta regulatória que então merece destaque é a *really responsive regulation*. As duas principais mensagens da *really responsive regulation* são: 1) no momento do desenho dos regimes regulatórios, os reguladores precisam adaptar suas estratégias em função do comportamento dos regulados e em função do comportamento de outros atores e; 2) o regulador responsável precisa detectar o comportamento indesejável de não *compliance*; responder a esse comportamento desenvolvendo abordagens adequadas; garantir a aplicação prática delas via *enforcement*; avaliar o seu sucesso ou falha e; ajustá-las conforme as mudanças²²⁸.

O principal desafio desta estratégia regulatória é que ela exige muita informação, análise e recursos, o que dificulta sua aplicação prática se consideramos as diversas variáveis externas que condicionam a atividade regulatória, como o caso de corte de orçamento pelo governo e o caso de culturas regulatórias específicas²²⁹. A sua vez, os defensores da *really responsive regulation* defendem que sempre haverá limites de análise e adaptabilidade regulatória, mas que a grande contribuição desta estratégia é fornecer uma estrutura analítica de base mais ampla²³⁰.

on the important tools, rather than ‘decide on the important tools and pick the tasks to fit’” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, op. cit., p. 267).

²²⁷ COUTO, Jonas Antunes. *Estratégias regulatórias para o compliance de obrigações de acesso a redes de telecomunicações no Brasil: um estudo de caso sobre a Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD)*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 82.

²²⁸ Ibid., p. 83-85. Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge explicam: “Really responsive’ regulation has two main messages. The first of these is that in designing applying, and developing regulatory systems, regulators need to adapt their strategies to more than the behaviour of regulatees. They need to be attentive and responsive to five key factors: the behaviour, attitudes, and cultures of regulatory actors; the institutional setting of the regulatory regime; the interactions between the different logics of regulatory tools and strategies; the regime’s own performance over time; and, finally, changes in each of these elements” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 269).

²²⁹ COUTO, op. cit., p. 85. Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge pontuam que são diversos os desafios para uma *really responsive regulation*: “To summarize on the challenges to be faced by regulators who would be ‘really responsive’ it can be said that these are multiple and of different kinds. The approach makes severe informational, analytical, and resource demands. It also may be difficult to apply because externally imposed constraints may hamstring the regulator—notably governmental positions on such matters as resourcing, regulatory style, institutional structures, or business conditions” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, op. cit., p. 280).

²³⁰ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin, op. cit., p. 280.

Com este tópico concluímos que assim como a *responsive regulation* fez avançar o debate sobre as estratégias de *enforcement*, igualmente, as demais abordagens regulatórias aqui analisadas procuram contribuir com novas propostas regulatórias para o *compliance*, identificando e abordando uma série de questões²³¹ com as quais os reguladores têm que lidar se quiserem alcançar efetividade nas suas estratégias de controle e regulação da criminalidade corporativa.

²³¹ “It is clear from the above discussion that, for most theories of regulatory strategy, there are two central questions regarding the approaches that they offer: Are they conceptually satisfactory? Are they capable of implementation in real-life circumstances?” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, Second Edition, 2012, p. 280).

CAPÍTULO 2 REVISITANDO OS FUNDAMENTOS DE *COMPLIANCE*

2.1 Contextualização da autorregulação regulada

2.1.1 Antecedentes históricos

Até o ano de 1929, quando ocorreu o grande craque da Bolsa de Valores de Nova York²³², predominavam os ideais liberais de que não estaria entre as funções do Estado a intervenção na economia, mesmo que diante de uma evidente espiral especulativa e, por consequência, criminosa²³³.

Mas, a partir da posse de Franklin Delano Roosevelt, iniciou-se a execução do denominado *New Deal*, um conjunto de medidas governamentais que substituiu as concepções ultraliberais estadunidenses vigentes até então pela ideia de que deveria haver interferência e regulamentação estatal sobre o desenvolvimento da atividade econômica, visto que a “livre atuação do mercado” seria insuficiente para evitar espirais especulativas e criminosas. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Europa Ocidental, com influência norte-americana em razão da implantação do denominado Plano *Marshall*, estrutura também um modelo de Estado chamado de bem-estar social (*welfare state*), no qual a intervenção e a regulamentação da economia são características marcantes²³⁴.

Nos anos de 1970, quando ainda vigiam as regulamentações econômico-financeiras estruturadas durante o *New Deal*, os Estados Unidos da América do Norte começaram a enfrentar as dificuldades que levaram ao fim da assim denominada “era de ouro do pós-guerra”. Houve o caso *Watergate* e a consequente renúncia do Presidente Nixon, a Guerra do *Yom Kippur*, a Guerra do Vietnã, o primeiro e o segundo choques do

²³² Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade explicam que nos anos 30, em face da grave crise decorrente do *crack* da Bolsa de Nova York, nasceu o debate sobre os modelos que seriam implantados pela política do *New Deal*. Na época, em decorrência da grave crise do sistema ultraliberal americano, optou-se pela criação de agências reguladoras que pudessem, a partir do Estado e da sociedade civil, estabelecer um controle vertical das práticas empresariais. (SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, maio/2011, p. 2). No mesmo sentido: SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 18.

²³³ SARCEDO, op. cit., p. 17-18. No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 74.

²³⁴ SARCEDO, op. cit., p. 74-75.

petróleo, fatos que geraram uma combinação de recessão, inflação e alta das taxas de juros²³⁵.

Deste cenário de desregulamentação econômica, acrescido ao avanço tecnológico e da globalização²³⁶, resultou a maior fragilidade do sistema financeiro, de forma com que nos anos 90 e 2000²³⁷, passaram a se a noticiar escândalos financeiros e econômicos envolvendo fraudes e a ausência de transparência, tais como falência da *Enron* e a dissolução de *Arthur Andersen*, a bancarrota da *WorldCom*²³⁸ e o caso da *Parmalat*²³⁹.

Em resposta a tais escândalos, foi aprovada nos Estados Unidos a *SOX* (*Sarbanes-Oxley Act*) de 2002²⁴⁰, a Lei que instituíra novos deveres no que tange à contabilidade e tornava mais rígidas as regulações inerentes à governança corporativa²⁴¹. Ainda que referida Lei tenha sido bastante elogiada, é certo que ela não foi capaz de evitar a eclosão da grande crise econômica iniciada em 2008²⁴², também denominada de crise

²³⁵ Ibid., p. 19.

²³⁶ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 75.

²³⁷ Explica Sarcedo que nesse panorama, “em fins dos anos 1990 e início dos anos 2000, começaram a espocar, cada vez mais com frequência, mega escândalos financeiros que tinham fraudes contábeis e falta de transparência das informações corporativas como pano de fundo, os quais vão assumindo proporções realmente gigantescas”. (SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 22).

²³⁸ A *WorldCom* possuía cerca de 55 mil empregados e mais de 20 milhões de clientes individuais e empresas, quando uma das maiores fraudes da história dos Estados Unidos foi cometida. Após muitas investigações, descobriu-se que menos de 100 empregados estavam envolvidos nas atividades fraudulentas. (LAUFER, William S. *Ilusões de Compliance e Governança*. Tradução por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 21).

²³⁹ A empresa se viu envolvida em um esquema de fraudes, na qual eram suprimidos prejuízos, sobrevalorizados os lucros, inclusive com a inclusão de receitas não existentes. (JANUÁRIO, op. cit., p. 75-76).

²⁴⁰ A Lei *Sarbanes-Oxley*, apelidada de Sarbox ou ainda de SOX, visou garantir a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis nas empresas, englobando ainda regras para a criação de comitês encarregados de supervisionar suas atividades e operações, de maneira a mitigar riscos aos negócios, evitar a ocorrência de fraudes ou garantir que haja meios de identificá-las quando ocorrem, garantindo a transparência na gestão das empresas. (UNITED STATES OF AMERICA. *The Sarbanes-Oxley Act of 2002*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com/the-sarbanes-oxley-act-full-text/>>. Acesso em: 16 fev. de 2020).

²⁴¹ JANUÁRIO, op. cit., p. 76.

²⁴² Anabela Miranda Rodrigues explica que a crise de 2008, para além de ter evidenciado o perigo que conleva a sua gestão pelos agentes que operam no setor onde ela se desencadeou (“converter o lobo em cordeiro”), mostrou a importância da regulação, nacional e internacional, do sistema econômico-financeiro. Segundo Anabela, a quase rutura das economias do primeiro mundo, conjuntamente com uma profunda perda de confiança nas entidades bancárias como principais intermediárias do sistema financeiro, puseram em evidência a necessidade de proteger a integridade do próprio mercado e a estabilidade do sistema econômico. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 47).

dos *subprimes* ou derivativos, cujas consequências podem ser sentidas até os dias atuais em todo o planeta²⁴³.

Explica Leandro Sarcedo que os efeitos derivados desta grave crise que fez com que o mundo mergulhasse numa gravíssima recessão econômica, e que de fato foi derivada de condutas criminosas praticadas no contexto das instituições financeiras, ainda são suportados principalmente pelas camadas mais humildes de trabalhadores e aposentados dos Estados Unidos e nos diversos países integrantes da União Europeia, com reflexos nos países emergentes, como no caso do Brasil. Neste período, a bancarrota completa da atividade econômico-financeira global somente foi evitada pela injeção de recursos públicos em socorro das empresas, especialmente instituições financeiras²⁴⁴.

Por certo, a experiência do século XX e começo do século XXI mostrou que a denominada “mão livre do mercado” é incapaz de assegurar o bom funcionamento deste, principalmente para evitar eventuais práticas criminosas no seu âmbito, que em razão da globalização e integração econômica, podem ter efeitos de nível global, resultando graves crises e recessões, tais como a vivida em 2008. Em contrapartida, o Estado encontra dificuldades em regulamentar e fiscalizar de forma eficiente setores estruturados de modo tão complexo como o mundo corporativo, ainda mais em virtude da necessidade de conhecimentos específicos sobre a área de atuação e sobre a dinâmica de cada empresa, as quais, por certo, ele não possui. Consequentemente, é diante deste cenário que vão se desenvolvendo as noções de “autorregulação regulada”²⁴⁵.

Conforme explica Alamiro Velludo Salvador Netto, na medida em que o Estado se mostra inapto a interferir diretamente em questões internas e estruturais de pessoas jurídico-privadas, resolve-se estabelecer a promoção de incentivos para que as próprias empresas se organizem de determinada forma. Segundo Alamiro Velludo Salvador Netto surge aqui um “fenômeno interessante de compensação”, ou seja, se as corporações são capazes de auto-organização, devem ser igualmente obrigadas à autorregulação²⁴⁶.

²⁴³ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 25.

²⁴⁴ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 25.

²⁴⁵ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 78.

²⁴⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 221.

Percebe-se que com a autorregulação, as empresas assumem deveres de vigilância, de controle e de investigação de práticas criminosas. A incorporação desses deveres exige das empresas organização voltada para prevenção e contenção de riscos.

2.1.2 Noções de autorregulação

Partindo-se da premissa de que as estruturas corporativas são uma realidade emergente e de que a autorregulação se mostra como um real problema político-criminal da atualidade, é preciso contextualizar a questão²⁴⁷.

Luis Arroyo Jiménez explica que a noção de autorregulação diz respeito a uma variada gama de experiências e pouco homogêneas²⁴⁸, em que se inserem os regulamentos internos de conduta, códigos de autocontrole, sistemas de normatização industrial e as certificações de conformidade²⁴⁹. Não obstante, a função de regulação e fiscalização não é totalmente deixada de lado pelo poder estatal, visto que ele realiza uma interação com os entes privados, definindo as condições para sua atuação²⁵⁰.

Ivó Coca Vila explica que no que se refere à regulação estatal da atividade empresarial, dentre os dois polos - o da total desregulação e da regulação estatal clássica ou heterorregulação - existiriam modelos mistos, todos incluídos no espectro da autorregulação, podendo ser divididos em autorregulação pura ou voluntária, metarregulação e autorregulação regulada ou correção²⁵¹.

²⁴⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68-69.

²⁴⁸ “La noción de autorregulación se emplea para aludir a experiencias sectoriales muy numerosas y poco homogéneas. Así, por ejemplo, los reglamentos internos de conducta de las sociedades cotizadas, los códigos de autocontrol adoptados por los anunciantes, los sistemas de normalización industrial o las certificaciones de conformidad son manifestaciones particulares de la categoría a la que nos referimos que permiten ilustrar la diversidad de realidades y de regímenes jurídicos cubiertos por el concepto”. (ARROYO JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 19).

²⁴⁹ SILVEIRA, op. cit., p. 69. No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79.

²⁵⁰ “Me refiero a que las estructuras de autorregulación suelen estar condicionadas externamente por los poderes públicos, lo cual obliga a tomar en consideración las relaciones entre la autorregulación y la intervención pública dirigida a possibilitar, fomentar y condicionar su desarrollo”. (ARROYO JIMÉNEZ, op. cit., p. 23). No mesmo sentido: JANUÁRIO, op. cit., p. 79.

²⁵¹ COCA VILA, Ivó ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 45. Ver também: JANUÁRIO, op. cit., p. 79.

Na autorregulação pura (*autorregulación pura o voluntaria*), assim como o ser humano, as empresas no exercício de sua autonomia poderiam se regular como entenderem melhor (*auto-legislación*), sem serem condicionadas por agentes externos, desde que a configuração concreta adotada não levasse a interferências nas esferas de liberdade de outras pessoas²⁵².

A metarregulação (*meta-regulación*) é caracterizada pelo condicionamento da atividade corporativa a princípios, *ex ante*, e possíveis benefícios, *ex post*, como incentivos para autorregulação. Ivó Coca Vila explica que neste modelo, o Estado não pretende estabelecer parâmetros concretos ou normas de comportamentos específicos, mas sim, procura despertar o interesse das próprias empresas pela autorregulação²⁵³.

Finalmente, a autorregulação regulada ou corregulação (*autorregulación regulada o co-regulación*) diz respeito à incorporação do ente privado na atividade regulatória, mas de forma subordinada aos concretos fins e interesses estatais. Ivó Coca Vila explica que três são os modelos possíveis de autorregulação regulada. Em primeiro, a autorregulação delegada ou “delegated self-regulation”, na qual o Estado delega pontualmente a faculdade de regulação, mas mantém a faculdade de revisão, supervisão e sanção, ou vice-versa. Em segundo, a autorregulação transferida ou “devolved self-regulation”, na qual o Estado transfere o poder de regulação, supervisão e sanção, mas mantém o de revisão e também o de decidir a forma pela qual será realizado o “enforcement”. Por fim, em terceiro, o processo puro de corregulação ou “cooperative self-regulation”, neste caso, ambos os entes, público e privado, compartilham as

²⁵² “La noción de la autorregulación pura no hace sino entrocarse directamente con el ejercicio de la ‘libertad negativa’ individual del ser humano y con la idea de la ‘auto-legislación’ como núcleo de la autonomía política y de la sobranía. Al igual que el ser humano, las empresas en el ejercicio de su autonomía podrían regularse como creyeran más conveniente, sin verse condicionados por agentes externos, siempre y cuando de la concreta configuración adoptada no se produjeran injerencias en las esferas de libertad ajenas”. (COCA VILA, Ivó ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 48-49).

²⁵³ “Cabría afirmar que por meta-regulación se alude al fenómeno normativo consistente en la determinación o condicionamiento, ya sea *ex ante* o *ex post*, de la actividad de autorregulación. Aquí, el Estado, condiciona lo normado internamente, ya sea estableciendo previamente una serie de pautas – generalmente a través de principios – a partir de las cuales será la propia empresa la que se autorregula, o bien otorgando incentivos a posteriori en aras de influir sobre lo internamente normado. Sea como fuere, el rasgo cardinal de los procesos de meta-regulación es que no pretenden establecer concretos patrones o normas de comportamiento, sino más bien, despertar el interés de las propias empresas en autorregularse, otorgándoles incentivos para ellos”. (COCA VILA, op. cit., p. 50). No mesmo sentido: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 79-80.

atividades regulatórias de forma com que, mesmo que seja o Estado que aprove o sistema, o ente privado colabora com o fornecimento de dados²⁵⁴.

Independentemente do modelo adotado, Ivó Coca Vila pontua que o sistema de autorregulação regulada é o que melhor atende aos interesses estatais, visto que lhe permite a manutenção de um “intervencionismo à distância”, garantindo a manutenção de seus interesses, transferindo, contudo, às empresas, o seu cumprimento²⁵⁵.

Por meio deste modelo, o Estado não precisa de conhecimentos específicos referentes à atividade da empresa a ser regulada²⁵⁶, o que é de grande relevância para esta pesquisa, levando em conta a atual deficiência técnica dos instrumentos estatais para o controle da criminalidade corporativa.

2.1.3. Os preceitos da boa governança corporativa

Em uma sociedade globalizada em que, em geral, acionistas – que querem ter, a todo custo, seus interesses preservados – vivem em país diverso daquele em que seu investimento financeiro foi efetuado, confiança e transparência nas informações empresariais ganharam grande relevo em um contexto histórico no qual megafraudes financeiras tornaram rotina nos noticiários²⁵⁷.

Débora Motta Cardoso explica que antigamente era comum que as empresas privadas tivessem seus próprios acionistas como gestores, o que em certas circunstâncias causava “confusão entre a propriedade e a gestão”²⁵⁸.

²⁵⁴ COCA VILA, op. cit., p. 51-52. No mesmo sentido: JANUÁRIO, op. cit., p. 80.

²⁵⁵ “Los modelos de autorregulación regulada serían por ende los que mejor responderían a esse interés general del Estado em reorientar sua actuación havia um ‘intervencionismo a distancia’, que le permitiera valerse de las empresas para cumplir sus fines”. (COCA VILA, Ivó ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p. 52). Ver também: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 81.

²⁵⁶ JANUÁRIO, op. cit., p. 81.

²⁵⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 40.

²⁵⁸ CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 40. Anabela Miranda Rodrigues explica que o conflito de interesses e a separação jurídica entre propriedade e gestão da empresa geraram os primeiros debates sobre *corporate governance*. (RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 45). No mesmo sentido, Carla Veríssimo destaca que 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 (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in) capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as*

Mas, na medida em que profissionalizou e tornou globais as empresas, estruturando um conselho de administração com atuação entre a propriedade e a gestão, tornou-se possível ser acionista de determinada instituição financeira à distância, mesmos em ter visitado o país onde ela está sediada²⁵⁹.

Todavia, essa medida também abriu espaço para os denominados “conflitos de agência”, derivados da dispersão do capital e da conseqüente divisão entre a propriedade e a gestão. Normalmente, os gestores, ao invés de potencializarem a maior valorização possível do retorno dos acionistas, maximizam seus próprios interesses, fatores que, juntamente com outros de cunho interno e externo às corporações, levaram ao desenvolvimento dos preceitos de boa governança corporativa visando à proteção dos acionistas em face dos administradores²⁶⁰.

Para Carla Veríssimo de Carli, governança corporativa, basicamente, é o sistema pelo qual as empresas são dirigidas e controladas. Tais instrumentos 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 corporação, seus acionistas e partes interessadas. O primeiro código de boas práticas de governança corporativa é o Relatório *Cadbury* de 1992, produto do trabalho do Comitê sobre os Aspectos Financeiros da Governança Corporativa, criado em maio de 1991 pela Bolsa de Valores de Londres²⁶¹.

