

VICTÓRIA VITTI DE LAURENTIZ

***COMPLIANCE DE DIREITOS HUMANOS: REGULAÇÃO,
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E DEVIDA
DILIGÊNCIA***

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Livre-Docente Dr. Eduardo Saad-Diniz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

VICTÓRIA VITTI DE LAURENTIZ

***COMPLIANCE DE DIREITOS HUMANOS: REGULAÇÃO,
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E DEVIDA
DILIGÊNCIA***

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração em Direito Penal, sob a orientação do Prof. Livre-Docente Dr. Eduardo Saad-Diniz.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2022

VICTÓRIA VITTI DE LAURENTIZ

**COMPLIANCE DE DIREITOS HUMANOS: REGULAÇÃO,
RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E DEVIDA
DILIGÊNCIA**

**Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-
Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: _____

1ºExaminador(a): _____

2ºExaminador(a): _____

3ºExaminador(a): _____

4ºExaminador(a): _____

5ºExaminador(a): _____

São Paulo, _____ de _____ de 2022.

LAURENTIZ, Victória Vitti de.

Compliance de direitos humanos: regulação, responsabilidade empresarial e devida diligência.

São Paulo-SP, 2022.

328 p.; 30 cm

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientador: Prof. Livre-Docente Dr. Eduardo Saad-Diniz.

1. Direito Penal. 2. Due diligence. 3. Direitos Humanos. 4. Compliance 5. Responsabilidade empresarial

RESUMO

No cenário brasileiro, o incremento da detecção de escândalos corporativos associados a graves violações de direitos humanos não foi acompanhado por significativos progressos no comportamento ético empresarial. Mesmo na experiência internacional recente é possível observar a dificuldade dos ordenamentos nacionais em lidar com infrações cometidas por organizações empresariais, desde a perspectiva da responsabilização, culpabilidade e sanções monetárias e não monetárias. A definição de quais violações de direitos humanos são relevantes ao direito penal ainda é um campo em aberto e, no entanto, apesar dessa lacuna, a referência e marco dos direitos humanos pode ser concebida como uma valiosa justificativa para sancionar corporações. A partir da revisão bibliográfica e análise de experiências estrangeiras com a construção de regimes de devida diligência, a pesquisa busca elucidar as principais tensões da dogmática-jurídico penal com a finalidade de identificar se é possível conceber um potencial preventivo na abordagem dos programas de *criminal compliance* baseados em direitos humanos para o enfrentamento da criminalidade corporativa. A adoção dessa dinâmica busca ainda entender em que hipótese a devida diligência em direitos humanos é capaz de promover um maior nível de *accountability* que estimule mudanças na cultura corporativa.

Palavras-chave: Devida Diligência em Direitos Humanos; Responsabilidade Criminal Corporativa; *Compliance* de Direitos Humanos; Política Criminal Corporativa; Responsabilidade Social Corporativa.

ABSCTRACT

In the Brazilian scenario, the increase in the detection of corporate scandals associated with serious human rights violations was not accompanied by an improvement of corporate ethical behavior. Even in the international experience, it is possible to observe a difficulty of national legal systems in dealing with infractions committed by business organizations, from the perspective of accountability, culpability and monetary and non-monetary sanctions. The definition of which human rights violations are relevant to criminal law is still an open field and yet, despite this gap, the human rights reference and framework can be conceived as a valuable justification for sanctioning corporations. Based on the literature review and analysis of foreign experiences with the construction of due diligence regimes, the research seeks to elucidate the main tensions of criminal legal-dogmatics with the purpose of identifying whether it is possible to conceive a preventive potential in the approach of human rights-based criminal compliance programs to fight the corporate criminality. The adoption of this dynamic also seeks to understand under which hypothesis human rights due diligence is capable of promoting a high level of accountability that encourages changes in the corporate culture.

Keywords: Human Rights Due Diligence; Corporate Criminal Responsibility; Human Rights Compliance; Corporate Criminal Policy; Corporate Social Responsibility.

ZUSAMMENFASSUNG

Im brasilianischen Szenario ging die zunehmende Aufdeckung von Unternehmensskandalen im Zusammenhang mit schweren Menschenrechtsverletzungen nicht mit signifikanten Fortschritten im ethischen Geschäftsverhalten einher. Auch in der jüngsten internationalen Erfahrung lässt sich die Schwierigkeit nationaler Regelungen im Umgang mit Verstößen von Wirtschaftsverbänden im Hinblick auf Verantwortlichkeit, Verschulden sowie monetäre und nicht-monetäre Sanktionen beobachten. Die Definition, welche Menschenrechtsverletzungen strafrechtlich relevant sind, ist noch ein offenes Feld, und dennoch kann der Menschenrechtsrahmen und -rahmen trotz dieser Lücke als wertvolle Rechtfertigung für die Sanktionierung von Unternehmen aufgefasst werden. Aus der Literaturrecherche und Analyse ausländischer Erfahrungen mit dem Aufbau von Due Diligence Regimen versucht die Forschung, die wesentlichen Spannungen der strafrechtlichen Dogmatik aufzuklären, um herauszufinden, ob ein präventives Potenzial im Ansatz von Criminal Compliance Programs denkbar ist auf der Grundlage der Menschenrechte zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität. Die Übernahme dieser Dynamik versucht auch zu verstehen, unter welcher Hypothese menschenrechtliche Sorgfaltspflichten in der Lage sind, ein höheres Maß an Rechenschaftspflicht zu fördern, das Veränderungen in der Unternehmenskultur fördert.

Schlüsselwörter: Sorgfaltspflicht in den Menschenrechten; Unternehmenskriminelle Verantwortung; Einhaltung der Menschenrechte; Unternehmenskriminalität, Soziale Verantwortung der Unternehmen.

**‘ubi emolumentum, ibi onus’, ou ‘onde está o lucro,
existe a responsabilidade’**

**Aos meus queridos pais Rosimeire e Fábio e
aos meus avôs Nelson (*in memoriam*), Alcir
(*in memoriam*) e avós Joana (*in memoriam*) e
Antônia, que, com o exemplo de simplicidade
e amor, me inspiram diariamente a ter
resiliência e fé abundante na vida e suas
possibilidades.**

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	13
1.1 Abordagem do tema: justificativa para a escolha e proposta metodológica	13
1.2 Programas de <i>criminal compliance</i> governança, global e gestão de risco empresarial.....	31
1.2.1 As tensões da dogmática jurídico-penal acerca da criminalidade corporativa.....	42
2. REGULAÇÃO E COMPLIANCE DE DIREITOS HUMANOS.....	47
2.1 O histórico do protagonismo corporativo.....	47
2.2 A dimensão social da empresa e gestão empresarial de riscos.....	52
2.3 Instrumentos de <i>soft law</i> e <i>hard law</i> e a falsa oposição	58
2.4 <i>Global Reporting Initiative (GRI)</i> , Pacto Global (<i>Global Compact</i>) e o Marco Ruggie.....	65
2.5 Revisitando a teoria da regulação responsiva (<i>responsive regulation</i>) de Ayres e Braithwaite	70
3. RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL.....	76
3.1 Limites da litigância nacional e internacional em face de organizações empresariais privadas.	76
3.1.1 Questões de jurisdição internacional e reparações de direito penal corporativo.....	78
3.1.2 Os limites da responsabilização do Estado por violações de direitos humanos	82
3.1.3 Legislação extraterritorial e o <i>Alien Tort Claims Act (ATCA)</i>	90
3.2 Política criminal corporativa e questões dogmáticas	95
3.2.1 O fenômeno da reincidência corporativa e o problema do <i>underenforcement</i>	102
3.2.2 Direito penal corporativo, cumplicidade e horizontalização dos direitos humanos	110
3.2.3 O paradigma da supercriminalização corporativa.....	125
3.2.4 Os dilemas da retribuição e dissuasão no âmbito corporativo	132
3.3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica e os modelos de imputação	141
3.3.1 Reinterpretando a <i>mens rea</i> da criminalidade empresarial	146
3.3.2 A iniciativa alemã da <i>Verbandssanktionsgesetz (VerSanG)</i>	151
3.3.3 A responsabilidade penal do agente corporativo (<i>responsible corporate officer</i>)	156
3.3.4 Limites à justiça penal negociada no âmbito empresarial.....	171
3.4 Sanções corporativas monetárias e não monetárias	175
3.5 Sanções reputacionais	180
3.6 Responsabilidade social corporativa e a cultura do <i>business ethics</i>	184
3.6.1 Cidadania corporativa: responsabilidade, performance e responsividade social	187

3.6.2 Estratégia de autorregulação regulada e a vigilância corporativa	189
4. ABORDAGENS PARA UMA LEGISLAÇÃO DA CADEIA PRODUTIVA	195
4.1 A descolonização dos direitos humanos e o <i>regulatory rollback</i>	195
4.2 A relação dos programas de <i>compliance</i> com o direito penal: o custo da conformidade.....	202
4.2.1 A ausência de métricas baseadas em evidências: <i>evidence-based compliance v. statement-based compliance</i>	209
4.3 A lei francesa sobre o Dever Corporativo de Vigilância (<i>Loi de Vigilance</i>).....	224
4.4 A iniciativa da <i>Mandatory Human Rights Due Diligence Directive</i> do Parlamento Europeu.	229
4.5 A lei alemã para cadeias produtivas (<i>Lieferkettengesetz</i>).	234
4.6 Indicadores e cultura de auditoria em direitos humanos.	244
4.6.1 Teoria dos custos de transação e governança em direitos humanos	251
4.6.2 A abordagem teórica do <i>ethos</i> corporativo	257
4.6.3 <i>Big Data</i> e o uso da inteligência artificial na predição do comportamento antiético empresarial	260
4.7 Elementos de um programa de <i>criminal compliance</i> baseado em direitos humanos.	264
4.8 O <i>disclosure</i> de direitos humanos e a devida diligência na cultura empresarial.	273
5. COMPLIANCE CRIMINAL DE DIREITOS HUMANOS: RECOMENDAÇÕES PARA UMA AGENDA BRASILEIRA.....	281
5.1 A noção de qualidade de vida e delimitação da violação de direitos humanos para fins criminais.....	288
5.2 Elementos de direito penal para uma legislação brasileira sobre cadeias produtivas	294
6. CONCLUSÕES.....	304
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	312

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNUDH	Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos
ATCA	Alien Tort Claims Act
BEPS	Base Erosion and Profits Shifting
BoP	Base of the Pyramid
CECO	Chief Ethics and Compliance Officer
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CMS	Compliance Management Systems
COP	Comunicações de Progresso
CSR	Corporate Social Responsibility
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DOJ	Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão
EBA	Enforceable Brands Agreements
ESG	Environmental, Social and Governance
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
GFA	Global Framework Agreement
GRC	Governança, Risco e Compliance
GRI	Global Reporting Initiative
HRDD	Human Rights Due Diligence
IFRS	International Financial Reporting Standards
ISO	International Organization for Standardization
LkSG	Lieferkettengesetz

NPA	Non-Prosecution Agreement
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PCN	Ponto de Contato Nacional
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RPU	Revisão Periódica Universal
RSC	Responsabilidade Social Corporativa
RSE	Responsabilidade Social Empresarial
RST	Responsabilidade Social conduzida por Trabalhadores
SEC	Securities and Exchange Commission
SGC	Sistema de Gestão de Conformidade
SRSG	Special Representative of the Secretary-General
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TBL	Triple Bottom Line
TNC	Transnational Corporation
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNGP	United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights
VerSanG	Verbandssanktionengesetz

1. INTRODUÇÃO

1.1 Abordagem do tema: justificativa para a escolha e proposta metodológica

As recentes transformações na sociedade econômica aprofundaram a ausência de transparência e assimetria de informação nas relações comerciais, favorecendo a deslealdade econômica e a corrupção no ambiente empresarial. Se do ponto de vista do capital, se verificam escândalos corporativos cíclicos, sob a perspectiva da prevenção à violação de direitos humanos, o panorama é ainda menos promissor: a nova cultura organizacional que vem se firmando demonstra que a gestão de negócios é orientada, cada vez mais, por programas de cumprimento normativo simbólicos e inefetivos.