Pela importância internacional das diretrizes que compõe o conceito, Débora Motta Cardoso ilustra o que seja governança corporativa por meio das diretrizes da governança corporativa da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Em boa síntese, as diretrizes da OCDE objetivam nada mais do que assegurar que as práticas empresariais estejam em harmonia com as políticas governamentais, de modo a fortalecer as bases de uma confiança mútua na relação entre empresas e sociedades²⁶².

empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 82).

²⁵⁹ CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 40.

²⁶⁰ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 82.

²⁶¹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in) capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 84-85.

²⁶² CARDOSO, op. cit., p. 39.

Alamiro Velludo Salvador Netto pontua que a OCDE tem exercido fortíssima influência nos ordenamentos jurídicos nacionais, destacando-se, por exemplo, na América Latina as reformas legislativas chilenas no final da primeira década do século XXI. Segundo Alamiro Velludo Salvador Netto, o país andino buscou garantir as bases legais para um eficaz governo corporativo, garantia de direitos e tratamento equitativo de acionistas, divulgação de dados com transparência, responsabilidade dos administradores e flexibilização de sigilo bancário para cooperação tributária internacional²⁶³.

Em termos gerais, a boa governança corporativa é constituída por quatro grandes pilares valorativos: *fairness*, que é a necessidade de justiça e equidade no tratamento dos acionistas minoritários²⁶⁴; *disclosure*, que é a necessidade de transparência nas informações empresariais²⁶⁵; *accountability*, que é a necessidade de prestação de contas, com base em técnicas contábeis e de auditoria²⁶⁶; e, por fim, *compliance* – ponto de atenção desta dissertação - que é a necessidade de conformidade e cumprimento das normas regulatórias, legais e administrativas aplicáveis à empresa, ou ainda, a estrutura verificadora e validadora do bom funcionamento das demais²⁶⁷.

O *compliance* tornou-se, atualmente, um dos principais pilares da governança corporativa. Mais do que uma estratégia formal de controle, nesta dissertação, analisamos o *compliance* como uma estrutura de incentivo a mudanças de comportamento ético no ambiente empresarial.

2.2. Dos programas de *compliance*

Um dos temas mais presentes na literatura jurídica dos últimos anos no contexto corporativo é a matéria ligada à figura dos programas de *compliance*. De acordo com

²⁶³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 219.

²⁶⁴ “Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas (*stakeholders*), levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas” (IBGC. *Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>>. Acesso em: 25 mar. 2020).

²⁶⁵ “Consiste no 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. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização”. (IBGC, op. cit.).

²⁶⁶ “Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis”. (IBGC, op. cit.).

²⁶⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 203.

Susana Maria Aires de Sousa, os programas de *compliance* anunciam-se assim como sistemas que procuram concretizar, no ambiente empresarial, o objetivo de reintegração da ética, num sentido mais restrito, de cumprimento do direito²⁶⁸.

Segundo Saad-Diniz, os programas de *compliance* podem ser entendidos como um sistema organizado para incrementar a gestão organizacional e a capacidade regulatória para prevenção de infrações econômicas e controle dos riscos morais. Explica Saad-Diniz que se trata de um novo modelo de cumprimento de normas de gestão que oferece novas perspectivas de método para revisão das teses tradicionais sobre a performance institucional e o lugar do comportamento ético na empresa²⁶⁹.

Leandro Sarcedo explica que o programa de *compliance* se trata da criação, implantação e fiscalização das normas de condutas e posturas internas da empresa, com o objetivo de gerar consciência sobre deveres e obrigações na prevenção de riscos legais e regulatórios. Pode ser direcionado à prevenção dos riscos inerentes a distintas áreas de atuação da empresa, tais como: antitruste, trabalhista, ambiental, empresarial, tributário, previdenciário, consumerista, segurança do trabalho etc. Quando tais riscos tratam da possibilidade de responsabilização penal, fala-se em *criminal compliance*²⁷⁰.

Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade explicam que tais “programas intraempresariais” preveem exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de comportamentos éticos tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos empregados da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas antiéticas; e a implementação de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado²⁷¹.

Carla Veríssimo de Carli estudando Marc Engelhart explica que um programa de *compliance* estrutura-se em três colunas, que se subdividem, a sua vez, em três pontos. A primeira coluna corresponde à formulação do programa de *compliance* (identificar,

²⁶⁸ SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 123.

²⁶⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, p. 48.

²⁷⁰ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 45.

²⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, p. 2, maio/2011, p. 02.

definir e estruturar), a segunda refere-se à implementação deste programa (informar, incentivar e organizar), e a terceira corresponde à sua consolidação e aperfeiçoamento (reagir, sancionar e aperfeiçoar)²⁷².

Para Saad-Diniz, se as funções de *compliance* são desempenhadas com idoneidade e adequadas à dinâmica de negócios da empresa, isso demonstra que a empresa tem condições de mover os *players*, acionistas, contratantes e fornecedores em um mercado guiado por ética e integridade. Especialmente no cenário brasileiro, a inteligência de *compliance* favorece planejamento mais rigoroso para se antecipar a reações imprevisíveis de fiscalizadores e reguladores, que a qualquer tempo podem vincular empresas ou executivos por informações colhidas em investigações, colaborações premiadas ou acordos de leniência²⁷³.

Mas, embora ocupe o “epicentro” das discussões jurídicas nos últimos anos, Saad-Diniz também pontua que no mercado brasileiro há ainda certa confusão quanto à real importância dos programas de *compliance*. Alguma incompreensão tem levado a acreditar que a implantação de *compliance* representaria a imunização dos gestores ou blindagem patrimonial, ou, que os programas de *compliance* isentariam corporações e dirigentes de responsabilidade. Para Saad-Diniz, a política legislativa nacional na área também é criticável²⁷⁴.

Duas legislações deram o passo inicial ao incentivo aos programas de *compliance* no Brasil. De forma a satisfazer à tendência mundial e seguindo as indicações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), em 1998, o Brasil publicou a Lei nº 9.613/98²⁷⁵, a primeira legislação contra a lavagem de dinheiro²⁷⁶.

Matheus de Alencar e Miranda explica que desde a criminalização de lavagem de dinheiro, em 1998, um instituto até então desconhecido passou a não só ser incorporado no ordenamento jurídico nacional, bem como ganhar externa relevância no momento atual: *criminal compliance*. Matheus de Alencar e Miranda destaca que ainda que não seja o único na própria lei de lavagem, é um dos institutos “alienígenas”

²⁷² ENGELHART, 2012 apud DE CARLI, 2016, p. 220-221.

²⁷³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, p. 48.

²⁷⁴ SAAD-DINIZ, op. cit., p. 49-50

²⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁷⁶ BRASIL. *Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm>. Acesso em: 08 jul. 2020.

empregados no ordenamento nacional que sofre com problemas de internalização: sua interpretação e aplicação no Brasil, em regra, é distorcida e de difícil compreensão²⁷⁷.

Nos dias atuais, o *criminal compliance* tem ganhado certa relevância. Matheus de Alencar esclarece que com a Lava Jato expondo crimes de empresas, a percepção de necessidade de mecanismos de prevenção da criminalidade no ambiente corporativo aumentou de forma geral. Não é sem motivo que organizações empresariais envolvidas e as competidoras dos mesmos ramos de mercado têm insistido no recado de que estão implementando programas de *compliance* para cuidar da evitação dos crimes que derrubaram as reputações das empresas envolvidas nos escândalos. Com isso, as previsões normativas atuais, como a alteração da Lei Antilavagem pela Lei nº 12.683/2013 e a Lei do CADE (capítulo VII da Lei nº 12.529/2013) incentivaram a implementação de programas de integridade pelas empresas²⁷⁸.

A Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) que prescreve a responsabilidade civil e administrativa de empresas e dirigentes por infrações econômicas contra a Administração pública, nacional ou estrangeira, reservou vaga menção aos programas de *compliance* no seu artigo 7^a, inciso VIII: “serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - 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”²⁷⁹.

Posteriormente, em 2015, o Decreto Federal de nº 8.420/15²⁸⁰, que teve como objetivo regulamentar a Lei nº 12.846/13, definiu o “programa de integridade” (art. 41) e os parâmetros para avaliar um programa de conformidade estão listados no artigo 42 da referida legislação. João Daniel Rassi, Victor Labate e Pedro Luís de Almeida Camargo explicam que essas disposições incluem a existência de treinamento periódico para funcionários sobre o escopo dos programas de *compliance* da corporação, a existência de estruturas independentes para a aplicação do programa de integridade, o uso de medidas

²⁷⁷ MIRANDA, Matheus de Alencar e. (*In*)eficiência de *compliance* e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 65.

²⁷⁸ MIRANDA, Matheus de Alencar e. (*In*)eficiência de *compliance* e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: Liber Ars, 2019, p.77.

²⁷⁹ BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020. Nesse mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, p. 50.

²⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 8.420, de 18 de Março de 2015*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

em caso de violação das disposições do programa e a transparência de quaisquer doações feitas pelas corporações a partidos políticos, etc. Tais disposições são empregadas como um “guia” para as empresas ao criarem ou revisarem seus programas de *compliance*²⁸¹.

Na esfera ambiental, a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998²⁸²) não prevê leniência em relação a penalidades para empresas que tenham programas de *compliance*. De modo diverso, a legislação em espeque no seu artigo 6º estabelece que para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente, bem como os antecedentes relativos ao cumprimento das leis ou regulamentos ambientais, e a situação econômica da corporação ou do infrator²⁸³.

Estudando o impacto dos programas de *compliance* nos tribunais, Matheus de Alencar e Miranda, orientado pelo Professor Doutor Artur de Brito Gueiros Souza, dentro do Núcleo de Estudos em Direito Penal Internacional da UERJ, analisaram julgados do Supremo Tribunal Federal (STF, de 09/2013 a 08/2016), do Superior Tribunal de Justiça (STJ, de 09/2013 a 08/2016) e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4, de 09/2014 a 08/2016) em que constavam termos como “compliance”, “programa de integridade”, “programa de cumprimento” e “programa de integridade”. O resultado da pesquisa apontou que o termo “compliance” esteve mais relacionado aos casos de lavagem de dinheiro e responsabilização de *gatekeepers*, e não a casos de crimes ambientais.²⁸⁴

Portanto, em relação ao ordenamento nacional, observamos que a existência de programas de integridade deverá ser levada em consideração ao impor penalidades administrativas ou civis por condutas consideradas lesivas à Administração Pública, conforme previsto na Legislação Anticorrupção. Já, no âmbito ambiental, não existe tal previsão, não obstante, isso não exclui a ponderação a este respeito pelo julgar ao impor uma punição²⁸⁵, especialmente após o julgamento do Recurso Extraordinário

²⁸¹ RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The International Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Research Ltd, July 2020, p. 87.

²⁸² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

²⁸³ RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The International Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Research Ltd, July 2020, p. 87.

²⁸⁴ MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 140-141.

²⁸⁵ RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The International Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Research Ltd, July 2020, p. 87.

548.181/PR²⁸⁶, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 06 de agosto de 2013, o *criminal compliance* passou a ser tema relevante em matéria de crimes ambientais²⁸⁷.

Com este tópico concluímos que antes mesmo da implementação de um programa de *compliance*, não basta a empresa cumprir apenas o padrão reproduzido e imposto pelo ordenamento jurídico nacional, antes de tudo, é importante conhecer a utilidade e a importância de cada mecanismo de *compliance*, de forma que o programa de cada empresa esteja adequado à sua realidade concreta.

2.3. Elementos de um programa de *compliance*

2.3.1. Códigos de ética ou de conduta

Como já visto, o Decreto nº 8.420/2015 prevê que para avaliação de efetividade de um programa de *compliance* no Brasil é necessário estabelecer critérios para a interpretação do que seria esta “efetividade”. Dentre os principais elementos, o inciso III do artigo 42 do Decreto, prevê a existência do código de ética: “padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados”.

Os códigos de ética ou de conduta são “documentos que contêm e determinam os valores da empresa”, desenvolvendo-os em um conjunto de regras direcionadas a guiar os comportamentos de seus destinatários no interior da empresa e com os diferentes grupos de interesse. De acordo com Nieto Martín, funcionalmente, o “código de ética é

²⁸⁶ STF: “a 1ª Turma concluiu ser perfeitamente possível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa” (1ª Turma, RE 548.181/PR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06/08/2013).

²⁸⁷ Matheus de Alencar e Miranda explica que desde o “julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR, datado de 06/08/2013 e com relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento que dispensa as formas de concurso necessário na dupla imputação das pessoas, de modo tal que a coautoria dos dirigentes da empresa já não mais se faz obrigatória na responsabilização de delitos ambientais no país”. MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 138. A Teoria da Dupla Imputação foi adotada durante muitos anos pela jurisprudência. Veja o trecho abaixo: STJ: “(...) Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que “não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio” cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). No caso em tela, o delito foi imputado tão-somente à pessoa jurídica, não descrevendo a denúncia a participação de pessoa física que teria atuado em seu nome ou proveito, inviabilizando, assim, a instauração da *persecutio criminis in iudicio* (Precedentes)”. (STJ, 5ª Turma, RMS 20.601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14/08/2006).

uma ferramenta de direção empresarial”, cujo objetivo é garantir que os empregados realizem suas atividades de acordo com os valores que a empresa deseja estruturar, ou que considera que constituem a essência de sua cultura corporativa. Para o autor, a maior parte dos códigos de ética tem duas características fundamentais: tem caráter vinculante e contém, além disso, disposições cuja finalidade é tornar efetivo o código²⁸⁸.

No “Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em Par”, a Controladoria Geral da União delimitou o conteúdo dos programas de integridade²⁸⁹, apontando que os códigos internos poderão estabelecer regras que prevejam: a proibição de concessão de vantagens a agentes públicos; a disciplina do oferecimento de brindes, presentes e hospitalidades; a prevenção de conflitos de interesse; diretrizes sobre as reuniões a serem realizadas entre agentes da empresa e agentes públicos; bem como normas de colaboração com investigações²⁹⁰.

Em linhas gerais, os conteúdos que costumam ter os códigos de ética estão relacionados com o *compliance*. Estão incluídos aqueles conteúdos (corrupção, lavagem de dinheiro, defesa da concorrência, proteção de dados, meio ambiente etc.) que guardam vínculo com os crimes ou infrações que podem ser cometidos pelos empregados ou pelos dirigentes da empresa ou que, de modo mais genérico, abordam suas obrigações legais; mas também há aquelas partes do código mais internas, que têm como papel criar um bom clima de relações trabalhistas, lutar contra assédio e discriminações²⁹¹.

Portanto, é por meio das delimitações previstas no código de ética ou de conduta, que é possível que se evite o cometimento de um conduta criminoso no interior da empresa. Além do mais protege-se o trabalhador, pois ele terá consciência acerca da realização do tipo penal, das consequências das suas condutas e do quanto o cometimento de um crime é indesejável dentro da corporação²⁹².

²⁸⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 163.

²⁸⁹ Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/manual-pratico-integridade-par.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

²⁹⁰ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 33.

²⁹¹ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 165.

²⁹² MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 296-297.

Nieto Martín pontua que a função do código de ética como ferramenta para a gestão dos valores da empresa é, de duas uma, modificar uma cultura corporativa que opera como fator criminógeno ou, caso a empresa conte com valores positivos, refleti-los e mantê-los. O que em qualquer caso parece evidente é que pode ocorrer de não se identificar a existência de um código de ética vinculado com os valores que efetivamente regem a prática empresarial da corporação²⁹³.

Por isso, ao invés de concentrar tanto no conteúdo do código, é necessário gastar mais tempo avaliando os códigos à luz de como suas mensagens são comunicadas e transmitidas aos empregados, gestores e terceiros interessados. Aparenta ilusório que um pequeno documento, como é o código de ética, normalmente de não mais de 20 páginas, seja capaz de oferecer pautas e orientação suficientes para os múltiplos e complexos problemas corporativos com os quais podem enfrentar seus destinatários²⁹⁴.

Por esta razão, caberá aos códigos determinar as diretrizes adequadas à orientação do comportamento dos empregados, gestores e terceiros interessados. Não basta apenas uma repetição dos deveres já elucidados na legislação. O emprego de códigos de ética tende a não ser efetivo caso eles se limitem a resumir normas abstratas e desconexas com as atividades da empresa. É preciso que os códigos deem um passo a mais na orientação da prática corporativa, estipulando concretamente a conduta a ser observada²⁹⁵.

Não são necessários sofisticação e “juízos moralizantes”²⁹⁶ na elaboração dos códigos de ética. Obviamente, é importante a forma com que serão redigidos seus conteúdos²⁹⁷, por sua vez, é mais importante ainda que se exercite a capacidade de informar com clareza e objetividade, a todos os empregados, dirigentes e interessados

²⁹³ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 166.

²⁹⁴ Ibid., p. 168-169.

²⁹⁵ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 32-33.

²⁹⁶ Saad-Diniz exemplifica com as políticas do tipo: “tolerância zero” ou “erradicação ou combate” às infrações. (SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169).

²⁹⁷ Para Nieto Martín, “as recomendações que a doutrina especializada oferece sobre como devem ser redigidos os códigos de ética são simples de seguir. Se uma de suas funções é contribuir a fazer mais inteligível o conteúdo das normas que afetam à atividade da empresa, deve-se fugir de uma linguagem jurídica. O ideal é um estilo direto, que torne sua leitura amena e que contenha numerosos exemplos que facilitem sua compressão. Imitar o estilo da lei, tentando elaborar definições gerais, não fará senão repetir os problemas de interpretação de qualquer norma jurídica”. (NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 171).

(*shareholders* e *stakeholders*), os valores da empresa e as estruturas disponíveis que se ajustem a tais valores²⁹⁸.

Por fim, cumpre ressaltar que as normas legais e éticas devem valer para toda a empresa, de forma que cada funcionário ou dirigente saiba, exatamente, que tipo de comportamento é esperado dele, e quais ações violariam o código de ética e o programa de *compliance*²⁹⁹.

A grande valia dos códigos de ética é que eles constituem mecanismos de controle indispensáveis para prevenir o surgimento de uma cultura criminógena dentro da empresa, ou de uma de suas divisões, que possibilite “técnicas de neutralização eficazes à seus empregados”³⁰⁰. As diretrizes aptas a guiarem o comportamento pró-social da alta direção e dos funcionários deverão estar inseridas nos códigos de ética das empresas.

2.3.2. O *compliance officer*

Inicialmente, é preciso destacar que no Brasil falta maiores especificações legislativas a respeito da figura do *compliance officer* e as obrigações impostas à este funcionário.

Algumas normas nacionais estabelecem a necessidade da figura do *compliance officer* na estrutura organizacional de uma empresa. Como exemplo, o Decreto nº 8.420/15, no inciso IX do seu artigo 42, prevê a: “independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento”. Além disso, a Resolução nº 4.595/17 do Banco Central do Brasil ao prever sobre a política de *compliance* das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo próprio BACEN, destaca a necessidade de existência de unidade específica responsável pela função de conformidade no seu artigo 5º, inciso IV: “A política de conformidade deve definir, no mínimo (...) IV - a posição, na estrutura organizacional da instituição, da unidade específica responsável pela função de conformidade, quando constituída”.

²⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 169.

²⁹⁹ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in)capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 226.

³⁰⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumplimiento normative e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 74.

Logo no início, também é importante destacar que as atividades de *compliance* não podem se confundir com as de auditoria interna. Para João Daniel Rassi, enquanto a auditoria efetua os seus trabalhos de forma aleatória e periódica, com o fim de verificar o cumprimento das normas estabelecidas pela administração da empresa, o *compliance* exerce sua atividade de forma rotineira e constante visando à certificação de que todas as unidades do negócio agem em conformidade com as regras que se lhes aplicam³⁰¹.

João Daniel Rassi também destaca que igualmente não se confunde, apesar da semelhança, com as atividades do departamento jurídico. Enquanto o departamento jurídico fornece a orientação, elabora contratos e demais documentos legais, o *compliance* observa se as determinações do setor jurídico são seguidas³⁰².

O *compliance* pode se organizar em uma empresa de três formas ou modelos distintos: o da área ou departamento de *compliance*, o do órgão de *compliance* e o órgão de *compliance* matriz, composto pelos responsáveis por *compliance* por matérias (proteção de dados, corrupção, lavagem de dinheiro, meio ambiente, direitos trabalhistas etc.). Segundo Adán Nieto Martín, seja qual for a forma elegida, e principalmente na primeira delas, sempre será preciso eleger uma pessoa que se encarregue de dirigir ou coordenar esta atividade. A esta função dentro da organização empresarial se vem denominado o responsável do departamento de *compliance*, *chief compliance officer* (CCO³⁰³) ou oficial de ética³⁰⁴.

Para Adán Nieto Martín, três são as possíveis definições dos responsáveis por *compliance*: 1) a daquele que exerce funções executivas ou de coordenação, como parte ou às ordens de um Comitê ou órgão de vigilância; 2) aquela do responsável de *compliance* que pertence à alta direção e que dirige o departamento de *compliance*; e 3)

³⁰¹ RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 228.

³⁰² Ibid., p. 228

³⁰³ “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”. (DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in)capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 230).

³⁰⁴ NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 242.

a do responsável de *compliance* que atua como “representante de interesses coletivos”, com um grau de autonomia relevante frente ao Conselho³⁰⁵.

Saad-Diniz explica que o *compliance officer* não precisa muito mais do que a capacidade de organizar a detecção, apuração e reação ao comportamento antissocial e exercer influência para a promoção do comportamento pró-social. No entanto, Saad-Diniz destaca que, na maioria dos casos, a formação dos membros do departamento de *compliance* é pouco apropriada, e isso não apenas em relação à tecnologia de *compliance*, mas, especialmente, em relação à métrica de *compliance* e domínio do referencial ético necessário ao comportamento pró-social³⁰⁶.

A sua vez, no organograma da empresa, o mais importante é clareza a respeito do escopo e do feixe de responsabilidades atribuídas ao *compliance officer*, dado porque ele não é, não pode ser, nem pode confundir-se com um profissional escolhido com a mera e única função de assumir todos os riscos e responsabilidade legais da empresa³⁰⁷. Se assim o fosse, o *compliance officer* deveria ser, em verdade, o executivo principal da companhia e não apenas uma área de assessoria na administração³⁰⁸.

Por certo, não se imagina que o *compliance officer* assuma todas as responsabilidades da empresa, pois em caso contrário isso poderá se evidenciar como uma tentativa de fuga de responsabilidades de órgão diretivos maiores, com atribuição ao *compliance officer*, de “verdadeira função de bode expiatório”³⁰⁹.

O *compliance officer* assume sim, mas por forma delegada, a responsabilidade de vigilância sobre as condutas limites da empresa. De acordo com Saad-Diniz e Renato de Mello Jorge Silveira, “suas funções seriam além de um funcionário ou auditor, aproximando-se da função de um criminólogo, o qual tem que controlar tudo o que se passa na empresa para, em tempo, passar aos canais competentes”. Segundo os autores, havendo falhas na vigilância, seria este o responsável, pois abandona a figura de *extraneus*

³⁰⁵ NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de compliance. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 242-244.

³⁰⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 177.

³⁰⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 51.

³⁰⁸ Segundo Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho de Araújo, a estrutura que responderá pelo setor de *compliance* empresarial, seja ela centrada em uma pessoa, em uma junta de pessoas, ou ainda em um representante externo, não definirá as decisões a serem tomadas pelas empresas. Ela é apenas o alerta sobre os riscos evidentes e inerentes às decisões (COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho, 2014 apud SILVEIRA, 2015, p. 144).

³⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 144-145.

e assume verdadeiramente a figura de *intra-neus*. Detectando eventuais problemas, e realizando a comunicação adequada dos mesmos, seu filtro se mostra adequado, passando a responsabilidade para o órgão delegante, ao qual caberá, ao final, a implementação das políticas finais da empresa³¹⁰.

Leandro Sarcedo destaca que, em uma estrutura corporativa, existem responsabilidades que são próprias do *compliance officer*, especialmente quando o programa de *compliance* não é bem executado, não se mostra efetivo ou tem falhas em sua concepção, mas a divisão de responsabilidades na atribuição de responsabilidades é importante, pois responsabilidades decorrentes de possíveis descumprimentos normativos em áreas outras que não a sua, em desacordo com estruturados e bem executados programas normativos internos, não lhe podem ser imputadas de forma automática, unicamente em decorrência de sua posição na empresa³¹¹.

Em linhas gerais, o *compliance officer* deve especialmente promover a eficiência do programa, garantir o *compliance*, buscando corrigir as condutas antissociais e controlar as situações perigosas que possam ser constatadas, por isso, destacamos sua relevância para esta pesquisa.

2.3.2.1. *Compliance officer e os deveres de vigilância*

Em relação à figura do *compliance officer*, de acordo com Leandro Sarcedo, potencializam-se os riscos penais pessoais assumidos pelo profissional empregado que exerce essa função, de forma que as funções próprias de sua atividade profissional coincidem com supervisionar a efetiva observância normativa de terceiros, tornando-o numa espécie de “garante solidário pelo cumprimento de deveres alheios”. Quer dizer, assume o *compliance officer* a maior parte do dever de garantia, vigilância e de evitar resultados lesivos que incumbe originalmente ao empresário. Não obstante, o exercício do cargo de *compliance officer* dentro de uma empresa não representa que esse profissional seja uma espécie de “laranja ou testa de ferro” escolhido pela corporação para fazer frente às suas demandas criminais³¹².

³¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 145.

³¹¹ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 51.

³¹² *Ibid.*, p. 55-57.

A responsabilidade penal desse profissional só pode derivar dos deveres por ele efetivamente assumidos. Leandro Sarcedo estudando Ricardo Robles Plana explica que os pressupostos fundamentadores de uma responsabilidade penal do *compliance officer* são: a) que sua omissão refira-se a um crime que ainda não foi cometido, dado porque na hipótese de delitos já consumados, haveria omissão na sua denúncia, ação não punível nas relações privadas³¹³; b) a omissão tem que ocorrer em relação a uma conduta cuja realização, pelo menos em tese, faria supor a não ocorrência do delito; c) o risco do delito a ser evitado tem que englobar o rol daquelas atividades ou condutas que o profissional de cumprimento normativo comprometeu-se efetivamente a impedir que ocorressem³¹⁴.

Além disso, é importante destacar que os deveres de vigilância atribuídos ao *compliance officer* são assumidos em decorrência de uma relação de trabalho e consequentes das obrigações originalmente assumidas pelo empresário na constituição de sua empresa. Leandro Sarcedo explica que há um dever de garante que incumbe inicialmente ao empresário, que o transfere, ainda que não totalmente, por meio de delegação de funções dentro da empresa. O autor ainda complementa que como o empresário mantém o poder de revogar a delegação, permanece ainda responsável pelo conteúdo daquilo que seu delegado supervisiona. Sendo assim, em todos os casos – e isto deve restar claro –, o dever de ação imputável como infração de dever³¹⁵ ao *compliance officer* termina sempre nos limites dos deveres concretos por ele assumidos entre suas atribuições profissionais. Jamais lhe incumbindo exercer a função de “dublê” do empresário na assunção de todos os riscos inerentes ao exercício da própria atividade empresarial³¹⁶.

Diante do que foi exposto, Leandro Sarcedo explica que, neste caso, a responsabilização penal da empresa poderia funcionar como verdadeiro “contrapeso” às medidas de transferência de responsabilidade penal pessoal daqueles responsáveis pelo

³¹³ Em relação a este primeiro fundamento, ressalta-se que no ordenamento jurídico brasileiro não há possibilidade constitucional de atribuir-se a conduta de particular que não denuncia às autoridades penais a prática de algum delito já consumado no interior da empresa, ainda que o fato encontre-se na zona de atribuições profissionais do responsável interno de cumprimento normativo. (SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 57).

³¹⁴ ROBLES PLANAS, 2013 apud SARCEDO, 2016, p. 57.

³¹⁵ A imputação como infração de um dever (imputação normativa) é uma imputação pessoal (rompimento do papel), ou seja, deve consistir sempre na infração de um dever, e não de qualquer dever, mas sim precisamente de um dever que, primeiro, pertença ao âmbito material do papel próprio e, segundo, poderia e deveria haver sido cumprido. A imputação penal é, em consequência, a infração de um dever próprio, pessoal e possível. (POLAINO-ORTS, Miguel. Que significa imputação normativa? In: OLIVEIRA, William T. [et al] (orgs.). *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 96).

³¹⁶ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 51-60.

cumprimento normativo e controle da organização empresarial, fato este que poderá sobrecarregá-los, na medida em que ficariam esses profissionais na posição de garante em relação a toda gama de atividades desenvolvidas por uma empresa. No entanto, isso não significa que as imputações individuais deixariam de ocorrer, mas que seria colocado como foco central da atuação do direito penal o agir coletivo motivado pela vontade de toda a empresa³¹⁷.

Na linha de Sarcedo, com este tópico, chega-se à conclusão de que a melhor forma de se evitar equívocas transferências de responsabilidade penal ao *compliance office* é a partir da implementação da culpabilidade empresarial que, inclusive, incentivaria as empresas a cumprir fielmente com seus programas de *compliance* a fim de exonerar possíveis responsabilidades do ente coletivo.

2.3.3. Canais de comunicação e o *whistleblower*

Na estruturação de um programa *compliance* exerce uma função de destaque os denominados “canais de denúncia” ou “canais de comunicação”, que são instrumentos que possibilitam que funcionários e pessoas externas à corporação, reportem situações problemáticas, sejam elas reais ou não, que podem vir a representar riscos empresariais³¹⁸, bem como para a retirada de possíveis dúvidas sobre dilemas éticos. Especialmente quando o canal servir para reportar violações, é imprescindível que a confidencialidade seja respeitada, sem receio de represálias.

Segundo Saad-Diniz, a utilização dos canais de denúncia foi importante no incremento do nível de detecção de infrações econômicas no ambiente empresarial³¹⁹, escândalos como os da *Enron* e o *World Com* foram descobertos graças a denúncias deste tipo³²⁰. Mas, Saad-Diniz destaca que o canal de denúncia não deve ser um simples amontoado de denúncias, produzindo mera volumetria. Deve expressar melhoria no nível

³¹⁷ SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 61.

³¹⁸ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, 103.

³¹⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179.

³²⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in)capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 228.

de detecção de infrações e informação de comportamento pró-social, superando a mentalidade obsessiva pela punição³²¹.

Além disso, é preciso triagem adequada para interpretar os dados coletados nos canais de denúncia, isto porque o maior número de chamadas pode indicar tanto maior detecção de infrações econômicas quanto somente representar melhoria na percepção dos funcionários sobre o uso dos canais³²².

Os denunciantes são denominados, por influência da doutrina internacional, de *whistleblower*³²³. Os *whistleblowers* surgiram no cenário norte-americano durante a Guerra de Secessão. Na época, seu papel pouco estava relacionado com a ética corporativa e a prevenção da criminalidade, senão muito mais com a privatização das funções de segurança e polícia em um país quase sem administração pública. Neste período, era comum recorrer à colaboração cidadã na investigação criminal³²⁴.

Mas o impulso mais significativo à figura do *whistleblowers* se efetivou com a previsão originária remonta à *Lincoln Law*, posteriormente, mais conhecida como *False Claims Act – FCA* (1863). A Guerra Civil norte-americana estava marcada pela fraude: as empresas contratadas como fornecedores do exército forneciam cavalos doentes, munição e armas defeituosas, bem como provisões em mau estado. Em uma tentativa de barrar esta situação, o Congresso aprovou o *FCA* que previa a hipótese de que o cidadão que tivesse conhecimento da violação desta lei ingressasse em juízo com a denúncia em nome do governo, o que poderia lhe trazer uma recompensa em valor equivalente a 15 e 25% das quantias recuperadas ao final do conflito. Os apelidados *whistleblowers* se converteram, desta maneira, em colaboradores remunerados do Estado. Quer dizer, em

³²¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179.

³²² *Ibid.*, p. 183-184.

³²³ “La palabra inglesa *whistleblower* se traduce literalmente al español como <<el que toca el silbato>>. La expresión se utiliza para hacer referencia a quienes denuncian un determinado hecho ilícito, según suele afirmarse, por analogía con los antiguos policías ingleses, que hacían sonar su silbato cuando advertían la presencia de un posible delincuente. La palabra no puede traducirse literalmente al español y no tiene tampoco un término castellano equivalente. A menudo se traduce como <<chivato>>, <<soplón>> o <<delator>>, pero éstas son expresiones que tienen un marcado matiz peyorativo que no parece que contenga la expresión inglesa”. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 19).

³²⁴ MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 261.

“autênticos caçadores de recompensas, que tornaram possível a recuperação de grandes quantias de dinheiro graças às informações que revelaram”³²⁵.

Após a II Guerra Mundial, a Guerra do Vietnã e ao escândalo do *Watergate*, um contexto marcado pela corrupção e pela falta de compromisso com o interesse público tanto da administração norte-americana como das empresas, os *whistleblowers* constituíram uma nova forma de “resistência ética”. Nesta época, os principais avanços legislativos em termos de *whistleblowing* se desenvolveram a partir da reforma da *Civil Service Act* (1978), em torno da proteção dos funcionários que denunciassem comportamentos indevidos na Administração³²⁶.

Posteriormente, recorda Saad-Diniz que a legislação norte-americana sofreu importantes atualizações em 1986 (implementação dos incentivos na hipótese de efetividade da denúncia, melhor delimitação da responsabilidade do denunciante, mecanismos de proteção contra retaliação do denunciante), 2009 (com especial destaque no reforço punitivo contra denúncias falsas ou fraudulentas) e 2010 (com as emendas do *Patient Protection and Affordable Care Act*, da gestão Obama)³²⁷.

No Brasil, a Lei Anticorrupção foi o marco na implantação de canais de comunicação ao prever, em seu artigo 7º, inciso VIII, que, entre outros aspectos, a existência de mecanismos de incentivo à denúncia de irregularidades deve ser levada em conta na aplicação das sanções. Já, o Decreto Federal nº 8.420/2015, no seu artigo 42 inciso X, exige expressamente que a empresa demonstre, para fins de avaliação do programa de *compliance*, a existência de canais de denúncia abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, bem como de mecanismos destinados à proteção de denunciante.

Posteriormente, a Lei nº 13.608/18 foi promulgada, e apesar de distante dos padrões internacionais, também tratou do serviço telefônico de recebimento de denúncias e recompensas por informações úteis às investigações policiais. Em relação a este tema, o Pacote Anticrime inseriu algumas disposições para estimular o relato de informações sobre atos lesivos contra a administração pública. João Daniel Rassi, Victor Labate e Pedro Luís de Almeida Camargo explicam que o Projeto de Lei Anticrime, através da Lei

³²⁵ MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 261.

³²⁶ Ibid., p. 266.

³²⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 179.

nº 13.964/19, permitiu uma melhor regulamentação dos mecanismos de denúncia que foram introduzidos pela Lei nº 13.608/18, esta Lei apenas autorizava os Estados a estabelecerem canais de denúncia através dos quais cidadãos poderiam fornecer informações sobre infrações criminais e administrativas contra o interesse público. Se as informações fossem úteis para a prevenção ou repressão da conduta delitativa, recompensas poderiam ser concedidas³²⁸.

Devido às alterações feitas pela Lei nº 13.964/19, atualmente, é concedido aos denunciadores o direito à preservação de sua identidade (anonimato), que só pode ser violado quando há "interesses públicos relevantes" ou "interesses concretos para a investigação" envolvidos, conforme prevê o artigo 4º-B³²⁹.

Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807/1999, ao informante passa a ser assegurado a proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar (artigo 4º-C³³⁰)³³¹. De acordo com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19, o informante será ressarcido em dobro por eventuais danos materiais causados por ações ou omissões praticadas em retaliação, sem prejuízo de danos morais (artigo 4º-C, §2º).

Ainda, da perspectiva do incentivo às denúncias, a Lei nº 13.964/19 prevê que, quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a Administração Pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante de até 5% do valor recuperado (artigo 4º-C, §3º).

³²⁸ RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The Internacional Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Ressearch Ltd, July 2020, p. 85.

³²⁹ “Art. 4º-B. O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”. ³²⁹ BRASIL. *Lei nº 13.608, de 10 de Janeiro de 2018*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm>. Acesso em: 29 out. 2020. RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The Internacional Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Ressearch Ltd, July 2020, p. 85-86.

³³⁰ Art. 4º-C. Além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13608.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

³³¹ RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The Internacional Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Ressearch Ltd, July 2020, p. 85-86.

Embora a Lei nº 13.964/19 proponha uma maior preservação da identidade do denunciante e incentive à denúncia por meio da recompensa financeira, estamos distante de atingir uma regulamentação efetiva na proteção das garantias constitucionais do informante, até porque, como previsto na Lei, há ainda a flexibilização da preservação da identidade do *whistleblower* no caso de relevante interesse público ou de interesse concreto para investigação dos fatos. Além disso, é preciso repensar se as recompensas oferecidas aos denunciantes não podem levar funcionários a comportamentos oportunistas perante aos canais de denúncias.

2.3.3.1. Os mecanismos de proteção do whistleblower

O canal de denúncia precisa ser efetivamente acessível ao público a que se destina, como também, todos os empregados, colaboradores e interessados devem ser previamente avisados da implantação e das finalidades do programa de *whistleblowing*³³² dentro da empresa, principalmente aqueles que estejam vinculados aos fatos denunciados. Estes poderão requerer a presença de um membro da empresa, como um advogado, quando for passar por algum tipo de interrogatório. E suas garantias não podem ser relativizadas, visto que não é o propósito dos canais transformar o ambiente de trabalho em uma “constante vigilância”, em que os funcionários passam a desconfiar uns dos outros³³³.

A investigação da denúncia deverá passar por uma avaliação de veracidade e deverá contar com os mesmos direitos e garantias daquelas realizadas pelas instituições estatais nos processos penais³³⁴. Caso contrário, a investigação interna se converte em uma forma de privatização da fase de investigação, fadada a suprimir as garantias processuais³³⁵.

³³² “Para que estos canales de información puedan ser considerados como una medida efectiva de descubrimiento y prevención del delito es evidente que la empresa tiene que dar a conocer su existencia entre los empleados; en otras palabras, resulta obvio que la mera previsión formal de un procedimiento de denuncia en la documentación de la empresa – o en algún lugar más o menos recóndito de su página web – no permite considerar sin más dicha medida como eficaz si no es posible acreditar por parte de la compañía que se ha informado a los trabajadores de su efectiva existencia y sus condiciones de uso”. (RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, vol. I, nº 1, 2013, p. 13. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/43911/28974>>. Acesso em: 10 jul. 2020).

³³³ PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 152.

³³⁴ *Ibid.*, p. 152.