A concentração do poder econômico nas redes negociais vem suscitando mudanças constantes nas relações de governança regulatória entre Estados e organizações empresariais. Da mesma forma, as relações de territorialidade são frequentemente desafiadas pelo caráter transnacional da criminalidade das empresas. O impacto da atividade empresarial, da mesma forma, vai para muito além de infrações econômicas, configurando também violações sistemáticas de direitos humanos em larga escala.¹ Os mecanismos de prevenção a infrações no ambiente empresarial, fortemente orientados pela cultura do *compliance*, ao mesmo tempo, vêm mitigando a centralização dos atores estatais no enfrentamento da criminalidade corporativa. Sob a perspectiva da regulação, a emergência de organizações empresariais multi e transnacionais, que deslocalizam e espraíam suas atividades para além do território de um Estado nacional fomentam um movimento de “autoconstitucionalização” de normas internas.²

A esse contexto, segue-se a noção desenvolvida por Günther Teubner de que a globalização teria favorecido o aparecimento de estruturas não-estatais, transnacionais, verdadeiros fragmentos constitucionais, para regular atores transnacionais e garantir a eficácia de direitos humanos sobretudo no âmbito corporativo. O fenômeno da autoconstitucionalização, nesse sentido, fomenta questionamentos acerca do quão constitucional poderia ser um código de conduta criado por entidades privadas e alheio a um

¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*, vol.988, ano 107, pp.25-53. JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direitos humanos? *Revista do Advogado*. n. 125, 2014, pp. 131-137.

² TEUBNER, Günther. “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais?” In: SCHWARTZ, Germano (org). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 109 e ss.

Estado nacional soberano.³ Organização empresarial transnacional aqui entendida conforme conceituada por Wilkins⁴ enquanto “qualquer empresa que possua sede em um país e opere, pelo menos, em um país estrangeiro”.

Os crimes cometidos por organizações empresariais inauguraram novos espaços de interesse jurídico-penal dotados de inúmeros obstáculos à devida atribuição de responsabilidade. Apesar da crescente delinquência corporativa, a persecução penal de organizações empresariais é frustrada, entre outros fatores, pela ausência de maiores detalhes sobre os infratores e, sobretudo, pelas lacunas de compreensão do fenômeno da própria vitimização corporativa.⁵

Do ponto de vista da organização do capital, grandes organizações privadas transnacionais oferecem o risco real de levar o próprio sistema econômico a graves crises.² A crise da arquitetura financeira internacional em 2008, por exemplo, demonstrou uma lacuna da responsabilidade empresarial que se repetiu em inúmeros outros escândalos anteriores como Enron, WorldCom e Lehman Brothers. As reações em cadeia após inúmeros abusos corporativos evidenciaram a “frouxa” regulação que circunda determinados setores empresariais. A obsessão punitiva do direito penal também alcança a criminalidade das empresas a cada novo escândalo corporativo conduzindo, por vezes, a reações desmedidas e imediatistas que pouco se embasam em maiores questionamentos acerca de suas consequências.

Ao mesmo tempo, este período histórico de ambição e ganância no ambiente empresarial (*corporate greed*) foi associado a uma falha generalizada dos *gatekeepers* e má governança corporativa, suscitando questionamentos acerca dos mecanismos de *accountability* empresariais.⁶ Esse cenário demonstrou que, por efeitos de contágio e reação em cadeia, o risco associado à falência de grandes organizações empresariais favorece crises sistêmicas de grande amplitude.³ A medida que a recessão mundial e as graves crises financeira complexificaram o cenário no qual o poder corporativo se desenvolve, a

³ TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*Corporate Codes of Conduct*) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano. *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.328-329

⁴ WILKINS, Mira. European and north american multinationals. 1870-1914: comparions and contrasts. In: JONES, Geoffrey (Org.). *Transnational corporations: a historical perspective*. London: Routledge, 1992, p. 24.

⁵ DIAMANTIS, Mihailis, LAUFER, William S. Prosecution and Punishment of Corporate Criminality (November 29, 2018). Mihailis E. Diamantis & William S. Laufer, 15 Ann. Rev. L. & Soc. Sci., Forthcoming

⁶ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016, p.13.

necessidade de haver certo grau de controle do comportamento empresarial desenfreado se tornou evidente.⁴

Por outro lado, Laufer⁷ aponta uma sutileza nessa forma de dominação que estende para além da simples métrica comparativa entre o Produto Interno Bruto (PIB) de um país e a receita bruta de uma organização empresarial. Em alguns casos, o poder corporativo pode ser forte mesmo em sistemas regulatórios cooperativos, tendo em vista que as corporações têm vantagens de acesso a informações e se organizam em face de uma estrutura capaz de facilmente encobrir condutas abusivas e antiéticas.

No cenário brasileiro, o incremento da detecção de escândalos corporativos, com graves violações de direitos humanos não foi acompanhado por significativos progressos no comportamento ético empresarial. Mesmo na experiência internacional recente é possível observar a dificuldade dos ordenamentos nacionais em lidar com infrações cometidas por organizações empresariais. Esse contexto, associado a inúmeros outros escândalos corporativos nacionais e internacionais desde o direito ambiental até *fashion law* evidenciam a necessidade de uma clareza operacional para lidar com uma criminalidade sofisticada e complexa.