³³⁵ “Cuando se trate de investigaciones dirigidas a colaborar con la administración de justicia (aportando pruebas o designando a los responsables individuales), los empleados sospechosos deben tener ya en la investigación interna derechos similares a los que gozan en el proceso penal. De otro modo, la

Em relação à proteção do denunciante, Saad-Diniz explica que William Laufer elaborou o conceito de *whistleblowing* reverso (*reverse whistleblowing*³³⁶) válido para a reflexão crítica sobre a falta de mecanismos de proteção jurídica contra a retaliação no contexto empresarial³³⁷. Segundo Saad-Diniz, na maioria dos casos envolvendo a criminalidade empresarial estão ausentes os mecanismos jurídicos-penais para sancionar o agente ou a própria empresa que impõe a retaliação, reduzindo todo o problema à sua dimensão trabalhista³³⁸.

Em linhas gerais, Alamiro Velludo Salvador Netto explica que o canal de denúncia exige uma série de aprofundamentos jurídicos derivados de questões como a garantia de anonimato do denunciante, as possibilidades de perseguição do subalterno por superiores no âmbito corporativo, violação de segredos obtidos em razão de atividade profissional etc³³⁹.

Nos casos de confidencialidade (em que a identidade do denunciante é conhecida), por exemplo, devem-se seguir os parâmetros de documentação rigorosa, com objetivo de evitar vazamentos e proteger a identidade de quem não se quer deixar conhecer. Além disso, explica Saad-Diniz, as denúncias anônimas, além do risco de certa banalização e da maior incerteza sobre a idoneidade das informações, podem vulnerar a presunção de inocência e afetar direitos de terceiros. Por tais razões que os programas de *compliance* devem apresentar uma política clara de segurança de informação³⁴⁰.

Com este tópico, concluímos que a proteção do *whistleblower* não pode ocorrer de forma lacônica. A organização adequada da estrutura para recebimento das denúncias

investigación interna se convertiría en una forma de privatización de la fase de investigación, destinada a eludir las garantías procesales. El resultado práctico de una investigación interna realizada desconociendo las garantías del empleado sospechoso investigado sería además que el juez no podría tener en cuenta los elementos de prueba o las informaciones recabadas por la empresa ilícitamente”. (NIETO MARTÍN, Adán. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NIETO MARTÍN, Adán (coord). *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 26).

³³⁶ “Reverse whistleblowing (RWB) occurs when an organization, typically through the acts of senior management, identifies culpable employees and offers evidence against them in a trade with prosecutors for corporate leniency or possible amnesty” (LAUFER, William. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. *Iowa Law Review*, v.87, pp. 643-667, 2002, p. 648-649). Matheus de Alencar e Miranda explica que a prática de *reverse whistle-blowing* por parte da empresa ocorre quando ela visa reduzir as possíveis sanções contra ela por meio da “entrega” dos seus trabalhadores. (MIRANDA, Matheus de Alencar e. (In) *eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: LibeArs, 2019, p. 236).

³³⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 180.

³³⁸ *Ibid.*, p. 182.

³³⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 225.

³⁴⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 182-183.

na empresa e campanhas de conscientização da importância das garantias constitucionais do informante são canais para alcançar a efetividade de um programa de integridade.

2.3.4. Educação e treinamento

O investimento em treinamento é essencial para que o compliance da empresa seja efetivo. De acordo com a Controladoria Geral da União, a empresa deve ter um plano de capacitação com o objetivo de treinar as pessoas sobre o conteúdo e os aspectos práticos das orientações e das políticas de *compliance*. As regras não terão efetividade se as pessoas não souberem como e quando aplicá-las. É preciso que todos, no âmbito da corporação, recebam treinamentos sobre valores e orientações gerais do programa de *compliance*³⁴¹.

O treinamento e a educação devem se diferenciar da mera comunicação ou transmissão do código de ética. Adán Nieto Martín ensina que a “comunicação não é senão um passo necessário e prévio, mas em hipótese alguma satisfaz a necessidade de educar e treinar os colaboradores”³⁴².

Os objetivos da educação e treinamento de *compliance* são diversos. Segundo Nieto Martín, em primeiro, é necessário informar sobre as normativas que podem ser complicadas, como sucede com o direito da concorrência, lavagem de dinheiro, proteção de dados etc. De fato, todos os crimes, incluindo, por exemplo, a corrupção, demonstram um bom número de condutas que caem em “zonas cinzas”, nas quais a ilicitude não é evidente. Igualmente, também é preciso informar sobre o funcionamento do programa de *compliance* e, principalmente, sobre o canal de denúncias e sanções disciplinares que podem ser aplicadas em caso de descumprimento³⁴³.

Em segundo, práticas de educação e treinamento são formas de transmitir valores, de anular as técnicas de neutralização que os funcionários possam ter adquirido e que possam vir a justificar suas condutas ilícitas. Portanto, é fundamental deixar claro a importância que tem o respeito à legalidade dentro da ordem de valores da empresa. O

³⁴¹ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas*, 2015, p. 20. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁴² NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). In: *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 189.

³⁴³ *Ibid.*, p. 189.

envolvimento da alta direção nos programas de treinamento e transmissão de valores torna-se assim importante, participando ativamente das sessões com os empregados ou intervindo como um meio de demonstrar a importância do *compliance* da empresa³⁴⁴.

O envolvimento da alta direção compreende a atuação dos sócios, dirigentes, diretores, conselho de administração ou órgão equivalente. Os membros da alta direção devem participar da implementação e do treinamento dos programas, fortalecendo publicamente a mensagem de conformidade, isto é o que entende por *tone from the top*. A partir do *tone from the top*, cabe à alta administração das corporações conferir a capacidade organizacional, reforçar as infraestruturas de *compliance* e estruturar os incentivos aliados à conformidade³⁴⁵.

Adán Nieto Martín explica que um programa de *compliance* sem o envolvimento efetivo da direção da empresa está fadado ao fracasso, ao passo que, por outro lado, este envolvimento pode suprir muitas carências no desenho do *compliance* da empresa³⁴⁶.

Carla Veríssimo de Carli explica que num estudo empírico realizado no âmbito do programa de pesquisa do *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law* foi analisado alguns programas de *compliance* adotados por empresas alemãs, neste estudo foi constatado que entre os elementos de *compliance* adotados pelas empresas, o *tone at the top* e os padrões morais foram considerados como as medidas mais efetivas³⁴⁷.

Em terceiro, as sessões de treinamento e educação devem ser realizadas de forma aberta, possibilitando aos funcionários falar francamente de seus problemas de *compliance* e que sobre isto se desenhem as regras da empresa³⁴⁸. Por exemplo, é comum que alguns funcionários sequer conheçam o próprio significado do termo em inglês “*compliance*”³⁴⁹.

³⁴⁴ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). In: *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 189-190.

³⁴⁵ LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020, p. 124.

³⁴⁶ NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 74.

³⁴⁷ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in)capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 250.

³⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 190.

³⁴⁹ JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, 111.

O principal fator de qualidade do treinamento é que se adequem aos postos ocupados e aos riscos a que cada funcionário está exposto. Por esta razão, as atividades de educação e treinamento devem ser realizadas, preferencialmente, após uma análise de riscos, devendo ser adequada àqueles riscos que especificamente devem existir. No caso de alguns riscos, como corrupção, é necessário que o treinamento seja estendido a terceiras partes, que ainda que não formem parte da corporação, representam a empresa perante terceiros, uma vez que celebram contratos em seu nome ou lidam de seus assuntos diante de funcionários públicos³⁵⁰.

Matheus de Alencar e Miranda cita como exemplo o treinamento acerca do que seja o tipo penal de corrupção ativa para que o trabalhador compreenda: 1) a definição do risco permitido e; 2) a aceitação voluntária nos casos de corrupção, não correndo risco de incorrer nas condutas imputáveis pela Lei Anticorrupção e pelo Código Penal³⁵¹

O grande problema do treinamento é que as empresas, via de regra, se dão por satisfeitas pelo mero preenchimento formal do programa e, raramente, possuem métricas sobre a efetividade do seu treinamento de *compliance*³⁵².

Por isso, a efeitos de apresentar a efetividade do treinamento é importante que exista uma avaliação. Eugene Soltes sugere que a avaliação dos treinamentos tenha por base a comparação entre os resultados antes e depois do treinamentos (*the difference in the pre- and post-learning*)³⁵³. Para Saad-Diniz, esta proposta de Eugene Soltes “é muito mais realista do que o principialismo – ingênuo ou convencional – da reprodução das “missões e valores” da empresa”³⁵⁴.

Além disso, de acordo com Eugene Soltes, a avaliação também não pode ocorrer imediatamente após a conclusão do treinamento, isto porque limitaria a capacidade de

³⁵⁰ NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e Treinamento. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 190.

³⁵¹ MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 297.

³⁵² “De acordo com a Deloitte e a *Compliance Week*, 70% das empresas sequer tentaram medir a efetividade de seus programas de *compliance*. E das que medem, só um terço está confiante ou muito confiante de que está utilizando as métricas certas”. (CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2, March–April 2018, p. 116–125. Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 26 fev. 2020).

³⁵³ “Thus, assessments must compare results before and after training. Statistical improvements in understanding can be assessed by examining a paired one-sided t-test based on the difference in the pre- and post-learning”. (SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 995).

³⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 187.

avaliar o grau de conhecimento que os empregados adquiriram com o mesmo. Assim, uma avaliação que ocorra após (seja semanas ou meses) seria mais significativa para avaliar a influência dos treinamentos na modificação de comportamento ético na empresa³⁵⁵.

Para que sejam mais eficazes, a Controladoria Geral da União sugere-se que os treinamentos incluam situações práticas, estudos de caso e orientações sobre como resolver eventuais dilemas³⁵⁶.

Com este tópico, concluímos que as atividades de educação e treinamento têm a tarefa principal de transmitir a importância que tem o respeito à legalidade dentro da empresa e de anular as técnicas de neutralização que os funcionários possam ter adquirido. Quanto mais eficazes forem os mecanismos de educação e treinamento, menos necessários serão outros tipos de controles na corporação.

2.3.5. Monitoramento periódico e a figura do monitor

De acordo com a Controladoria Geral da União, a empresa deve elaborar um plano de monitoramento para verificar a efetiva implementação do programa de *compliance* e possibilitar a identificação de pontos falhos que possam ensejar correções e aprimoramentos. O monitoramento pode ser feito mediante a coleta e análise de informações de diversas fontes, tais como: relatórios regulares sobre as rotinas do programa de *compliance* ou sobre investigações relacionadas; tendências verificadas nas reclamações dos clientes da empresa; informações obtidas do canal de denúncias; e relatórios de agências governamentais reguladoras ou fiscalizadoras³⁵⁷.

Além disso, segundo a Controladoria Geral da União, no processo de monitoramento é preciso atenção a algumas questões como: a organização empresarial está monitorando adequadamente a aplicação das políticas relacionadas às suas principais

³⁵⁵ “However, an evaluation distributed immediately after the completion of training limits the ability to assess employees’ retention of policies over time. Thus, an evaluation that takes place after (i.e., weeks or months) could be employed to better examine the retention of material from training. To the extent that individuals or groups are given different training materials or a new training module is deployed, similar comparisons between groups and old–new training materials can be made with independent tests”. (SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 996).

³⁵⁶ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas*, 2015, p. 21. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 23-24

áreas de risco? o departamento de *compliance* está conduzindo o processo de monitoramento de forma objetiva, com independência e autonomia em relação às áreas monitoradas?; os resultados indicados em processos anteriores de auditoria, monitoramento do programa e outros mecanismos de revisão foram considerados e revisados?; como a organização empresarial está respondendo às questões identificadas durante o processo de monitoramento?; são desenvolvidos planos de ação para correção das fragilidades encontradas?; e ainda, existe um setor responsável pelo acompanhamento desse plano de ação³⁵⁸.

Em boa síntese, então, as estratégias relativas ao monitoramento dão suporte para as empresas medirem a capacidade e a efetividade de seus controles internos, políticas e procedimentos. Monitorar é verificar se a implementação do programa de *compliance* está sendo eficaz na contenção da criminalidade corporativa. Por isso, os programas de *compliance* necessitam ser constantemente monitorados, com o fim de verificar se estão ou não cumprindo com os seus propósitos e se estão adequados à realidade da empresa.

No ordenamento jurídico nacional, o Decreto Federal nº 8.420/2015, no artigo 42, inciso XV, ao tratar do tema, deixa claro a importância do monitoramento constante do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de infrações. Nos Estados Unidos, as práticas de *monitoring* encontram referencial no *The Morford Memorandum*, de março de 2008, voltado principalmente à seleção dos monitores³⁵⁹.

Carla Veríssimo De Carli pontua que o Memorando estabelece princípios para a redação das cláusulas relativas ao uso dos monitores, no âmbito de NPAs (*Non-prosecution Agreement*) e DPAs (*Deferred Prosecution Agreement*) firmados com empresas. As orientações permitem uma margem de flexibilidade, para que possam ser adaptadas a empresas de porte e estruturas diversas, atuando em diferentes ramos de atividade. O papel principal do monitor é avaliar o cumprimento da empresa com os termos do acordo. A autora esclarece que o monitor é um terceiro independente, que não será funcionário da empresa ou da administração pública; por sua vez, deverá procurar um diálogo permanente entre a empresa monitorada e as autoridades que firmaram o

³⁵⁸ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas*, 2015, p. 24. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2020.

³⁵⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 188.

acordo, durante o prazo de sua execução. Por sua vez, a responsabilidade de melhoria do programa de *compliance* continua sendo da empresa³⁶⁰.

Carla Veríssimo De Carli explica que num dos maiores casos de aplicação do *FCPA*, a empresa alemã *Siemens* concordou com a manutenção, durante o período de quatro anos, de um monitor independente de *compliance*, como parte do acordo firmado com o Departamento de Justiça norte-americano. Neste caso, o monitor ficou responsável por avaliar a efetividade dos controles internos, das políticas e procedimentos de comunicações financeiras em relação aos dispositivos do *FCPA*. A *Siemens* consentiu em colaborar com o monitor, permitindo-lhe acesso a quaisquer documentos, recursos, instalações e empregados³⁶¹.

Destaca a autora que nem todos os acordos sugerem a figura do monitor de *compliance*. Quando a empresa detém um programa genuíno e robusto, o Departamento de Justiça norte-americano não vê necessidade de incluir essa cláusula, porém, no DPA da Avon, apesar de a empresa possuir um programa de *compliance* implementado, e para cujas melhorias já se tinha, aparentemente, comprometido, a companhia consentiu em contratar um monitor independente, pelo período mínimo de 18 meses³⁶².

No Brasil, no caso de acordos de leniência, a utilização de um monitor de *compliance* é uma solução já experimentada. Em 1º e 14 de dezembro de 2016, o Ministério Público Federal firmou acordos de leniência com as empresas Odebrecht S/A, *holding* do Grupo Odebrecht, e com a Braskem S/A. Nos dois acordos, as empresas se comprometeram a implementar programas de *compliance* e submeter-se, de forma inédita no país, ao monitoramento independente pelo prazo médio de 02 anos, realizado por profissionais especializados³⁶³.

De fato há um campo promissor em torno da figura do monitor. Não obstante, Saad-Diniz assevera que apesar das expectativas sobre possíveis resultados de efetividade

³⁶⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in) capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 270.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 270-271.

³⁶² DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in) capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 271

³⁶³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. Disponível em: <<https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/417019983/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em: 26 fev. 2020.

em torno da figura dos monitores, estes não podem ser confundidos como os “super-heróis de poderes ilimitados”³⁶⁴.

A relevância do monitoramento para esta pesquisa é que tal mecanismo pode representar um efetivo instrumento de controle da criminalidade no âmbito corporativo. Mas, para sua efetividade, novamente destacamos a importância do monitoramento periódico do programa de *compliance*, visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de infrações econômicas.

³⁶⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 191.

CAPÍTULO 3 ESTRUTURAS DE INCENTIVO PARA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS DE *LAW ENFORCEMENT* E DE *COMPLIANCE*

3.1. Abordagens de culpabilidade empresarial

3.1.1. Breves considerações sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica

A necessidade de responsabilizar juridicamente a pessoa jurídica impõe-se tanto no plano nacional como internacional. Susana Aires de Sousa explica que o modo de efetivação e a natureza atribuída a essa responsabilidade têm conhecido oscilações nos ordenamentos jurídicos que a contemplam, reconhecendo-se e adotando-se, em alguns casos, uma verdadeira responsabilidade criminal ou, de outro lado, reafirmando-se a recusa em mão do princípio *societas delinquere non potest* (a sociedade não pode delinquir)³⁶⁵.

Matheus de Alencar e Miranda explica que, historicamente, as disposições sobre responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil são pouco observadas, destacando que, antes da promulgação da Constituição de 1988, em regra, se seguiam os princípios clássicos do direito penal sobre a responsabilidade penal exclusivamente individual, fato consolidado no princípio *societas delinquere non potest*. Para o autor, “como a irresponsabilidade penal de empresas para atos ilícitos tido como crime é a regra”, normalmente há o recurso às modalidades de responsabilidade administrativa e civil. Segundo Matheus de Alencar, estes modelos partem do pressuposto de que a pessoa jurídica é plenamente responsável por atos em seu escopo de atividade que resultem danos à sociedade. As disposições das Leis 9.613/98 (Lavagem de dinheiro) e 12.846/13 (Lei

³⁶⁵ “Os regimes legais são de uma enorme diversidade, tanto nos requisitos legalmente exigidos para que se possa atribuir o facto à pessoa jurídica, como nas penas aplicáveis ao ente colectivo, ou ainda no regime processual que lhes seja aplicável”. (SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 84-89).

Anticorrupção³⁶⁶) seguem esta linha, ambas prevendo apenas sanções civis e administrativas para as empresas³⁶⁷.

Segundo Saad-Diniz, o debate europeu sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica ganhou certa liderança na Espanha³⁶⁸ e na Itália³⁶⁹, e, salvo as influentes ideias penais econômicas de Klaus Tiedemann, que permaneceram na persistência histórica dos alemães³⁷⁰. Na América Latina, a história da responsabilidade penal da pessoa jurídica é relativamente nova, com regulamentações recentes e poucas repercussões na investigação criminológica: Chile (*Ley 20.393/2009*), Argentina (*Ley 27.401/2017*) e Peru (*Ley 30.424/2018*)³⁷¹.

Nos Estados Unidos, Saad-Diniz explica que, após os estágios iniciais de atribuição da responsabilidade penal empresarial caracterizados pelo rechaço do *no soul to damn, no body to kick* (nenhuma alma para condenar: nenhum corpo para chutar), ou como na tradição penal continental europeia, *societas delinquere non potest*, a aplicação da responsabilidade da pessoa jurídica remonta ao caso *New York Central & Hudson River R.R. Co. vs. United States* (1909)³⁷². Para Saad-Diniz, a centenária decisão que

³⁶⁶ Cláudia Cristina Barrilari explica que a Lei Anticorrupção dispõe sobre a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas pelos atos lesivos nela previstos, quer sejam os atos praticados em interesse ou benefício da empresa ou não. Segundo Claudia Cristina Barrilari, a pessoa jurídica será punida pela prática de qualquer ato praticado por funcionário ou representante em seu benefício, ainda que não tenha tido ciência ou dado anuência à conduta. (BARRILARI, Claudia Cristina. O cumprimento normativo. In: Adán Nieto Martín. (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: TirantloBlanch, 2018, p. 59).

³⁶⁷ MIRANDA, Matheus de Alencar e. (*In*) *eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores*: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 219.

³⁶⁸ Nos anos 1990-2000, a doutrina espanhola sobre o tema era bastante significativa no sentido de não entender cabível uma nova dogmática. Foi apenas em 2010, após algumas ondas reformistas, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica foi ser efetivada com a promulgação da LO 5/2010. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99-101).

³⁶⁹ Na Itália, até os anos 90, verificava-se a repulsa às previsões de institucionalização da responsabilização penal da pessoa jurídica. Foi em 2001 que foi aprovado o Decreto Legislativo n. 231, de 08 de junho, que veio a disciplinar a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas. E, em 2006, a *Corte de Cassazione* passou a entender que a responsabilidade em questão tinha que ser substancialmente de caráter criminal. (SILVEIRA, op. cit., p. 94-96).

³⁷⁰ Na Alemanha, porém, é de se verificar que curiosamente, existe uma rejeição peremptória pela aceitação da responsabilidade penal empresarial. Em que pese o fato da legislação de 1929 ter possibilitado sanções às pessoas jurídicas, qual fossem pessoas individuais, isso foi significativamente mitigado a partir de 1949, onde, ao invés de sanções penais, o legislador instituiu sanções de ordem administrativa, cujas penas pecuniárias, atualmente, podem se apresentar rigorosas. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 90-91).

³⁷¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, 180-182.

³⁷² Neste caso, a empresa *New York Central & Hudson River Railroad Co.*, juntamente com um agente administrativo da corporação, foram condenados por violar uma lei federal que proibia o pagamento de descontos. Especificamente, a corporação foi processada pelo pagamento de descontos à *American Sugar Refining Company* decorrentes de remessas de açúcar de Nova York para Detroit.

criou a responsabilidade penal empresarial se deu em um contexto histórico de concorrência desorganizada, ausência de governança nacional e controle social da atividade empresarial, caracterizado por uma forte tendência à agressividade na formação de monopólios do mercado norte-americano do final do século XIX e início do século XX³⁷³.

De acordo com Saad-Diniz, a “porosidade” identificada na formação da responsabilidade penal empresarial americana traduz problemas igualmente centenários e até nos dias de hoje recorrentes no debate científico: a desarticulação do sistema sancionatório e a compreensão ainda embrionária da responsabilidade moral e jurídica das empresas. Apesar de inserir a punibilidade da empresa no ordenamento jurídico norte-americano, até hoje doutrinadores se valem de problemas semelhantes para não reconhecer a idoneidade da justificação teórica da responsabilidade penal da pessoa jurídica³⁷⁴.

No Brasil, a resposta à criminalidade tradicionalmente atendeu a demandas de repressão e contenção da “criminalidade de ruas”, ocupando-se dos contextos de violência e insegurança urbana. Seguindo esta linha, a criminalidade tradicional, especialmente tráfico de drogas e os pequenos crimes patrimoniais (*street crimes*) ocuparam o foco central da preocupação punitiva, resultando em um preocupante cenário de encarceramento das massas, com fortes códigos de exclusão e seletividade na persecução penal³⁷⁵, conforme visto no primeiro capítulo.

Saad-Diniz estudando Nelson Hungria explica que o autor alvitrava já desde os anos 30 a revisão do conceito essencialmente violento de delinquência no Brasil. Saad-Diniz destaca que Hungria já sinalizava novas formas de compreensão da criminalidade,

³⁷³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, p. 32.

³⁷⁴ Saad-Diniz, didaticamente, propõe uma classificação da responsabilidade penal da pessoa jurídica na história: (a) porosidade – identificada na formação da responsabilidade penal empresarial, no final do século XIX e início do século XX; b) ambiguidade – no período das Grandes Guerras Mundiais, é bem possível classificar a “ambiguidade” na representação e emprego da responsabilidade penal da pessoa jurídica; c) polaridade – no ambiente do pós-guerra e durante a tensão gerada pela Guerra Fria, a responsabilidade penal da pessoa jurídica viu-se imiscuída na necessidade histórica de demonstração da face ética e honesta da empresa capitalista; d) integração – com a abertura dos mercados e intensificação do fluxo internacional de capitais e de pessoas, irrompe uma nova fase em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica passa a ser compreendida como mecanismo de integração de mercados internacionais e; e) a regulação - fase recente de compreensão dos modelos de responsabilidade penal empresarial, oscilando, a bem da verdade, entre períodos de regulação e desregulamentação. (SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, 31 – 35).

³⁷⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 91.

caracterizadas pela “proliferação de criminosos astutos que não utilizavam da violência”: “a mão armada evolui para o conto do vigário”; e “o leão rompente fez-se raposa matreira”³⁷⁶.

Especialmente a partir dos anos 90, com a abertura dos mercados internacionais, novos processos de vitimização passaram a determinar a feição mais atual da preocupação penal: “ao risco de andar nas ruas com insegurança se soma a redução das incertezas na vida negocial”. Ao invés das técnicas de inocuização de determinados indivíduos ou grupos para preservar a segurança da sociedade, o foco passou a ser a estabilidade e a confiança nas relações negociais. Atualmente, o desafio consiste em superar a contraposição entre os postulados clássicos de individualização da culpabilidade e a complexidade do comportamento corporativo que requer novos instrumentos dogmáticos para atribuição de responsabilidade as pessoas jurídicas³⁷⁷.

No Brasil, a responsabilidade penal da pessoa jurídica ainda tem pouca incidência prática, “em razão da resistência que se tem aos modelos de responsabilização penal no país, existente devido à tradição individualista e finalista do direito penal nacional”³⁷⁸. Sérgio Salomão Shecaira explica que no âmbito infraconstitucional, a responsabilidade coletiva só foi introduzida no ordenamento jurídico dez anos após a vigência da Constituição Federal, não optando o legislador ordinário por fazê-lo na esfera da ordem econômica e financeira, bem como nos delitos contra a economia popular³⁷⁹. A Lei 9.605/98 trouxe a previsão, em seu artigo 3º³⁸⁰, da responsabilidade penal da pessoa jurídica exclusiva no âmbito da tutela ambiental, concretizando, por lei ordinária o disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal³⁸¹.

³⁷⁶ HUNGRIA, 1932, apud SAAD-DINIZ, 2016, p. 91.

³⁷⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 92-93.

³⁷⁸ MIRANDA, Matheus de Alencar e. (In) *eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores*: evitando o “bode expiatório”. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 218.

³⁷⁹ SHECAIRA, Sérgio S. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William T. et. al. *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 355-356.

³⁸⁰ O artigo 3º da Lei ambiental prevê que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Nos termos do artigo 21 da Lei 9.605/98, as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo são: multas, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 27 jul. 2020.

³⁸¹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas,

Duras críticas foram endereças à lei, Matheus de Alencar e Miranda explica que Luiz Regis Prado questionou desde o princípio a constitucionalidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica em face do princípio *societas delinquere non potest*. Matheus de Alencar também destaca que Luiz Regis Prado fez críticas a própria regulamentação, visto que, apesar de ter influência da regulamentação francesa, a regulamentação nacional enuncia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhes penas, sem lograr, por sua vez, instituí-la completamente³⁸².

Ainda que a lei ambiental brasileira apresente algumas inconsistências em sua estruturação interna, Sérgio Salomão Shecaira alerta que não pode ser ignorado o grande avanço que constituiu a inserção no ordenamento nacional da responsabilidade da pessoa jurídica, que possibilitou não apenas maior preventividade na esfera ambiental, bem como eliminou a perspectiva de posturas mais radicais (inversão do ônus da prova, adoção de tipos penais abertos etc.) no campo da responsabilidade individual³⁸³. Mesmo assim, ainda estamos distantes de dominar a utilidade dos modelos de culpabilidade relacionados à responsabilização penal da pessoa jurídica³⁸⁴.

Na esfera da dogmática penal, a principal a objeção que se faz à responsabilidade penal da pessoa jurídica é a ausência de culpabilidade de empresa. Em razão desta ausência de culpabilidade, faz-se necessário a construção de um critério de culpabilidade da empresa e, segundo Matheus de Alencar e Miranda, este se dará por meio de sua capacidade de organização contra infrações não levada adiante, motivo pelo qual a falta ou presença de um programa de *compliance* e seu grau de cumprimento das exigências legais de estruturação serão fundamentais para apurar a culpabilidade de corporação, tanto em termos de preenchimento ou de excludente de culpabilidade quanto em termos de quantidade de reprovação e sanção a ser aplicada tomando por base o grau de (des) organização³⁸⁵.

Nesta dissertação, o enfoque dado a responsabilidade penal empresarial não se trata de uma pesquisa aprofundada, apenas de uma exposição do problema. Cientes dos

independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2020.

³⁸² MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 220.

³⁸³ SHECAIRA, Sérgio S. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William T. et. al. *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 357.

³⁸⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018, p. 52-53.

³⁸⁵ MIRANDA, Matheus de Alencar e. *(In)eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019, p. 210.

inúmeros desafios para a construção de modelos de atribuição de responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil³⁸⁶, não buscamos detalhar o assunto³⁸⁷, mas apenas buscamos apresentar duas abordagens de culpabilidade empresarial com a finalidade de repensar estratégias hábeis de controle da criminalidade corporativa e fomento à autorregulação empresarial.

3.1.2. A abordagem de culpabilidade empresarial de William Laufer

No seminal “*Corporate bodies and guilty minds*”³⁸⁸, William Laufer desenvolveu a interpretação construtivista da atribuição de responsabilidade às empresas. Segundo Saad-Diniz, essa interpretação parte do pressuposto de que a intencionalidade da empresa manifesta uma noção de culpabilidade genuína da corporação (*genuine corporate fault*³⁸⁹), a qual substitui os critérios da responsabilidade vicariante por elementos característicos (*features*), dimensões (*aspects*) e qualidade essenciais (*attributes*) da empresa. Para Saad-Diniz, são justamente estes atos que expressam o estado mental corporativo³⁹⁰.

Em linhas gerais, para desenvolvimento da sua interpretação construtivista de atribuição de responsabilidade às empresas, William Laufer analisa quatro modelos de

³⁸⁶ Segundo Sérgio Salomão Shecaira são quatro os grandes argumentos contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica: 1º) Não há responsabilidade sem culpa, a empresa por ser desprovida de inteligência e vontade, é incapaz, por si própria de cometer um crime; 2º) A segunda objeção que se faz à responsabilidade da pessoa jurídica diz respeito à transposição a esses entes do princípio da personalidade das penas, a condenação da pessoa jurídica poderia atingir pessoas inocentes como os sócios minoritários; 3º) A terceira crítica diz respeito a serem inaplicáveis às pessoas jurídicas as penas privativas de liberdade; e 4º) A última crítica levanta observação quanto à impossibilidade de fazer uma pessoa jurídica arrepender-se, posto que ela é desprovida de vontade, pela mesma razão não poderia ela ser intimidada ou mesmo reeducada. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 91-92).

³⁸⁷ Como sugestão de *lege ferenda* da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento nacional, ver: SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

³⁸⁸ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

³⁸⁹ “Models of corporate culpability cast the intentionality of corporations as genuine corporate fault. A genuine corporate fault rejects vicarious liability and instead explores culpability in relation to features, aspects, and attributes of the corporate form”. (LAUFER, op. cit., p. 57).

³⁹⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p.182.

culpabilidade empresarial: 1) culpabilidade proativa; 2) culpabilidade reativa; 3) *ethos* corporativo; e 4) política corporativa³⁹¹.

A culpabilidade proativa (*proactive corporate fault - PCF*³⁹²) estabelece a culpabilidade quando as práticas e os procedimentos corporativos são inadequados para prevenir a comissão do delito. De acordo com Saad-Diniz, a evidência de falhas na prevenção leva à atribuição de responsabilidade penal, podendo ser demonstrada por meio de suas políticas preventivas e da consistência na vedação de condutas em forma de códigos de conduta ou treinamentos de *compliance*. As iniciativas para evitar a atribuição de responsabilidade proativa estariam centralizadas nas estratégias dos altos diretores e conselhos de administração voltadas a avaliações periódicas e *due diligence* defensiva³⁹³, bem como a comunicação efetiva entre os empregados da empresa sobre quais são as proibições éticas e jurídicas.

O segundo modelo, a culpabilidade reativa (*reactive corporate fault - RCF*³⁹⁴) serve para identificar falhas nas medidas corretivas pós-delitivas. Ela transfere a compreensão da culpabilidade e responsabilidade do âmbito dos comportamentos

³⁹¹ LAUFER, op. cit., p. 57-61. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 182.

³⁹² Assim explica William Laufer: “Where a corporation’s practices and procedures are inadequate to prevent the commission of a crime, for example, there is proactive corporate fault (PCF). Corporations are liable for failures to make reasonable efforts to implement policies and practices that prevent crime”. William Laufer exemplifica a culpabilidade pró-ativa com o caso da acusação do Banco Popular de Puerto Rico por não reportar atividade financeira suspeita, vejamos: “In not filing “suspicious activity reports” accurately or on timely basis, as required by the Bank Secrecy Act, Banco Popular compromised the ability of federal law enforcement officials to investigate possible money-laundering efforts. “Banks are our first line of defense against Money launderers, drug dealers and even terrorists who would attempt to abuse our financial institutions,” according to Assistant Attorney General Chertoff. “Banks that disregard their duty to conduct adequate due diligence and report suspicious financial activities allow themselves to be exploited for criminal purposes”. (LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 57-58).

³⁹³ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p.182-183.

³⁹⁴ Para ilustrar a culpabilidade reativa, William Laufer considerou a história da Indústria Koppers, uma das principais produtoras de produtos químicos derivados do carvão, vejamos: “In August 2002, Koppers pleaded guilty to two felony violations of the Clean Water Act and one felony violation of the Clean Air Act for hazardous environmental discharges causing air and water pollution. Restitution of \$900,000 was paid to a trust, and the company was placed on probation for three years. No more than five months later, Koppers reached a settlement with the United States, agreeing to pay \$2.9 million to resolve thousands of CleanWater Act violations. The settlement, comparable to others before it, required a commitment on the part of the corporate defendant to implement a risk management program an Environmental Protection Agency (EPA)-approved environmental management system that will ensure compliance with federal and state environmental laws. This requirement will be bolstered by independent third-party audits of the company’s compliance with all relevant environmental laws. The objective is simply to force Koppers to respond reasonably after the discovery of any future violations, rather than continuing a pattern of reactive fault”. (LAUFER, op. cit., p. 58).

anteriores à prática da conduta típica (*actus reus*³⁹⁵) para o comportamento de reação após praticada a conduta típica³⁹⁶, ou seja, se a corporação reagiu com a diligência devida, se adotou medidas razoáveis de caráter corretivo ou de reparação do dano frente ao descobrimento da prática delitiva.

As teorias do *ethos* corporativo ou empresarial (*corporate ethos - CE*³⁹⁷) diferem da *PCF* e *RCF*, pois se voltam às falhas na cultura organizacional ou personalidade empresarial que levam ao envolvimento com a criminalidade corporativa. O *ethos* corporativo se manifesta nas estruturas hierárquicas, objetivos, políticas empresariais e nos esforços em termos de comprometimento de *compliance* e alinhamento aos padrões regulatórios³⁹⁸.

Finalmente, a política corporativa (*corporate policy - CP*³⁹⁹) se dedica à configuração dos processos decisórios comunicados na empresa que refletem tanto a organização empresarial como sua cultura a partir de decisões individuais⁴⁰⁰. A empresa estabelece uma série de fins e objetivos que refletem suas ações e intenções tanto em benefício como em prejuízo da sociedade em geral.

Segundo William Laufer tais modelos possuem algumas limitações. Por exemplo, a *RCF* falha em capturar a culpa corporativa genuína (*genuine corporate culpability*) na medida em que um programa reativo de uma empresa reflete a resposta de uma entidade frente à descoberta de um ato ilegal ao invés da comissão do ato em si. Além disso, *PCF* e a *RCF* também pode resultar em dois tipos de erros na tomada de decisão. Primeiro, há o risco de falsos positivos sobre o comportamento da empresa em condenação. E, em segundo lugar, há o risco de falsos negativos na absolvição⁴⁰¹.

³⁹⁵ “A second model of genuine corporate fault, building on the notion of due diligence in PCF, shifts the focus of liability from fault prior to the time of the actus reus to fault in reaction to the actus reus”. (LAUFER, op. cit., p. 58).

³⁹⁶ SAAD-DINIZ, op. cit., p. 182-183.

³⁹⁷ “Theories of corporate ethos (CE) differ from PCF and RCF in attributing fault to an organizational culture or personality that encourages corporate agents to engage in unethical and criminal acts. Such an ethos is revealed in the corporate hierarchy, corporate goals and policies, efforts to ensure compliance with ethics codes and legal regulations, and the indemnification of employees”. (LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 58).

³⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p.183.

³⁹⁹ “Corporate actions reflect a melding of individual decisions set within an organizational structure and embedded in an organizational culture. Decisions and choices are communicated through corporate policy”. (LAUFER, op. cit., p. 59).

⁴⁰⁰ SAAD-DINIZ, op. cit., p.183.

⁴⁰¹ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 60. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, op. cit., p.184.

No primeiro risco de falso positivo, pode ocorrer de numa avaliação pré-condenação, o julgador encontrar provas suficientes de culpabilidade proativa e reativa, o que resulta em uma condenação, quando não há realidade provas e nexo de causalidade entre a culpabilidade da empresa e a responsabilidade pelo fato delituoso. No segundo risco de falsos negativos, no momento de pré-julgamento, o julgador entende que não há prova suficientes de uma culpabilidade proativa e reativa, o que resulta na absolvição; não obstante, apesar da empresa ter se organizado de forma proativa e reativa, há nexo de causalidade entre sua culpa e a responsabilidade pelo fato delituoso.

Saad-Diniz explica que a crítica de William Laufer a esses modelos toma por base a necessidade reorientação normativa da responsabilidade penal empresarial em torno de uma culpabilidade corporativa genuína e uma preocupação maior com o desenvolvimento dos conceitos e critérios de aplicação do direito penal (explica Saad-Diniz que *PCF*, *RCF* e *CE* negligenciam as exigências de intencionalidade – *mens rea*) e reconhecimento da culpabilidade com fundamento na ação, circunstâncias e resultado da conduta⁴⁰².

Saad-Diniz destaca que, na interpretação de William Laufer, significa então que uma percepção mais madura da *corporate mens rea* não apenas possibilitaria a recepção mais consistente de uma responsabilidade penal empresarial genuína, mas também viabilizaria decisões jurídicas melhor orientadas à culpabilidade proativa e reativa, inclusive como elementos de atenuação ou agravamento da pena⁴⁰³.

O caráter inovador da interpretação de William Laufer, segundo Saad-Diniz, está em “construir” a culpabilidade sem maior apego ao elemento subjetivo, extraíndo o sentido da responsabilidade por meio de fatos, circunstâncias, condutas e intenção da empresa. Para Saad-Diniz, por meio desta interpretação de Laufer, a construção da responsabilidade poderia ser alcançada a partir de inferências razoáveis sobre as relações possíveis entre a conduta da empresa, as circunstâncias e a possibilidade de conhecimento

⁴⁰² SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p.183-184. No mesmo sentido: “These models, however, have distinct limitations. Proposals for genuine corporate culpability, for example, were drafted with little concern for the basic requirements of criminal law. PCF, RCF, and CE models all but abandon the requirement for finding a mens rea, or a mental state associated with corporate acts”. (LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, p. 59).

⁴⁰³ SAAD-DINIZ, op. cit., p. 184. William Laufer assim explica: “That said, proactive and reactive fault may be used to guide prosecutors in charging decisions and with judges in fashioning sentences. They also serve as mitigating and aggravating evidence at the time of sentencing”. (LAUFER, op. cit., 60).

sobre as consequências da conduta, ou ainda pela avaliação de que, pelo tamanho, estrutura, complexidade seria razoável o conhecimento do risco da prática corporativa⁴⁰⁴.