As organizações empresariais assumem assim, papel protagonista na imposição de suas estratégias de acumulação do capital sobre questões éticas, sociais e em matéria de direitos humanos. São entidades organizadas que, com frequência, operam sob mais de uma jurisdição e que dispõem de estratégias para abrir novos mercados, realocar e despejar povos inteiros de seus territórios, assegurar o acesso forçado aos recursos naturais escassos, liberar experiências com transgênicos, assegurar patentes de produtos⁸ e recursos naturais, dentre outras prerrogativas decorrentes da concentração de poder econômico.

Exemplo disso é o fato de muitos tratados internacionais relativos à garantia e proteção de direitos humanos não prevalecerem, na prática, sobre as diretrizes e acordos

⁷ Ibidem, p. 17.

⁸ Um exemplo clássico da oposição de interesses entre as empresas farmacêuticas e a saúde pública é o caso de uma ação movida por 41 empresas farmacêuticas contra o governo da África do Sul, contestando uma lei que buscava possibilitar o acesso a medicamentos para pessoas no país. O parlamento sul-africano, em 1997, havia aprovado a *Medicines and Related Substances Control Act*, sancionada pelo Presidente Nelson Mandela. A lei, além de estabelecer um comitê de preços, também exigia que as empresas farmacêuticas justificassem os preços cobrados, além de permitir a concorrência internacional por medicamentos oferecidos no setor público. Naturalmente, a lei não foi bem aceita pelas empresas farmacêuticas, que apenas retiraram a ação em abril de 2001, em razão da pressão extraordinária proveniente de protestos públicos que a ação judicial provocou, além da possibilidade de falência ou, ainda pior para o setor empresarial, uma possível ordem judicial que forçasse a revelação dos custos reais de pesquisa e desenvolvimento. Retirado de: NWOBIKE, Justice C. Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.3, n.4, 2006, pp.126-143. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/en_07.pdf>. Acesso em: 01/12/18

internacionais em matéria comercial, de maneira que se fala hoje em uma nova *lex mercatoria*⁹ ou mesmo em uma assimetria jurídica internacional do direito comercial sobre o direito internacional dos direitos humanos. A concepção de uma nova *lex mercatoria* estaria assim, relacionada à dinâmica do comércio internacional proporcionada pela globalização, por meio da ascensão do comércio transnacional regendo também as dinâmicas que orientam. Sua definição é ainda controversa porque ela rompe as conexões tradicionais entre Lei e Estado. Primeiramente, sugere que ordens privadas são capazes de produzir leis, a despeito da autorização e controle de um Estado e, além disso, ela se autovalida, em escala internacional, sem a necessária autoridade de um Estado e seu poder sancionador.¹⁰

As crescentes incursões de organismos internacionais na regulamentação da atividade de grandes organizações empresariais, por meio de princípios, declarações e convenções representa também uma intensa convergência dos direitos humanos na área econômica nunca antes presenciada, ainda que por meio de instrumentos de *soft law*.¹¹ Apesar do aparente consenso internacional quanto à necessidade de promover a regulação do comportamento corporativo danoso, ao mesmo tempo, a litigância transnacional de direitos humanos revela as dificuldades em traçar fronteiras normativas entre espaços jurisdicionais envolvidos, pondo em questão os limites geográficos e jurisdicionais. No *case Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum* analisado pela Suprema Corte estadunidense, empresas privadas holandesas e britânicas foram acusadas de terem incitado a violação de direitos humanos na Nigéria. Por força da territorialidade, a decisão, no entanto, reduziu significativamente as possibilidades de litigar em face de organizações empresariais em razão de atos praticados fora dos limites jurisdicionais dos Estados Unidos.¹²

⁹ Diante da particularidade das práticas jurídicas de cada Estado, decorrente do apego ao atributo da soberania, surge a questão de quais normas jurídicas seriam aplicáveis às empresas transnacionais. Nesse sentido, há organizações como a *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* e o *UNIDROIT* que tratam de matérias legais e contratuais. O artigo 28(1) da *UNCITRAL Model Law* estabelece, por exemplo, que o tribunal arbitral decide a disputa de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes para serem aplicadas ao mérito da disputa. E vem sendo reconhecido de forma generalizada na doutrina internacional e prática arbitral que a expressão “regras de direito” indica a possibilidade de os árbitros aplicarem princípios transnacionais como a *Lex Mercatoria*. Além disso, em matéria internacional, o descumprimento dos *Standards* de direitos humanos de um Estado pode legitimar medidas de exclusão, conforme o artigo 9(2)(b) da Lei Modelo da *UNCITRAL* sobre Contratos Públicos de 2011. HOWARTH, Richard J. *Lex Mercatoria: can general principles of Law govern international commercial contracts? Canterbury Law Review*, v. 10, 2004, pp.36-76.

¹⁰ TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. Global Law without a State*. Dartmouth, 1996, pp.3-28

¹¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth. *Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. Harvard international law journal*, 2013, pp. 201-234.

¹² LISTE, Philip. *Transnational Human Rights Litigation and Territorialized Knowledge: Kiobel and the ‘Politics of Space’*. In *Comparativa Research in Law and Political Economy, Research Report n.61, 2013*.

O tema de direitos humanos passou cada vez mais a integrar a agenda internacional por inúmeros motivos, que envolvem principalmente as obrigações em direitos humanos de atores não-estatais e o reconhecimento de um maior número de direitos econômicos e sociais. O arcabouço normativo e doutrinário do regime de direitos humanos vinculado à empresa é composto por normas de uma série de organismos internacionais como a ONU, OIT, União Europeia, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), incluindo normas de eficácia privada dos direitos fundamentais, como os modelos de autorregulação privada, setorial ou transnacional.

Com recurso à sociologia do direito e especial enfoque à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a noção de “constitucionalização corporativa” se insere no estudo do papel dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito e seu potencial quando relacionados ao sistema econômico.¹³ O grande protagonismo empresarial e seus dilemas fez surgir órgãos e procedimentos instados a lidar com a sustentabilidade e responsabilidade social, incorporando tais demandas às práticas de governança corporativa.