Com este tópico, concluímos que a ideia de culpabilidade empresarial de William Laufer é própria da pessoa jurídica e independente de pessoas individuais, podendo ser avaliada a partir do seu estado mental, estruturado a partir de circunstâncias concretas e características da empresa. A construção da responsabilidade de William Laufer pode ser promissora na condução de melhorias relevantes do controle social formal das empresas⁴⁰⁵.

3.1.3. A abordagem de culpabilidade empresarial de Adán Nieto Martín

A construção teórica de Nieto Martín é pautada por preocupações de político-criminal e não pelo rigor da dogmática penal. Duas seriam as principais preocupações político-criminais básicas: o aumento do poder corporativo e o déficit de conhecimento da administração frente à criminalidade empresarial⁴⁰⁶.

Para a concepção do seu modelo próprio de culpabilidade empresarial⁴⁰⁷, Adán Nieto Martín leva em conta as construções sobre a culpabilidade da pessoa jurídica propostas por outros autores, tais como: Carlos Gómez-Jara Diéz, Brent Fisse e John Braithwaite, Ernst Lampe e Günther Heine⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Saad-Diniz destaca que apesar da aferição do subjetivo vim ancorada no objetivo, da perspectiva da realização prática do Sistema de Justiça Criminal, na verdade as intenções e a personalidade da empresa importam bem pouco, se o que de fato interessa são os elementos característicos, dimensões e qualidades essenciais da empresa. (SAAD-DINIZ, op. cit., p. 184-185). Assim explica William Laufer: “Constructive fault permits fact finders to move beyond the strictures of subjective evidence of culpability in order to find corporate states of mind that may be more reasonably deduced or inferred with or without the assistance of subjective evidence of the defendant. The search is for the best possible estimation of a corporate mental state through actual knowledge, as well as through reasonable inferences.” (LAUFER, op. cit., p. 72).

⁴⁰⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018, p. 185.

⁴⁰⁶ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins. *Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 157.

⁴⁰⁷ Logo de início Nieto Martín destaca que: “El nacimiento de la culpabilidade de empresa procede del matrimonio entre la necesidad del modelo vicarial de ir superando dificultades probatorias y las constataciones que desde Sutherland se venían realizando relativas al espíritu criminal de grupo, la cultura corporativa, la filosofía de la empresa o el *ethos* colectivo”. (NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p. 127).

⁴⁰⁸ “Dentro de las propuestas doctrinales basadas en el modelo de culpabilidade de empresa interesan especialmente cuatro, que son de interés por varias razones...”. Para mais detalhes sobre as quatro propostas ver especialmente o tópico 4.2 em: NIETO MARTÍN, op. cit., p. 134-145.

Segundo Nieto Martín, o conceito de culpabilidade empresarial não é unívoco. Por isso, o autor indica quatro conceitos distintos para a culpabilidade da pessoa jurídica: 1) a culpabilidade empresarial como cultura corporativa desviada; 2) a culpabilidade empresarial como defeito de organização; 3) a culpabilidade empresarial como ausência de um comportamento pós-delitivo adequado; e 4) a culpabilidade empresarial como culpabilidade pelo caráter ou culpabilidade pela condução da empresa. De acordo com o autor, a culpabilidade empresarial pelo defeito de organização é a variante mais adequada, mas não deixa de ressaltar que as demais construções também auxiliam na determinação mais concreta sobre o que devemos entender como defeito da organização⁴⁰⁹.

A culpabilidade empresarial, segundo o autor, deriva do fato de não ter a empresa gerado um sistema destinado a prevenir de forma razoável os riscos derivados da sua atividade empresarial. Desta forma, o autor divide os riscos em dois tipos: riscos que surgem diretamente para os bens jurídicos coletivos ou individuais, incluindo aqueles casos em que não é possível constatar um comportamento individual reprovável, bem como os riscos que derivam de condutas delitivas – dolosas ou imprudentes – de seus empregados⁴¹⁰.

A formulação de culpabilidade empresarial de Nieto Martín vai sempre buscar se conectar com os fins de política criminal que orientam e justificam a implementação de um sistema punitivo criminal para as pessoas jurídicas. Isto significa que a fixação da culpabilidade da pessoa jurídica como defeito de organização, representado pela ausência de um sistema preventivo para evitar riscos, consolida a busca por uma autorregulação, evitando a “sobre-exploração do direito penal individual” e transmitindo os custos da prevenção e da investigação dos fatos delitivos do Estado para as empresas, ou seja, consolidando uma série de deveres de colaboração com as funções estatais⁴¹¹.

⁴⁰⁹ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p.145-146.

⁴¹⁰ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p. 146. No mesmo sentido: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 144-145.

⁴¹¹ “La motivación a la autorregulación, que se concreta en la exigencia de crear los mecanismos necesarios para la prevención de hechos delictivos, la reparación de sus consecuencias y la colaboración. La autoorganización, concretada de este modo, evita la sobreexplotación del derecho penal individual, contribuye a abaratar los costes del proceso penal” NIETO MARTÍN, op. cit., p. 146-147. No mesmo sentido: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 145.

Alamiro Velludo Salvador Netto também explica que a reação penal somente ocorrerá se o resultado organizativo, consubstanciado em *déficit* ou defeito de organização, for responsável pelo advento de uma conduta típica. Para Alamiro Velludo Salvador Netto, apenas e tão somente nestes casos tem o sistema criminal a autorização jurídica para verificar os níveis de estruturação empresarial e seu compromisso de agir em conformidade com o Direito⁴¹².

Na linha de Adán Nieto Martín, a culpabilidade como um *déficit* de autorregulação não traduz uma “linha de política legislativa tipicamente penal”, mas uma tendência legislativa que enxerga o direito de forma reflexiva, conceito fundamentado na ideia de repassar para os atores econômicos boa parte da carga regulatória imediata, realizando, o direito, uma supervisão desta regulação. Por isso, o autor defende que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é, pois, a *ultima ratio* do que temos chamado de autorregulação regulada⁴¹³.

Além disso, diferentemente da culpabilidade individual, no juízo de reprovação formulado por Nieto Martín importarão fatores temporais, ou seja, levar em conta tanto os comportamentos pré-delitivos e pós-delitivos. Nieto Martín destaca que o aspecto temporal da culpabilidade empresarial tem fins garantistas e limitadores da intervenção penal. Dado porque não basta sancionar a empresa que cometeu um delito, é preciso demonstrar que tal delito derivou de um defeito da organização permanente, não pontual. Neste ponto, Adán Nieto Martín reconhece a conexão com o próprio fim da pena, ou seja, a motivação à autorregulação permanente. Para o autor, não é o objetivo da sanção que se evite o delito concreto realizado, mas que em geral a empresa tenha um sistema preventivo permanente destinado a minimizar os riscos derivados de sua atividade econômica⁴¹⁴.

O objetivo da sanção penal direcionada às empresas não pretende substituir a responsabilidade individual, mas fazê-las mais efetiva, na medida que a responsabilidade

⁴¹²SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 222-227.

⁴¹³ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p.147. No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins. *Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 160. Ver também: BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 145.

⁴¹⁴ NIETO MARTÍN, op.cit., p. 152-153.

da empresa tem a finalidade justamente de estimular que as empresas adotem medidas de organização, que impeçam ou reajam ao comportamento delitivo de seus funcionários⁴¹⁵.

Igualmente uma empresa, *ex ante*, está obrigada a desenvolver medidas de seguridade apropriadas, *ex post*, a empresa deve reforçar seu compromisso com a reestruturação do conflito. Um comportamento pós-delitivo rápido e adequado pode manifestar que o delito foi um caso pontual e que exista uma cultura corporativa organizativa, manifestada em medidas de organização concreta⁴¹⁶.

Adán Nieto Martín também destaca que a existência de um comportamento individual equivale a uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, não basta a existência do defeito de organização, é necessária a realização de um fato delitivo para que se tenha a sanção penal contra a empresa⁴¹⁷.

Em relação aos programas de prevenção, Adán Nieto Martín explica que estes poderão dar concretude à noção de auto-organização e poderão servir de parâmetro a ser observado pelo julgador no momento de avaliar a eficácia das medidas de organização da empresa para prevenção e investigação de práticas delitivas⁴¹⁸.

Desta forma, duas conclusões são importantes da construção teórica de Adán Nieto Martín: 1) tanto os elementos pré-delitivos quanto os pós-delitivos são importantes para determinar o conjunto de condições que determinam a sua noção de culpabilidade e; 2) o defeito organizacional necessita ter um caráter permanente, não incidindo a responsabilidade penal empresarial quando o fato delitivo manifestar de forma pontual. Portanto, para Nieto Martín o que leva a responsabilidade penal empresarial não é a conduta da pessoa física nem a lesão ao bem jurídico, mas sim o seu “déficit de

⁴¹⁵ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins. *Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 159.

⁴¹⁶ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p. 154. Alamiro Velludo Salvador Netto explica que no âmbito da culpabilidade, por sua vez, compete a avaliação do grau de comprometimento da empresa em organizar-se de acordo com os padrões desejáveis normativamente. Para Alamiro Velludo Salvador Netto não se trata de um sim ou não, mas de uma dimensão quantitativa. Nesses casos, segundo Alamiro Velludo Salvador Netto, a maior proximidade da organização da empresa, tanto em termos pré-delitivos quanto pós-delitivos, com o *standard* que dela se esperava será o “barema de aferição de seu grau de reprovação”. (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 227).

⁴¹⁷ NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p. 324-325.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 325.

autorregulação permanente”, ou seja, a falta de um Código de prevenção capaz de prevenir ou investigar a classe do delito que se realizou⁴¹⁹.

Sem dúvidas, a construção teórica de Nieto Martín é farta de diversos elogios, especialmente pelo fato do autor desenvolver um modelo de imputação penal aos entes coletivos que legitima a criação de uma série de deveres de colaboração da corporação com o Estado. Não obstante, como qualquer construção científica é alvo de críticas, as que são feitas ao autor são atinentes ao fato de Nieto Martín não estabelecer a diferença entre injusto e culpabilidade empresarial na construção dogmática da teoria do delito, bem como por atingir um público específico, ou seja, as grandes empresas, dado porque pequenas empresas, raramente possuem condições financeiras de arcar com a construção de programas eficazes de prevenção e reação à prática criminosa no seu interior.

3.2 Ilusões de *compliance*

Evidência empírica de que o movimento da boa cidadania corporativa - *good corporate citizen* - reduziu desvios corporativos é difícil de encontrar. Pelo contrário, muitas pesquisas concluem que os gastos com *compliance* são geralmente independentes da ética corporativa, integridade e até mesmo do cumprimento com a legalidade⁴²⁰. William Laufer perfaz que estamos diante de um jogo de *compliance* (*compliance game*⁴²¹), no qual

(...) os incentivos não são estabelecidos para mudar o comportamento corporativo, a cultura empresarial ou a tomada de decisão da corporação. Neste jogo, os incentivos também não estão alinhados a

⁴¹⁹ Nesse sentido explica Nieto Martín: “La culpabilidad por déficit de autorregulación permanente como critério principal para establecer la responsabilidad de la persona jurídica. La culpabilidad de la organización radica en no haber implementado, o haberlo hecho de forma ineficaz, um Código de prevención destinado a prevenir o investigar la clase de delito que se há realizado” (NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Ustel, 2008, p. 152 e p. 324)

⁴²⁰ LAUFER, William S. Ilusões de Compliance e Governança. Tradução por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 15.

⁴²¹ “This conundrum facilitates a “compliance game,” a regulatory status quo where both corporate and government players are, at times, equally captured. The result is that all stakeholders placate each other with compliance expenditures that are largely incidental to ensuring compliance. This game is marked by disincentives for firms to take the measurement of compliance seriously, and a regulatory lethargy to resort to and require anything resembling a compliance science. This game is profitable for many stakeholders, including an ever-burgeoning legion of compliance, regulatory, and legal risk professionals”. (LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law. *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 14, nº 01, 2017, p. 07)

algum tipo de reforma legal substantiva que seja extremamente necessária.

De acordo com William Laufer, este é um jogo que conforma grupos de interesse, garantindo aos jogadores uma “proteção moral, a credibilidade de aparente legitimidade e a boa imagem construída de um líder”. E, tudo isso serve de combustível para uma indústria de *compliance* e de ética – produtora de uma série de modelos de autorregulação das empresas – que busca, assim como todas as outras empresas, fazer dinheiro⁴²².

O pré-requisito mais significativo do jogo é que não tem nenhuma evidência definitiva quanto à eficácia das medidas de *compliance*; nenhuma investigação genuína se as despesas de *compliance* e se os programas de *compliance* realmente afetam o comportamento corporativo, a tomada de decisão ou a cultura empresarial⁴²³.

Na Universidade de *Maryland*, liderados por Sally Simpson, Melissa Rorie, Mariel Elise Alper, Natalie Schell-Busey, William Laufer e N. Craig Smith completaram uma meta-revisão das pesquisas sobre *deterrence* no contexto da criminalidade corporativa (*The Campbell Collaboration*) com a esperança de encontrar políticas e programas governamentais que fossem vinculados às evidências – evidências de que eles inibem condutas corporativas reprováveis. No entanto, eles não encontraram tais evidências. Isto porque, as regulamentações governamentais e os programas privados de *compliance* não estão estruturados em torno de evidências de efetividade ou da satisfação do objetivo da *deterrence*. “Eles são, contudo, partes de um tipo diferente de jogo”⁴²⁴.

Mesmo assim, legisladores, reguladores e acadêmicos também negligenciam questões sobre a autenticidade das práticas corporativas, preferindo lamentar a ausência de métrica objetiva e a dificuldade de se provar a evidência de regulação de *compliance* e boa governança. Ao invés de métricas e evidências, a atenção centrou-se na medida em que as empresas estabelecem processos e procedimentos razoavelmente capazes de prevenir atividades criminosas; o grau de cooperação para com os reguladores e com aplicação da lei; e evidências tanto da transparência organizacional quanto da

⁴²² LAUFER, William S. O compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LibersArs, 2015, p. 59.

⁴²³ Apesar desta conclusão, William Laufer também explica que seria ingênuo e errado descartar de uma vez que algumas empresas levem o *compliance* a sério e, conseqüentemente, há programas que de forma positiva influenciam o comportamento dos funcionários. Ele também não descarta as abordagens, cada vez mais sofisticadas, tomadas por iniciativas de GRC - Governança, Risco e *Compliance*. (LAUFER, William S. O compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LibersArs, 2015, p. 60-61).

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 62.

responsabilidade social. Por sua vez, William Laufer destaca que nenhum desses fatores captura ou, necessariamente, reflete a efetividade do *compliance* corporativo e da governança⁴²⁵.

Se existe alguma esperança para a “retidão empresarial”⁴²⁶, a tarefa para os acadêmicos, reguladores, legisladores e juízes é a de como determinar a autenticidade corporativa, diferenciando-a de outras variantes menores. Já a tarefa das empresas, mais especificamente, é a de alinhar suas visões corporativas, de liderança, de cultura, de proposições de valor, de operações e decisões com a expressão de seus sentimentos morais coletivos, sendo concebidos como um sentido de cidadania, integridade, ou como senso de responsabilidade social⁴²⁷.

Para William Laufer, a maior vítima do *compliance game* é o próprio potencial não realizado, a promessa, a importância e o valor da autenticidade empresarial. Por isso, o compromisso está justamente em fazer com que as empresas respondam por sua falta de autenticidade corporativa, isto porque as empresas que expressam responsabilidade e integridade corporativa de forma autêntica e genuína são as que melhor servem a todo o setor privado de *stakeholders* de uma forma sustentável⁴²⁸.

Concluimos, portanto, que os objetivos de tal jogo de *compliance* não estão alinhados para um controle efetivo da criminalidade corporativa e muito menos para mudanças significativas de comportamento ético no ambiente empresarial.

3.3. Gestão corporativa baseada em evidências

Segundo Saad-Diniz, as estratégias de gestão corporativa fundamentadas em evidências⁴²⁹ recorrem às práticas mais elementares da pesquisa social, obtém-se

⁴²⁵ LAUFER, William S. O compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LibersArs, 2015, p. 63-64.

⁴²⁶ Alguns argumentam que a retidão corporativa será alcançada por fora dos mecanismos de *compliance* e governança, por meio da seleção de agente com tendências “pró-sociais”, a provisão de justa remuneração com incentivos apropriados que não excluam o comportamento moral, porém fortaleça a participação de empregados e sua autogestão. (LAUFER, William S. *Ilusões de Compliance e Governança*. Tradução por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 21).

⁴²⁷ Ibid., 2015, p. 65-66.

⁴²⁸ LAUFER, 2015, loc. cit.

⁴²⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 96 – nota de rodapé 214). Para William Laufer, embora a pesquisa baseada em evidências sobre a regulamentação da criminal corporativa ainda seja extremamente difícil de encontrar, existe um fluxo impressionante de pesquisas por psicólogos, sociólogos e criminólogos sobre os motivos que encorajam e desencorajam o cumprimento normativo dentro e fora das complexas organizações empresariais. (LAUFER, William S. *The missing account of Progressive*

consequências teóricas a partir de experiências concretas, orientando, por meio de analítica científica, a melhoria de iniciativas empresariais⁴³⁰.

Saad-Diniz propõe a analogia do diagnóstico médico com a gestão corporativa baseada em evidências, explicando que o médico não prescreve um tratamento sem conhecer o estado de seu paciente, nem seu perfil objetivo e subjetivo ou as condições concretas em que vive. Somente após a exploração para conhecimento inicial básico que se começa o diagnóstico, levantam-se as hipóteses de tratamento, coletas de dados e experimentações. E só assim que se produzem os resultados, cruzando com as evidências científicas na área, e daí se extraem as prescrições da conduta ao paciente. Segundo Saad-Diniz, a origem dos programas de *compliance* remonta justamente à aderência ou conformidade à prescrição médica⁴³¹.

O pressuposto básico da gestão corporativa baseada em evidências é a combinação do pensamento crítico, analítico, combinado com as melhores evidências possíveis obtidas. Não obstante, a maioria das decisões de gestão não é fundamentada nas melhores evidências disponíveis. Em linhas gerais, os dirigentes costumam definir suas estratégias de gestão baseadas em sua experiência pessoal. O julgamento pessoal, por si só, não pode ser tido como uma fonte de evidência confiável, dado porque está sujeito a falhas sistemáticas - os limites cognitivos e de processamento de informação nos tornam propensos a vieses inconscientes, que possuem efeitos negativos sobre a qualidade das decisões que tomamos. Como exemplo, uma pesquisa com 950 executivos de recursos humanos (RH) americanos publicada na *Human Resource Management* demonstrou grandes diferenças entre o que os gestores pensam que seja eficaz e o que os resultados das pesquisas científicas demonstram⁴³².

Diante disso, Saad-Diniz explica que William Laufer desenvolveu a noção de *compliance* fundamentada em evidências (*evidence-based compliance*), como solução

Corporate Criminal Law. *New York University Journal of Law and Business*, v. 14, p. 01-60, 2017, p. 17). O artigo “Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance And Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence” fornece um relato baseado em evidência do que funciona em conformidade e gestão ética. (HESS, David. Ethical Infrastructures and Evidence-Based Corporate Compliance And Ethics Programs: Policy Implications from the Empirical Evidence. *New York University Journal of Law & Business*, 12/2015).

⁴³⁰ “Ao menos em tese, a gestão baseada em evidências científicas poderia dar conta da situação de incerteza na condução das organizações empresariais” (SAAD-DINIZ, op. cit., p. 94).