Posto este contexto, o constitucionalismo societário ou transconstitucionalismo salienta o problema que envolve a aplicação dos direitos humanos e seu controle, dado que são alvo de consideração simultânea por uma série de ordens jurídicas, inclusive não estatais, que são instadas a oferecer soluções. Isso implica uma relação transversal quase permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns, o que inclui a mobilização não somente de Estados, mas também de organizações internacionais como a ONU.¹⁴

O cumprimento de direitos humanos pelas organizações empresariais depende há muito tempo de uma evolução lenta e constante de iniciativas nacionais e internacionais que buscam atribuir responsabilidade às organizações empresariais. A implementação e monitoramento de tais iniciativas se deu em larga escala, com fundamento nas iniciativas de autorregulação empresarial e também a partir da coerção da sociedade civil. Em resposta à conscientização crescente sobre o envolvimento das empresas em violações de direitos humanos, na década de 70, as Nações Unidas passaram naturalmente a ocupar o papel central na formulação de medidas para consolidar a responsabilidade de agentes econômicos. Em 1973, foi criada a Comissão da ONU sobre Empresas Transnacionais com a finalidade de

¹³ TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford: University Press, Oxford, 2012.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.83.

investigar o impacto da atividade empresarial das TNCs (*transnational corporations*). Deste processo de elaboração resultou o Código de Conduta da ONU sobre TNCs, que, contudo, não surtiu grande efeito.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1977, adotou a Declaração Tripartida de Princípios Relativos a Empreendimentos Multinacionais e Política Social, que exige o respeito por parte das empresas da Declaração Universal de Direitos Humanos e outras convenções internacionais.¹⁵ Ainda que, legalmente, não seja vinculante e haja um enfoque especial dos direitos trabalhistas, indiretamente, essa declaração permitiria aos sindicatos das empresas se organizarem no sentido de denunciar os abusos cometidos no âmbito empresarial em face dos empregados.

Ainda nos anos 90, houve grande repercussão quanto aos produtos da Nike, gigante americana de produtos esportivos, produzidos em fábricas indonésias que evidenciaram condições de trabalho péssimas e exploração em meio a uma série de abusos de direitos humanos.¹⁶ Em muitos casos, a preocupação reduzida com a cadeia de valor ainda representa uma lacuna na gestão empresarial, gerando ambientes de negócios que favorecem a violação de direitos humanos, por falta de políticas e procedimentos de controle de redes complexas de fornecedores.

As constantes denúncias do uso de táticas antissindicais e oficinas de exploração laboral, por exemplo, fizeram com que a cadeia de lojas Walmart conduzisse uma revisão mundial de suas políticas, práticas e controles internos para cumprimento de regras anticorrupção e direitos humanos. A adesão de redes de varejo é extremamente relevante porque cria obstáculos à comercialização de produtos provenientes de empresas que se utilizam da violação de direitos humanos e, como resultado, compromete a própria existência dessas organizações enquanto se utilizam desse modelo produtivo.¹⁷

De fato, a descentralização de grandes empresas, acompanhada da complexidade de sua estruturação societária, difundindo nos vários níveis da empresa as informações relevantes sobre operações suspeitas de infrações econômicas ou que vulneram direitos humanos, obstrui o curso das investigações, especialmente no que diz respeito à identificação

¹⁵ ILO, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 2001.

¹⁶ No caso da Nike, após a identificação de uma série de violações aos direitos humanos dos trabalhadores, por um longo tempo, o consumo da marca foi associado ao trabalho escravo, turnos ininterruptos de trabalho, condições insalubres do ambiente de trabalho. Esse contexto pressionou a empresa a elaborar um código de condutas, estabelecendo diretrizes de organização do trabalho corporativo. OLIVEIRA, José Antonio Puppim. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 2. ed, pp.86 e 87

¹⁷ Instituto Ethos. *Empresas e Direitos Humanos na perspectiva do Trabalho Decente -Marco de Referência*, 2011. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br>>. Acesso em: 30.12.18.

de autoria. Considerando-se a dificuldade em distinguir claramente situações de trabalho forçado, exploratório e livre, há problemas de ordem prática dada a descentralização e diferenciação de tarefas dentro das cadeias produtivas. A distribuição de competências e funções dentro das organizações levanta questionamentos acerca da qualidade de informações exigidas daqueles que negociam ou fazem parte de uma cadeia produtiva na qual haja violação de direitos humanos.¹⁸

Do ponto de vista internacional, o sistema global ou universal da Organização das Nações Unidas conta com Relatorias Especiais de Direitos Humanos que podem ser incumbidas a órgãos coletivos (Grupos de Trabalho), cuja finalidade abrange a fiscalização de violações de direitos humanos, visitas *in loco* ao Estado e elaboração de relatórios com recomendações aos Estados. A preocupação internacional com as massivas violações de direitos humanos pelas organizações empresariais embora não seja tão recente só veio, no entanto, a ensejar a criação de um Grupo de Trabalho sobre a questão de empresas transnacionais e violação de direitos humanos em 2017.¹⁹

Embora o Estado continue sendo o principal ator político contemporâneo, a desterritorialização e deslocalização do poder impulsionadas pela globalização fomentaram, em paralelo, o fortalecimento destas organizações multi e supranacionais que exercem um poder cada vez maior e tensionam a soberania estatal. Ainda nesse contexto, os desafios da responsabilização empresarial envolvem desde o desmembramento entre processos de direção e decisão até a diferenciação de tarefas dentro da empresa. A fragmentação- vertical e horizontal- das organizações empresariais levanta problemas sobre distribuição de competência, como a segmentação da informação e, conseqüentemente, dificulta a atribuição de responsabilidade. A ampliação das *supply chains* (cadeias produtivas), acompanhada de

¹⁸ VAN DAMME, Yasmin; VERMEULEN, Gert. Towards an EU strategy to combat trafficking and labour exploitation in the supply chain: connecting corporate criminal liability and state-imposed self-regulation through due diligence? *In Regulating Corporate Criminal Liability*/ organizadores: Dominik Brodowski [et al]. Springer, 2014, p.174.

¹⁹Em sua primeira missão oficial a um país da América Latina, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, ligado ao Conselho de Direitos Humanos, após convite do governo federal, visitou o Brasil em 2015 e apresentou relatório com conclusões, dentre as quais destacam-se: (a) o Brasil busca desenvolvimento às expensas dos direitos humanos, (b) empresas fazem “business as usual”, (c) comunidades atingidas são sistematicamente ignoradas e (d) há riscos de retrocesso no marco legal. O relatório articula 28 recomendações – direcionadas ao governo brasileiro, às empresas públicas e privadas que atuam no Brasil e à sociedade civil, incluindo a necessidade de desenvolvimento de um plano de ação nacional sobre empresas e direitos humanos, criação de plataformas e fortalecimento de mecanismos de diálogo entre Governo, empresas e sociedade civil e definição de políticas claras para que todas as empresas no país respeitem os direitos humanos e realizem auditoria em suas operações nacionais e internacionais.

Retirado de: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/recomendacoes-do-grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-ao-brasil-status-da-implementacao-pelo-governo-e-empresas>>

fenômenos crescentes como a subcontratação, distanciando as violações dos centros de tomada de decisão, confere crédito à justificativa de segmentação informacional quando os escândalos de exploração são revelados.²⁰

As organizações empresariais colocam assim, em evidência, o problema dos cursos de informação e segmentação.²¹ Esse contexto de suposta desinformação, porém, não deve soar como argumento para fundamentar a ausência de responsabilidade penal pelas violações, favorecendo um ambiente de irresponsabilidade organizada. As novas modalidades de criminalidade corporativa, em realidade, desafiam a elaboração criativa de modelos jurídicos de imputação penal capazes de se adequar à realidade empresarial brasileira. Nessas condições, há uma dispersão do *output* lesivo exteriorizado pela empresa, por meio de mecanismos práticos capazes de encobrir ou mesmo induzir em erro as imputações de responsabilidade pelas violações ocorridas no interior da estrutura empresarial fracionada.

No âmbito da relação entre as transformações socioeconômicas contemporâneas e o direito penal, a empresa como organização representa um problema central para a teoria jurídica do delito, especialmente quando a empresa delincente é uma organização empresarial multinacional que atinge tamanha dimensão e complexidade, capaz de atribuir-lhe potencial regulatório não raras vezes superior ao de alguns Estados. Apesar deste protagonismo, Silveira suscita o debate sobre a constitucionalidade do valor que vem sendo atribuído à tutela do direito penal econômico, muitas vezes destituída de amparo dogmático e de real lesividade, caracterizando verdadeiro contrassenso o embasamento do perigo em um modelo clássico abstrato.²²

No cenário brasileiro, os tensionamentos entre a atividade empresarial e seu impacto sobre direitos humanos foram abordados pelo recente Decreto nº 9.571 de 21 de novembro de 2018 que estabeleceu as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. O referido documento estabelece medidas de fomento e implementação de princípios de direitos humanos ao Estado e às corporações nacionais e multinacionais com atividade no Brasil, além de critérios de fiscalização, responsabilização e reparação em hipótese de violação de direitos humanos.

²⁰Ibidem, pp.178-190.

²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: Revista *Liberdades*, n.9, 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO>. Acesso em:01/12/18.

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.180 e ss.

Embora esta iniciativa busque alocar direitos e deveres para a esfera pública e privada, o caráter facultativo das normas, que podem ou não ser implementadas voluntariamente pelas empresas mina maiores expectativas quanto à efetiva prevenção de violações. Principalmente quando verificado que apenas no eixo em que versa sobre o Estado, o documento estabelece “obrigações” a serem implementadas.

No que concerne às entidades privadas, porém, o decreto estabelece o cumprimento de direitos humanos como “responsabilidade” a ser adotada voluntariamente, inclusive no que diz respeito “aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários” (artigo I) e “aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição” (artigo II).

O próprio art. 10 do referido documento atribui às empresas a responsabilidade de criar e manter programas de integridade.²³ É medida que se insere na estratégia autorregulatória de fazer com que a própria organização determine suas técnicas jurídicas de controle e vigilância internas. Muito embora as demais previsões contidas no decreto apontem uma série de requisitos para concatenação de uma estrutura básica de programas de integridade, estas coordenadas padecem da mesma vagueza e indeterminação que os instrumentos de *soft law*.

Embora não se pretenda percorrer todo o caminho histórico da evolução e transformação do direito penal econômico suscitadas, em grande medida, pela criminalidade empresarial; não se discorda que os desafios impostos exigem uma ressignificação de vários elementos da teoria do delito e da pena. Na medida em que a noção de perigo assume o protagonismo das formulações típicas, por exemplo, percebe-se também a progressiva inserção de uma nova lógica de mercado no sistema jurídico-penal por meio dos programas de cumprimento ético-normativo ou programas de *compliance*.

Neste momento, por exemplo, o Brasil atravessa discussões sobre a construção de uma agenda de direitos humanos e empresas, com foco nas recomendações recebidas na última Revisão Periódica Universal da ONU em 2017 no sentido de construção de um Plano Nacional de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos. A tomada de decisão no âmbito doméstico sobre como incentivar o comportamento corporativo ético perpassa também uma construção paralela desta agenda no direito penal.

A relação entre as transformações sociais e econômicas da contemporaneidade

²³Art. 10- É responsabilidade das empresas estabelecer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam identificar os riscos e os impactos e reparar as violações, quando couber (...)

conduzem as ciências criminais a uma profunda crise de identidade.²⁴ Segundo Silveira,²⁵ à medida que o direito penal assumiu um viés supraindividual, trouxe consigo uma série de novas problemáticas criminais associadas a própria legitimidade do sistema penal, bem como de seus preceitos secundários. Esta mudança é ainda mais significativa no âmbito do direito penal econômico, em que as lógicas penal e econômica nem sempre são comuns.