⁴³¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 94-95.

⁴³² FIGUEIREDO, Américo Rodrigues de. Gestão baseada em evidências. *GV EXECUTIVO*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 30-32, abr. 2020, ISSN 1806-8979. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/81435/77745>>. Acesso em: 10 Ago. 2020.

para avaliação sistemática da efetividade dos programas de *compliance*, o que levaria os padrões de regulação privada a garantir suas práticas por meio de avaliações científicas consistentes, transparentes, atuais, e principalmente comprovadas por evidências científicas sobre sua real capacidade de influenciar a conduta ética⁴³³.

Lawrence Sherman também desenvolveu pesquisas sobre o policiamento baseado em evidências (*evidence-based policy*). Saad-Diniz, estudando Lawrence Sherman, explica que o autor coordena os experimentos e práticas sociais fundamentados em evidências, em produção científica no campo da criminologia experimental (*experimental criminology*) e intervenções fundamentadas em evidências científicas (*evidence-based policing*)⁴³⁴.

Saad-Diniz destaca que é relevante o estudo sobre o que funciona e o que não funciona coordenado por Lawrence Sherman, uma vez que dele é possível extrair ideias estratégicas sobre o que seria promissor (*what's promising*), pontuando também que os modelos de *evidence-based policing* são orientados pela necessidade de evitar uma intervenção que causa mais danos do que benefícios, com a utilização eficiente de recursos escassos. Para além das representações ontológicas do conceito de integridade, mas a alocação dos recursos com base nas reais necessidades⁴³⁵.

Como fontes de evidências para uma gestão corporativa poderíamos elencar quatro. A primeira são os resultados de pesquisas científicas, o que demanda saber navegar nas bases de dados acadêmicos para encontrar pesquisas confiáveis em relação ao problema de gestão que precisa ser resolvido. A segunda fonte é constituída por informações levantadas dentro da própria empresa, como dados financeiros, estáticas e pesquisas que avaliam diferentes percepções dos funcionários e *stakeholders*. A terceira fonte está na experiência profissional, quer dizer, o conhecimento específico é acumulado com o tempo para saber como lidar com distintas situações, assim, diante de uma decisão, é possível fazer um levantamento para acessar esse conhecimento. A quarta fonte são os

⁴³³ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 96.

⁴³⁴ “Evidence-based policing is the use of the best available research on the outcomes of police work to implement guidelines and evaluate agencies, units, and officers. Put more simply evidence-based policing uses research to guide practice and evaluate practitioners. It uses the best evidence to shape the best practice. It is a systematic effort to parse out and codify unsystematic “experience” as the basis for police work, refining it by ongoing systematic testing of hypotheses”. (SHERMAN, Lawrence. *Ideas in American Policing. Evidence-based policing*. Washington: Police Foundation, July 1998, p. 3-4. Disponível em: <<https://www.cebma.org/wp-content/uploads/Sherman-Evidence-Based-Policing.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2020).

⁴³⁵ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 97-99.

valores e as preocupações das partes interessadas; para tanto, as empresas poderão utilizar diferentes técnicas de pesquisa para compreender o que pensam aqueles que serão afetados pelas decisões. Cumpre destacar que essas fontes não são excludentes⁴³⁶.

Na busca de um modelo de *compliance* baseado em evidências científicas, como qualquer outra pesquisa científica, é preciso definir etapas a serem cumpridas na elaboração de um plano de gestão corporativa. Um primeiro passo para busca de evidências científicas seria definir o objetivo que se busca com esta gestão. Um segundo passo seria identificar as bases de dados e as fontes de evidências que serão consultadas para definir suas ações estratégicas de *compliance*. Um terceiro passo seria estabelecer critérios de aplicação de mecanismos de *compliance*. Um quarto passo seria aplicar os critérios de *compliance* definidos à realidade concreta da empresa. Um quinto passo seria avaliar a efetividade de cada mecanismo de *compliance* implantado na empresa. O sexto passo seria apresentar uma conclusão sobre os resultados da implementação deste modelo de *compliance*, declinando quais pontos foram falhos e quais pontos obtiveram sucesso na prevenção da criminalidade corporativa. Por fim, o sétimo e último passo, seria corrigir as medidas que foram insuficientes com os objetivos do programa e reforçar as estruturas de sucesso.

Para Saad-Diniz, tal gestão corporativa baseada em evidências é promissora para identificação do comportamento ético, distinguindo o comportamento antissocial da postura colaborativa, prossocial. Por sua vez, para avaliar com precisão o progresso da gestão baseada em evidências científicas é essencial a articulação de métricas de efetividade⁴³⁷.

Com este tópico, concluímos que é a partir da gestão corporativa baseada em evidências que se determina com maior clareza os riscos que cada empresa está suscetível, os mecanismos de *compliance* não podem ser os mesmos para todas as empresas - *one size fits all*. Um tamanho não serve para todas, é primordial a análise das peculiaridades de cada ambiente corporativo, bem como uma autêntica e sincera ação organizacional. Caso contrário, o *compliance* da empresa será apenas um programa de papel.

⁴³⁶ FIGUEIREDO, Américo Rodrigues de. Gestão baseada em evidências. *GV EXECUTIVO*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 30-32, abr. 2020, ISSN 1806-8979. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/view/81435/77745>>. Acesso em: 10 Ago. 2020.

⁴³⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 103-104.

3.4. Avaliação de programas de *compliance*

Um princípio fundamental de gestão (*management*) é que não se pode administrar o que não se pode medir. Assim, se um programa de *compliance* não pode ser mensurado, também não pode ser efetivamente administrado⁴³⁸. Desta feita, para determinar se um programa de *compliance* é apenas um “programa de papel” ou se foi elaborado, implementado e revisado de forma adequada à realidade da empresa, é necessário avaliação⁴³⁹.

As empresas possuem políticas e procedimentos de *compliance*, mas raramente avaliam a qualidade e a eficácia de seu treinamento de *compliance*. Segundo Eugenes Soltes e Hui Chen, uma forma mais comum é medir as taxas de conclusão e considerar o treinamento eficaz se um número suficiente de funcionários - talvez 90% ou 95% - o conclua. No entanto, essa métrica não reflete nem a qualidade de um treinamento (quão apropriado e valioso é o conteúdo), nem sua eficácia (quanto os funcionários realmente aprendem e colocam em prática)⁴⁴⁰.

Como proposta para avaliação da efetividade das métricas *compliance*, primeiro, é preciso *feedback* dos funcionários sobre a execução do programa, ou seja, verificar se o programa funciona como planejado e se os problemas recorrentes diminuíram com a implantação do *compliance*. Ainda que a empresa detenha um robusto programa de *compliance*, irregularidades podem ocorrer, por isso, é importante verificar a resposta da empresa frente a tais problemas e a sua capacidade de auto identificar e auto reportar más condutas potenciais. E, por fim, é necessário avaliar se as empresas estão preparadas para mudanças organizacionais, bem como revisão de sua infraestrutura e abordagens internas⁴⁴¹.

⁴³⁸ SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 985. No mesmo sentido: SAAD-DINIZ, op. cit., p. 104.

⁴³⁹ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴⁴⁰ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴⁴¹ KPMG. *Pesquisa de Maturidade do Compliance no Brasil* – 2ª edição. Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/pesquisa_maturidade_do_compliance_no_brasil_2a_edicao_kpmg.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

No artigo *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms*⁴⁴², Eugene Soltes propõe um modelo para avaliação da métrica de efetividade, fundamentado em três pressupostos elementares: prevenção da infração econômica; detecção da infração econômica; e alinhamento das atividades corporativas à regulação⁴⁴³.

Em relação à prevenção, Eugene Soltes sugere avaliações do processo seletivo dos funcionários, treinamento (*training*⁴⁴⁴) e canal de comunicação consultivo para orientar as pessoas no processo de tomada de decisões (*decision advisory hotlines*⁴⁴⁵). No campo da detecção, sistemas de monitoramento (*monitoring systems*⁴⁴⁶) e canal de denúncias (*whistleblower hotline*⁴⁴⁷). Por fim, em relação ao alinhamento regulatório, avaliação de risco (*risk assessment*⁴⁴⁸), código de conduta (*formal code of conduct and policies*⁴⁴⁹) e prestação de conta (*accountability*⁴⁵⁰)⁴⁵¹.

⁴⁴² “This article seeks to address this problem by proposing a framework to rigorously evaluate the effectiveness of corporate compliance programs. It begins by laying out the three objectives of compliance—to prevent misconduct, to detect misconduct, and to align corporate activities with regulation—and the various compliance initiatives that firms can undertake as part of their programs to support these objectives”. (SOLTES, Eugene. *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms*, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 974).

⁴⁴³ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 104.

⁴⁴⁴ “Educating employees about applicable firm rules and policies by which they are expected to abide in their professional conduct can potentially prevent and deter misconduct. It may serve to teach gatekeepers (e.g., financial controllers or accounts payable clerks) their specific duties. Such training is conducted in various formats including group sessions, one-on-one meetings, and web-based sessions”. (SOLTES, Eugene. *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms*, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 981).

⁴⁴⁵ “Decision Advisory Hotline: When encountering an unfamiliar situation that has regulatory implications or a difficult dilemma where the appropriate judgment is unclear, an individual may benefit from guidance”. (SOLTES, op. cit., p. 981).

⁴⁴⁶ “Monitoring systems: data analytics can help detect deviations from firm policies. The focus of such monitoring (e.g., payments, third-parties, conflicts of interest, contract management, etc.) varies depending on the risks facing the firm”. (SOLTES, op. cit., p. 982).

⁴⁴⁷ “Whistleblower Hotline: When employees sense or observe actions that deviate from policy, firms can offer individuals the opportunity to report that violation”. (SOLTES, op. cit., p. 982-983).

⁴⁴⁸ “A risk assessment attempts to ascertain which facets of the business and its operations pose the greatest risk of deviation. The assessment provides a summary of those risks at the firm or business unit level and assesses the likelihood that the firm could face such risks under its current operations. Risk assessment identifies the various risks employees are likely to face across different parts of the firm, allowing firms to focus resources and attention on those areas”. (SOLTES, Eugene. *Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms*, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 983).

⁴⁴⁹ “Codes of conduct describe the behaviors and actions that firms seek to prevent and policies which individuals are expected to follow as employees of the firm”. (SOLTES, op. cit., p. 983-984).

⁴⁵⁰ “Accountability: Compliance programs require assessments and monitoring to evaluate whether they are achieving their prescribed goals”. (SOLTES, op. cit., p. 984).

⁴⁵¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 104.

Explica Saad-Diniz que a proposta de Eugene Soltes busca desenvolver modelos de verificação empírica dos dados coletados nos próprios programas de *compliance*, tomando por base a fórmula básica de mensurar a efetividade das iniciativas de *compliance* em função dos propósitos do programa, principalmente em relação aos pressupostos fundamentais da prevenção, detecção e conformidade regulatória⁴⁵².

Para verificar se os propósitos de *compliance* estão sendo alcançados, por exemplo, uma empresa deve avaliar o que os seus funcionários sabem antes e depois do treinamento. Se houve pouca mudança, o treinamento pode ser desnecessário ou precisa ser aprimorado para envolver mais pessoas. O objetivo do treinamento não é somente melhorar a compreensão das regras pelos funcionários, mas também incutir e perpetuar o comportamento adequado. Vejamos outro exemplo, para avaliar se um canal de denúncias está funcionando, várias informações precisam ser apreciadas, por exemplo: se as pessoas realmente o usam, como o usam, o tempo de resposta da empresa e se os funcionários se sentem confortáveis para entrar em contato com o canal de denúncia⁴⁵³.

Porém, cumpre ressaltar que, ao procurar avaliar a eficácia do programa, as empresas tendem a cometer alguns erros. Há algumas afetações subjetivas na produção de métricas (*measurement bias*)⁴⁵⁴: métricas incompletas⁴⁵⁵, métricas inválidas⁴⁵⁶, avaliações de métrica *ex post*⁴⁵⁷, confusão entre métrica jurídica e métrica de *compliance*⁴⁵⁸, bem como vieses de autorrelato e auto-seleção⁴⁵⁹.

⁴⁵² SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 104.

⁴⁵³ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴⁵⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105-106.

⁴⁵⁵ “Incomplete metrics: Output measures that capture a limited portion of the desired variation in the output are incomplete metrics and can produce biased inferences” (SOLTES, op. cit., p. 987).

⁴⁵⁶ “Invalid metrics: Data collected from an initiative can be uncorrelated with effectively supporting an objective. When there is no apparent causal link between the metric and the objective of the initiative, the metric is invalid” (SOLTES, op. cit., p. 987).

⁴⁵⁷ “Ex post evaluation metrics: Well-specified metrics provide a contemporaneous assessment of the effectiveness of an initiative. Metrics whose quality can only be assessed in the future (i.e., with the benefit of hindsight) cannot serve as valid metrics and serve only as ex post evaluation metrics”. (SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018, p. 988).

⁴⁵⁸ “Conflating legal metrics with compliance metrics: Compliance creates legal commitments for employees and managers. However, those legal commitments do not necessarily spur behavioral commitment”. (SOLTES, op. cit., p. 990).

⁴⁵⁹ “Self-selection and self-reporting bias: Surveying employees to understand their perceptions and knowledge is a popular diagnostic tool for compliance officers. In analyzing survey data, both self-selection and self-reporting bias can confound interpretation. Some sub-groups which may be correlated with the desired measure may choose not to participate (e.g., unethical people may not report seeing rule violation).

Como exemplo, as empresas costumam avaliar que uma implementação de um programa *compliance* foi efetiva quando os funcionários assinam uma declaração de que leram e compreenderam as políticas e códigos de conduta da empresa. No entanto, ainda que tal assinatura possa fornecer base legal para demitir algum funcionário que viole uma regra, ela não demonstra que um funcionário converteu o conhecimento das políticas em práticas de trabalho diárias, já que aquele pode assinar um termo de reconhecimento das políticas corporativas sem realmente ter lido ou compreendido, mesmo porque, na maioria das vezes, as políticas são de difícil compreensão devido a linguagens legais e técnicas⁴⁶⁰.

Saad-Diniz pontua que o problema não se limita apenas à incompreensão da empresa sobre a métrica que lhe é exigível. As autoridades públicas sequer têm maior clareza sobre como e o que deveriam ou não exigir da corporação. Sem clareza, não existe colaboração idônea e, sim incerteza na aplicação das estratégias de controle e desconfiança em relação ao comportamento ético⁴⁶¹.

Conforme destaca Claudia Cristina Barrilari, a ausência de uma estrutura estatal coesa e vocacional para incentivar as empresas a implantar, de forma voluntária, um sistema interno de prevenção, faz com que os programas de cumprimentos normativo instalados fiquem sem eficácia, ou, o que é ainda pior, os leva a assumir um papel meramente figurativo, “algo como uma *compliance* superficial, sem qualquer objetivo definido e, portanto, sem força e legitimidade”⁴⁶².

Por certo, seria conveniente a existência de uma única “trena” para medir tudo que pudesse demonstrar se um programa de *compliance* está funcionando bem ou não, mas, métricas universais não são suficientes para avaliar adequadamente a eficácia do programa. Uma engenharia de *compliance* bem-sucedida no controle da criminalidade

Similarly, even when surveys are mandated, attention and desire to be accurate can vary by sub-group”. (SOLTES, op. cit., p. 991).

⁴⁶⁰ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

⁴⁶¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 106-107.

⁴⁶² BARRILARI, Claudia Cristina. *O cumprimento normativo*. In: Adán Nieto Martín. (Org.). In: *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018, p. 60.

requer alguns testes, avaliação criteriosa dos resultados do programa⁴⁶³ e, principalmente, conexão com a concreta dinâmica da vida em sociedade.

⁴⁶³ CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. *Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them*. Harvard Business Review 96, no. 2 (March–April 2018). Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em 13 jul. 2020.

CONCLUSÕES

Apesar das críticas ao conceito subjetivo de crime colarinho branco de Edwin Sutherland, o autor foi o primeiro a reconhecer as falhas do sistema de justiça criminal. Com suas pesquisas, Sutherland concluiu que classes socioeconômicas superiores também cometem muitos crimes e empresas violam leis com grande frequência. O autor percebeu as cifras ocultas da criminalidade e criticou a ausência de controle penal sobre o crime de colarinho branco. Este é um problema que ainda hoje não pode ser ignorado pelo criminólogo, tendo em vista que o sistema de justiça criminal ainda opera de forma seletiva e estigmatizante.

Atualmente, os aportes de Sutherland são importantes para compreender como o processo de aprendizagem de condutas fraudulentas no ambiente corporativo dificulta o *compliance* e a difusão de uma boa cultura empresarial.

Aprimorando o legado de Edwin Sutherland, Marshall Clinard e Peter Yeager sistematizaram o conceito de colarinho branco. Para os criminólogos, o crime corporativo é um tipo especial de crime de colarinho branco, um crime organizacional que ocorre no contexto de relacionamentos complexos. A pesquisa dos autores foi um importante marco teórico para esta pesquisa na compreensão criminológica da criminalidade corporativa.

Ainda na busca da compreensão e prevenção da criminalidade corporativa, a teoria da escolha racional pode ser útil. A criminalidade corporativa se encaixa nos pressupostos da teoria da escolha racional, considerando que os atores econômicos são tidos como agentes racionais que fundamentam suas decisões em maximização de lucros e minimização de riscos e, pelo fato que empresas encontram em uma melhor posição para sopesar os custos e benefícios de uma decisão. Mas, apenas a teoria da escolha da racional não fornece ferramentas suficientes para o desenvolvimento de uma eficaz estratégia de *compliance*, uma vez que além das variáveis econômicas, no processo de tomada de decisão do agente racional adicionam-se fatores endógenos e exógenos, tais como: juízos morais, atalhos cognitivos e valores cultivados no ambiente corporativo ao qual está inserido.

Aprimorando a Teoria da escolha racional de Gary Becker, Sally Simpson e Raymond Paternoster desenvolveram a Teoria da escolha racional de crimes corporativos constituída não somente por sanções formais, mas também por sanções informais, perda do respeito próprio e cálculo dos custos da adoção ou não de uma cultura de *compliance*. A teoria pode ser uma inovadora proposta no controle da criminalidade corporativa, isto

porque a decisão de delinquir é influenciada pelos benefícios econômicos que a empresa busca atingir por não adotar *compliance*, custos derivados de uma possível publicidade negativa e os custos morais para os infratores individuais.

Mas, diante das técnicas internas de neutralização difundidas na empresa, as estratégias de controle podem ter pouca força de contenção da criminalidade corporativa. A criminalidade corporativa costuma vir acompanhada de justificações, tais como: inexistência de vítimas, pressões do mercado, manter o posto de trabalho, cumprindo ordens superiores etc. Por isso, é necessário que esteja bem claro para os funcionários da empresa a importância do respeito à legalidade, que o código de ética esteja bem redigido, que sejam comunicados os valores da empresa e que da postura da alta direção não restem dúvidas de que a empresa não tolera a prática delitiva na sua atividade. Dificilmente a empresa terá um programa de *compliance* eficaz se não houver comprometimento da gestão corporativa com o cumprimento normativo e ético.

Com a teoria da oportunidade e da subcultura delinquente, a criminalidade corporativa também pode ser explicada pelo grau de exposição das corporações às oportunidades ilegítimas para o alcance de resultados, tomando a forma de subculturas delinquentes capazes de transmitir o conhecimento sobre a racionalização da conduta delitiva e, conseqüentemente, dificultar a consolidação de políticas de *compliance*. A probabilidade de estruturar uma cultura criminógena dentro da empresa é maior quando as oportunidades ilegítimas estiverem disponíveis para os atores econômicos.