No combate à corrupção e à violação de direitos humanos, se ingressou com uma orientação de política criminal que consiste em incentivos às empresas a auxiliarem as autoridades públicas na prevenção de delitos que ocorram no ambiente empresarial. Para tanto, estimulou-se o desenvolvimento de medidas internas de organização orientadas a prevenir, detectar e sancionar os ilícitos identificados, que se materializaram nos programas de *compliance*.²⁶ Japiassú refere que a realidade da cultura empresarial criminógena já foi e vem sendo alvo até hoje de diversas teorias criminológicas com a finalidade de compreender e oferecer um modelo preventivo. E é precisamente nesse contexto que se inseririam os programas de conformidade, enquanto modelos de autocontrole e autofiscalização.²⁷

A preocupação com este cenário, de acordo com Silveira²⁸, conduz a um paradoxo: ao mesmo tempo que vários ramos jurídicos demandam o amparo do direito penal mais frequentemente, por outro lado, várias matérias consagradas do direito penal estão escoando para outras disciplinas. E, no entanto, o Estado recorreu à capacidade autorregulatória empresarial por razões associadas a redução de custos, bem como eficiência. Grandes organizações empresariais privadas, em tese, tendem a dispor de mais ferramentas para descobrir e prevenir infrações no seu ambiente interno de maneira mais eficiente do que o próprio Estado.

A contínua integração de países em desenvolvimento e desenvolvidos na economia global, evidente a partir do crescente número de acordos comerciais e de investimento que

²⁴ No cenário brasileiro, aduz Shecaira sobre o tema que “se o conceito de modernidade há de ser associado a um novo paradigma, então há que se criar condições para efetivação de um processo de mudança jurídica que contemple a nova realidade social”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 25/26.

²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015.

²⁶ NIETO MARTÍN, Adan; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los. Diretrizes para uma estratégia efetiva contra a corrupção no México In SAAD-DINIZ, Eduardo [et. al]. *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016, p.39.

²⁷ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do Compliance. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 10, p. 1031-1051, 2017.

²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance*, direito penal e lei anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015, p. 30 e ss.

concluem, bem como a própria ascensão da economia chinesa vêm transformando formas de pensar e conceber o desenvolvimento e os direitos humanos. Essas mudanças influenciam as opções regulatórias e exigem novos entendimentos sobre como garantir e promover os direitos humanos na economia global e responsabilizar tomadores de decisões econômicas, como as organizações empresariais.

À medida que as cadeias globais de valor se tornaram dominantes forma de produção e distribuição,²⁹ buscou-se inserir garantias fundamentais nas cadeias de fornecimento internacionais por meio de redes contratuais. Os esforços para criar um instrumento juridicamente vinculante para empresas transnacionais embasados na organização de redes contratuais, todavia, padecem dos mesmos problemas suscitados pela voluntariedade de instrumentos não-vinculantes.³⁰

Embora nem sempre haja uma convergência global acerca do conteúdo dos direitos humanos, os documentos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, moldaram em grande parte o rol de direitos fundamentais das constituições nacionais. Incorporar os direitos humanos em programas de conformidade, por meio de uma abordagem de prevenção à violação de direitos humanos, pode permitir às empresas dar um passo adiante no enfrentamento dos desafios oriundos deste cenário regulatório conturbado e em plena transição. Uma abordagem protetiva aos direitos humanos exige, porém, abertura suficiente para integração de princípios internacionais de direitos humanos, ao mesmo tempo que preserva os espaços de tomada de decisão empresarial.

A preocupação com um enfoque específico na prevenção à violação de direitos humanos também deriva da desconfiança dos procedimentos judiciais que lidam com os impactos *ex post*. Quando se verifica casos como o de Mariana e Brumadinho, que refletiram tragédias ambientais associadas a organizações empresariais, cujos danos ainda repercutem e são difíceis de serem reparados ou remediados, percebe-se a necessidade de uma especial ênfase da prevenção. Sobretudo se considerarmos que a inexistência de um dimensionamento da escala dos danos provocados ou dos processos de vitimização mina ainda mais quaisquer expectativas de evitar novas tragédias. Os estudos da vitimologia corporativa revelariam assim, camadas de vitimização sub-reconhecidas e capazes de redefinir a própria percepção da culpabilidade corporativa.³¹ Precisamente neste contexto, o recurso aos programas de devida diligência (*due diligence*) compreende uma abordagem

²⁹ European Union, *Trade for All: Towards a More Responsible Trade and Investment*, 2015.

³⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia corporativa. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

³¹ DIAMANTIS, Mihailis; LAUFER, William S., *op cit*.

destinada a evitar que o dano ocorra em primeiro lugar.

Embora não exista propriamente um conceito uníssono de *due diligence*, genericamente, a devida diligência se refere a um conjunto de práticas associadas a verificação de informações no mercado.³² Na perspectiva da responsabilização empresarial, destacam-se a cumplicidade e a *due diligence* em direitos humanos ou *human rights due diligence*. O recurso a *due diligence* em direitos humanos consistiria assim, em instrumento preventivo de cumplicidade por violações. Michalowski³³ analisa as aproximações entre cumplicidade e direitos humanos, concebendo os modelos de *due diligence* como dever de prudência e avaliação de risco a fim de informar processos de tomada de decisão no ambiente negocial.

Para fins interpretativos, porém, as referências que orientam o embasamento das devidas diligências geralmente são de natureza não vinculante e desassociadas de maiores verificações empíricas. Na ausência de um modelo legislativo minimamente coerente, há quem sugira, portanto, a necessidade de mobilizar recursos para enfatizar o papel da liderança e da manifestação do compromisso *tone from the top*.³⁴

O contexto de proteção dos direitos humanos nas relações econômicas pode ser analisado, ao menos, sob duas perspectivas. Em primeiro lugar, o contexto é de uma economia global que se integra cada vez mais através de sistemas internacionais de produção e distribuição, mas ao mesmo tempo permanece envolta em um quadro jurídico poroso. Sob uma segunda perspectiva, há um particular contexto institucional, envolvendo diferentes agentes como ONGs, Estados, organizações sociais que moldam as diferentes maneiras pelas quais eles podem incentivar a conduta responsável e proteger os direitos humanos.