A reprovação ética da comunidade às infrações corporativas pode controlar o desenvolvimento de tais subculturas criminais. O *corporate shaming* pode ser capaz de inibir a criminalidade e criar novos padrões razoáveis de comportamento corporativo. Como trabalhado nessa pesquisa, o processo de *shaming* e os métodos inerentes são duvidosos, na medida em que não há como saber ao certo os limites aceitáveis das “cerimônias” de vergonha, por isso, é necessário ponderar até que ponto a “vergonha reintegrativa” será mais benéfica do que as medidas de reintegração aos condenados aplicadas pelo controle estatal. E, ainda, é importante que o processo de desaprovação recaia sobre ato criminoso e não sobre o ofensor, de forma que torne o ofensor consciente do dano que ele causou à vítima.

Independentemente do emprego ou não do processo de *shaming*, a aplicação das práticas restaurativas à criminalidade corporativa não pode ser relativizada. Isto porque, é por meio de lentes restaurativas que é possível alcançar níveis mais sofisticados de abordagens de *enforcement*. O conflito penal não se restringe mais à pura intervenção

punitiva estatal, à intensa judicialização de disputas para a tentativa de reparação da vítima e à própria inércia de medidas de *lá enforcement* da justiça retributiva.

As técnicas de *compliance* também têm um papel importante no controle da criminalidade corporativa. Se a empresa tem a capacidade de se auto-organizar, ela também tem a capacidade de corrigir o ambiente crimógeno estruturado no seio corporativo.

Os códigos de ética e conduta são mecanismos de controle indispensáveis para prevenir o surgimento de uma cultura criminógena dentro da empresa. As diretrizes aptas a guiarem o comportamento prossocial da alta direção e dos funcionários deverão estar inseridas nos códigos de ética. Mas, não basta a simples réplica do que pode e do que não pode (*dos and don'ts*) conforme as normas legais, é preciso autenticidade na construção e desenho de um programa de *compliance*.

Ao *compliance officer* ou departamento de *compliance*, é delegada a função de aprimorar os aspectos fundamentais do programa, estruturar o canal de comunicação, elaborar o mapa de riscos penais da empresa, regulamentar as investigações internas, desenvolver e promover a periódica reavaliação do código de ética. Será o *compliance officer*, portanto, o responsável por implementar e conferir efetividade ao programa.

Os canais de comunicação ou de denúncia potencializam a função preventiva de *compliance*, na medida em que são instrumentos importantes para detecção e apuração de infrações econômicas. Caberá à empresa, por sua vez, assegurar a proteção do *whistleblower* dentro das relações de trabalho, o sigilo da sua identidade no caso de confidencialidade, a proteção contra despedidas sem justa causa e contra retaliações.

O treinamento e as iniciativas de monitoramento são imprescindíveis para dar concretude aos propósitos do programa de *compliance*. As atividades de educação e treinamento têm a função principal de transmitir com clareza a importância que tem o respeito à conformidade dentro da corporação e de anular as técnicas de neutralização que os funcionários possam ter adquirido.

É a partir da construção social de cada uma dessas técnicas de *compliance* que se operacionaliza uma efetiva auto-organização corporativa. Para assegurar a efetividade das técnicas de prevenção da tecnologia de *compliance*, ainda é preciso que seja autêntica a colaboração entre o sistema interno empresarial e o aparelho estatal de controle da criminalidade.

No caso da produção de uma conduta criminosa no seio corporativo implicará a responsabilização empresarial se apurada sua culpabilidade, ou seja, se verificada a

inexistência de determinada organização corporativa voltada à prevenção e apuração de condutas criminosas. A culpabilidade empresarial traduziria, portanto, a ideia de “déficit de autorregulação permanente” ou de uma organização empresarial insuficiente para fazer frente a todas as obrigações legais e éticas que lhe são exigíveis.

O conceito de culpabilidade somente poderá ser reconhecido quando de seu conteúdo também derivar causas de exclusão da responsabilidade penal, isto porque esta sistematização da responsabilidade penal da pessoa jurídica não se pode converter em um mero *jus puniendi estatal*; importa não somente estruturar um sistema seguro de atribuição de culpabilidade, mas uma verdadeira estrutura de garantias. Nesse sentido, é preciso definir com clareza o que a autorregulação empresarial deve conter, o que vem a ser defeito de organização, levar em consideração as peculiaridades da empresa que se buscam sancionar e estipular quais são as consequências para os entes coletivos.

Além disso, é necessário diferenciar o injusto da culpabilidade empresarial. O injusto será resultado da má gestão empresarial que acrescentou ou aumentou um risco juridicamente desaprovado que, posteriormente, veio a ser determinante para a produção do delito cometido por algum empregado ou por uma coletividade no seio corporativo, ou seja, na análise do injusto é importante que se respeita as regras da Teoria da imputação objetiva. Já, a culpabilidade empresarial funda-se na ideia se a empresa teria a capacidade e complexidade de se organizar de forma contrária ao delito. A empresa se faz culpada se não agiu como uma boa cidadã corporativa. Ainda, caberá à empresa demonstrar a existência de um eficaz programa preventivo (pré e pós-delito) como forma de se atingir sua isenção de responsabilidade.

A construção de um programa de preventivo eficaz requer cautela e gerenciamento das mudanças organizacionais. Nesta dissertação, analisamos que se esperam mudanças organizacionais por meio da gestão corporativa baseada em evidências, gestão na qual as empresas podem estruturar seus programas de *compliance* assistidas pela pesquisa organizacional, pelo planejamento, pelas melhores evidências científicas, pelas questões subjacentes ao comportamento humano, pela análise de riscos, pelo julgamento de especialistas, pela coleta de dados e pela avaliação. É especialmente a partir da avaliação sistemática que se espera atingir promissoras estratégias de contenção dos riscos penais que cada organização empresarial está suscetível.

Afirmar que a criminalidade corporativa será totalmente erradicada com *compliance* é “panaceia”, pois ela existe e seguirá existindo. Os programas de *compliance* são canais para alcançar um maior compromisso com a ética corporativa. No entanto,

mais do que apostar no triunfo regulatório de *compliance*, são necessárias outras estruturas de incentivos dentro da empresa para alcançar uma cultura organizacional preventiva e colaborativa, voltada para o debate, para críticas, para a responsabilidade social corporativa e, especialmente, para o acolhimento da comunidade afetada pela sua prática empresarial.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins. *Risco, autorregulação e compliance: bases para um modelo de responsabilização autônoma das pessoas jurídicas no direito penal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Alonso de. *Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal: uma abordagem à luz da teoria crítica*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 175.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional. As forças ocultas que influenciam as nossas decisões*. Tradução de Sofia Terra. Estrela Polar: Alfragide, 2008.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BALDWIN, Robert; BLACK, Julia. Really Responsive Regulation. *The Modern Law Review* 71(1), p. 59-94, 2008.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press, Second Edition, 2012

BARAK, Gregg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, pp. 104-114, jul./dez. 2015, p. 105. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/931>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BARAK, Gregg. *Unchecked corporate power: why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*. London: Routledge, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 154-187.

BARRILARI, Claudia Cristina. O cumprimento normativo. In: Adán Nieto Martín. (Org.). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. In: *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista DireitoGv*, v.1, n. 2, Jun-Dez 2005.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva*

- criminológica*. Eguzkilore Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 23, p. 117-138, 2009.
- BOCK, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia em la empresa. In: KUHLEN, Lothar (ed.). MONTIEL, Juan Pablo (ed.). ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (ed.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- BRAITHWAITE, John. *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. London: Routledge e Kegan Paul, 1984.
- BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, John. Restorative Justice and Corporate Regulation. In: WEITEKAMP, Elmar; KERNER, Hans-Jurgen. *Restorative Justice in Context: International Practice and Directions*. Devon, UK and Portland Oregon: Willan Publishing, 2003.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and De-Professionalization*. The Good Society - The Pennsylvania State University, n. 13, 2004.
- BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BRAITHWAITE, John. Restorative Justice: Theories and Worries. Ed. *Experts' Papers, 123rd International Senior Seminar*, Resource Material Series no 63: Tokyo, 2004.
- BRAITHWAITE, John. *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it better*. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, World Development, p. 884-898, 2006.
- BRAITHWAITE, John; AHMED, Elisa; BRAITHWAITE, Valerie. *Shame, Restorative Justice, and Crime In Taking Stocks: The Status of Criminological Theory*. Advances in Criminological Theory. Org. CULLEN, Francis; WRIGHT, John Paul; BLEVINS, Kristie. Ed. Transaction Publishers, vol. 15: New Jersey, 2011.
- BRAITHWAITE, John. *The Essence of Responsive Regulation (Fasken Lecture)*. UBC Law Review, Vancouver, v. 44, no 3, p. 475-520, mar. 2011.
- BRAITHWAITE, John. *The new regulatory state and the transformation of criminology*. British Journal of Criminology, 40/2000.
- BRASIL. *Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dezembro 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de Dezembro de 1990*. Diário Oficial da União, Brasília, 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. *Lei 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL, *Decreto nº 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: 23 fev. 2020.

BRASIL. *Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.420, de 18 de Março de 2015*: Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso: 29 fev. 2020.

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

CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015.

CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. Why Compliance Programs Fail: And How to Fix Them. *Harvard Business Review*, 96, no. 2, March–April 2018, p. 116–125. Disponível em: <<https://hbr.org/2018/03/why-compliance-programs-fail>>. Acesso em: 26 fev. 2020

CLINARD, Marschall B.; QUINNEY, Richard. *Criminal Behavior Systems: A Typology*. New York: Holt, Rinehart & Winston, 1973.

CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C. *Corporate Crime*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006. Originally published in New York: Free Press, 1980.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Analítico Propositivo*. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/02/levantamento-CNJ-justica-pesquisa.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

- COCA VILA, Ivó. *¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (dir); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, p. 43-76, 2013.
- COGLIANESE, Cary. *Measuring regulatory performance: evaluating the impact of regulation and regulatory policy*. OECD: Expert Paper nº 1, August 2012.
- COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Org.). *Manual de compliance: preservado a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. *Programa de integridade – Diretrizes para Empresas Privadas*. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2020.
- CORDERO, Isidoro Blanco. *La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*. In *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*. Pérez Álvares, Fernando (Org.), Salamanca, Ediciones Salamanca, 2004.
- COSTA, Helena Regina Lobo; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da AP 470*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim – IBCCRIM*, ano 22, vol. 106, p. 215-230, jan-fev/2014.
- CRESSEY, Donald; MOORE, Charles. *Managerial values and corporate codes of ethics*. *California Management Review*, 25/1983.
- DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a (in)capacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 1ª ed. (reimp). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 25.
- DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos Crimes de Colarinho Branco*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- DOPICO FÓMEX-ALLER, Jacobo. *Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.). NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Memorandum for Heads of Department Components United States Attorneys*. Subject: Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements 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: 25 fev. 2020.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual? In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.) *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

FERNANDES, Fernando Andrade. Sobre uma opção jurídico-política e jurídico metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais. In: COSTA ANDRADE, Manuel da et al. (Org.). *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNANDES, Fernando Andrade; COLOMBAROLI, Ana Carolina de Moraes. Políticas de segurança pública e instituições do sistema de justiça criminal do Brasil: Ineficiência e propostas de atuação. In: *Alternativas al sistema de justicia criminal latino-americano: V Simposio de Jóvenes Penalistas de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, Publisher: Thomson Reuters La Ley, 2019.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Rafael Mendes. Código Ético, Avaliação de Risco e Formação. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. Compliance y derechos de los trabajadores. In: KUHLEN, Lothar (ed.). MONTIEL, Juan Pablo (ed.). ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (ed.). *Compliance y teoria del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GREEN, Stuart P., The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, *Buffalo Criminal Law Review*, nº 8, 2004.

IBGC. *Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br>>. Acesso em: 15 fev. 2020.

INFOPEN - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho 2019*. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. *Criminal compliance e corrupção desportiva: um estudo com base nos ordenamentos jurídicos no Brasil e de Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: Da cultura criminógena à cultura de compliance. *Quaestio Iuris*, vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017.

- JIMÉNEZ, Luis. Introducción a la autorregulación. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na administração pública: Contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance –* Coordenação: Gregório Assagra de Almeida – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- LARCEDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- LAUFER, William. A very special regulatory milestone. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, v. 391, 2018.
- LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds The failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.
- LAUFER, William S.; ROBERTSON, Diana C. Corporate ethics initiatives as social control. *Journal of Business Ethics, Kluwer Academic Publishers*, n. 16, 1997.
- LAUFER, William S. Corporate Liability, Risk Shifting and the Paradox of Compliance. *Vanderbilt Law Review*, v. 52, out. 1999.
- LAUFER, William. Corporate prosecution, cooperation, and the trading of favors. *Iowa Law Review*, v.87, p. 643-667, 2002.
- LAUFER, William S. Ilusões de Compliance e Governança. Tradução por Matheus de Alencar e Miranda e Leonardo Simões Agapito. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- LAUFER, William S. O compliance game. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.); BRODOWSKI, Dominik (org.); SÁ, Ana Luiza de (org.). *Regulação do abuso no âmbito corporativo: o papel do direito penal na crise financeira*. São Paulo: Editora LibersArs, 2015.
- LAUFER, William. The forgotten criminology of genocide. LAUFER, William; ADLER, Freda (org). *The criminology of criminal law*. New Brunswick: Transaction, 2013.
- LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law. *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 14, nº 01, 2017.
- MARIN, Gustavo de Carvalho. Criminalidade empresarial e problemas no estabelecimento de uma cultura de compliance no Brasil. In: Eduardo Saad-Diniz; Fabio Casas; Rodrigo de Souza Costa. (Org.). *Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa*. 1ed. São Paulo: LiberArs, p. 69-80, 2015.
- MARIN, Gustavo de Carvalho. O sistema de justiça criminal “mano dura” e sua desatenção às vítimas: A justiça restaurativa como alternativa para a América Latina. In: *Alternativas al Sistema de Justicia Criminal Latinoamericano* [S.l: s.n.], 2019.

- MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. Tradução de Miguel Mailet. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.
- MIRANDA, Matheus de Alencar e. (In) *eficiência de compliance e os direitos dos trabalhadores: evitando o “bode expiatório”*. São Paulo: Liber Ars, 2019.
- MORENO, Beatriz García. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- MPF. *MPF firma acordos de leniência com Odebrecht e Braskem*. Disponível em: <<https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/417019983/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em: 26 fev. 2020.
- NIETO MARTÍN, Adán. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (coord.) *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.
- NIETO MARTÍN, Adán. Compliance, criminologia e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumplimiento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- NIETO MARTÍN, Adán. Código Ética, Avaliação de Risco, Educação e *Treinamento*. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del corporate government: derecho penal de la empresa y gobierno corporativo, *Revista Aranzadi de derecho penal y proceso penal*, Navarra, n. 11, 2004.
- NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidade penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Ustel, 2008.
- NIETO MARTÍN, Adán. Regulatory Capitalism y cumplimiento normativo. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NIETO MARTÍN, Adán (coord). *El derecho penal em la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In *Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008.
- PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.
- POLAINO-ORTS, Miguel. Que significa imputação normativa? In: OLIVEIRA, William T. [et al] (orgs.). *Direito Penal Econômico: Estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.
- PRATA, Daniela Arantes. *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do Caso Samarco*. São Paulo: Liber Ars, 2019.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: una aproximación desde del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, vol. I, nº 1, 2013, p. 13. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/43911/28974>>. Acesso em: 10 jul. 2020

RASSI, João Daniel. *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

RASSI, João Daniel; LABATE, Victor; CAMARGO, Pedro Luís de Almeida. Brazil. In: *The Internacional Investigations Review*. Tenth Edition. Editor Nicolas Bourtin, Law Business Ressearch Ltd, July 2020.

REURINK, Arjan, *From Elite Lawbreaking to Financial Crime: The Evolution of the Concept Of White Collar Crime*, MPIfG Discussion a Paper 16/10, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos tribunais*, v. 988, p. 25-54, São Paulo, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance na perspectiva da criminologia econômica. In: CUEVA, Ricardo Villas Boas; FRAZÃO, Ana (Org.) *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, 108, p. 415-441, 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 167. ano 28, p. 71-128. São Paulo: Ed. RT, maio 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [S.l.], v. 11, p. 9-25, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Novos modelos de responsabilidade empresarial: a agenda do direito penal corporativo. In: SAAD-DINIZ e outros (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativos do programas de compliance na AP 470. In: *Revista dos Tribunais*, n. 933, p. 151-165, 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Política Regulatória, Enforcement e Compliance: Análise dos Lineamentos da Oficina Anticorrupção da Procuradoria Argentina. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, nº 90 – p. 73-79, Jun-Jul/2019 – Doutrina.

SAAD DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa: um novo campo de pesquisa nas ciências criminais*. 2018. Tese (Livre-docência)- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

SAAVEDRA, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 218, janeiro/2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SAMPAIO, Diego Barreiros Dutra; SOBRAL, Filipe. Speak now or forever hold your peace? An essay on whistleblowing and its interfaces with the Brazilian culture. *BAR, Braz. Adm. Rev.*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 370-388, Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180776922013000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev. 2020.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração de justiça penal)*, Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Apresentação feita por ocasião das Provas Públicas de Doutorado, a 10 de outubro de 2013, Universidade de Coimbra, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia radical*. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e a responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.

SHAPIRO, Susan. *Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime*. *American Sociological Review*. American Sociological Association: 1990, v. 55, nº 03.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222, p. 2, maio/2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6ª ed. rev. e. atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: OLIVEIRA, William T. et. al. *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SHERMAN, Lawrence. *Ideas in American Policing. Evidence-based policing*. Washington: Police Foundation, July 1998, p. 3-4. Disponível em: <<https://www.cebma.org/wp-content/uploads/Sherman-Evidence-Based-Policing.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2020
- SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidade económica. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.) *El derecho penal en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law and Social Control*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2002.
- SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*, 22/1957.
- SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms, *NYU Journal of Law & Business*, v. 14, 2018.
- SOLTES, Eugene. Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal. *New York: Public Affairs*, 2016, New York: PublicAffairs.
- SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina, 2019.
- SOUZA, Arthur de Brito Geuiros; COELHO, Cecilia Choeri da Silva Coelho. Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção. SAAD-DINIZ, Eduardo; BRODT, Luis; LOPES, Luciano; ABI-ACKEL, Henrique. *Direito Penal Econômico nas Ciências Criminais*.01 ed.Belo Horizonte: Vorto, 2019, v.01, p. 97-98.
- SPINELLI, Marcus Vinícius Classen. Whistleblowing e canais institucionais de denúncia. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Org). *In: Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- SSP-SP. *Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Pesquisa.aspx>>. Acesso em: 14 mar. 2020.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Criminality. *In: American Sociological Review*, vol. 5, February, 1940

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. A theory of differential association. *In: CULLEN, Francis T., AGNEW, Robert. Criminological theory: past to present*. 2. ed. Los Angeles: Roxbury Publishing Company, p. 131-134, 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. *The Sarbanes-Oxley Act of 2002*. Disponível em: <<http://www.soxlaw.com/the-sarbanes-oxley-act-full-text/>>. Acesso em: 16 fev. de 2020.

VERAS, Rayanna Pala. *Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

ZAGALLO, Ricardo Luiz Barbosa de Sampaio. *A justiça restaurativa no Brasil: entre a utopia e a realidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.