No que se refere à tentativa de identificação do comportamento corporativo socialmente desviante, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) define “impactos adversos sobre os direitos humanos” como impactos que ocorrem “quando uma ação remove ou reduz a capacidade de um indivíduo gozar de seus direitos humanos”.³⁵ Os impactos negativos devem ser evitados e o risco de dano minimizado por meio de medidas preventivas adequadas às particularidades do contexto operacional. As

³² YAZBEK, Otavio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 940 e ss.

³³ MICHALOWSKI, Sabine. “Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification”. DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge Press, 2013.

³⁴ PARKER, Christine. Reinventing regulation within the corporation: compliance-oriented regulatory innovation. *Administration & Society*, 32/2000, p. 550 e ss.

³⁵ UNOHCHR, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, 2012.

consequências das atividades empresariais estão atreladas à existência de externalidades negativas, de forma que, no escopo de ação empresarial há riscos e danos toleráveis.

Embora haja uma sobreposição entre várias categorias de impactos negativos, nem todos os interesses individuais e sociais são protegidos como direitos humanos e, portanto, sofrer um dano não constitui automaticamente uma violação dos direitos humanos.³⁶ Direitos humanos, concebidos como derivação do próprio conceito de dignidade humana, são comumente entendidos como níveis mínimos de tratamento para viver uma vida com dignidade e, portanto, um sistema criminal que pretenda reprimir abusos praticados pelas empresas precisa lidar com distinções acerca de quais condutas são toleráveis ou não.

Por outro lado, compreender que os direitos humanos estabelecem níveis mínimos de tratamento não significa que um certo nível mínimo de gozo dos direitos humanos possa ser estabelecido. Nem os níveis mínimos significam que os direitos humanos descrevem apenas as salvaguardas mínimas a que os indivíduos têm direito, sem se ater a problemas sociais mais amplos provocados pelas atividades de organizações empresariais.

Com fundamento nestas questões, a hipótese de investigação está centrada nos seguintes questionamentos:

1- Qual o potencial e as limitações associadas à concepção do paradigma dos direitos humanos tanto como parâmetro para o reforço dos programas de *criminal compliance* quanto como critério de responsabilização das cadeias produtivas empresariais?

2- Diante dos desafios impostos pela criminalidade corporativa, como a devida diligência deve ser incorporada à agenda brasileira de atribuição de responsabilidade a empresas por violações de direitos humanos?

A necessidade de se investigar o potencial uso dos programas de *compliance* a fim de efetivamente prevenir infrações no âmbito corporativo parte da premissa de que o escopo de organizações empresariais tem relevância particularmente maior em países em desenvolvimento, nos quais, com frequência, o próprio governo local falhou com relação à redução de desigualdades e outros compromissos sociais ou ainda perpetrou massivas

³⁶ Scheinin analisa várias abordagens para "identificar um núcleo dentro da estrutura normativa do direito dos direitos humanos" que deva ser inviolável. Ele endossa o ponto de vista sobre a existência de um "núcleo essencial" de um direito humano e a abordagem relacionada às principais obrigações do Estado com relação aos direitos humanos. SCHEININ, M. *Core Rights and Obligations*. In SHELTON, Dinah(ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford, 2013.

violações de direitos humanos. Não é incomum que grandes organizações empresariais frequentemente se aliem a regimes autoritários e repressivos, beneficiando-se inclusive das violações persistentes dos direitos humanos legitimadas pela cumplicidade do Estado.³⁷

Conforme esclarece Japiassú, no Brasil, a partir de pesquisas realizadas após a vigência da legislação antitruste, Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/12) e Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) que inseriram mais expressamente a ideia da conformidade, foi possível observar maior disposição do setor empresarial em assumir a integridade com maior relevância.³⁸

Em “*Blacking Out the Gulf*”, Elizabeth Bradshaw³⁹ fornece amplas evidências, a partir do estudo de caso sobre o derramamento de óleo da *British Petroleum* em 2010, sobre as formas que a rotinização da criminalidade corporativa pode assumir. No caso em específico, foram documentadas as formas pelas quais o próprio Estado tentou encobrir a criminalidade empresarial, bem como o impacto ambiental do vazamento de petróleo, provocando uma grande discussão acerca dos meios de cumplicidade corporativa.

A realidade demonstra, por exemplo, que grande parte dos países que sediam empresas do setor de óleo e gás são subdesenvolvidos com economias não diversificadas. Também conforme relatório publicado pela Transparência Internacional, as corporações petrolíferas compreendem o terceiro setor entre os 19 mais propensos à corrupção.⁴⁰ No caso do Sudão do Sul, cujo petróleo é virtualmente a principal fonte de riqueza, a importância econômica de áreas produtoras de petróleo e seus derivados tem impulsionado continuamente uma violenta guerra civil que perdura há mais de seis anos, envolvendo organizações empresariais como a Companhia Nacional de Petróleo da China, que teve a terceira maior receita mundial em 2017 dentre as corporações petrolíferas.⁴¹ Casos como este têm mobilizado a comunidade internacional, tendo a Organização das Nações Unidas advertido recentemente que empresas petrolíferas transnacionais seriam possíveis cúmplices dos crimes de guerra perpetrados pelo governo do Sudão do Sul, em razão de viabilizarem o

³⁷ FRYNAS, Jędrzej George. ‘Corporate Social Responsibility in the Oil and Gas Sector’, *Journal of World Energy Law & Business* 2(3), 2009, pp.178-195.

³⁸ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do Compliance. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 10, p. 1031-1051, 2017.

³⁹ BRADSHAW, Elizabeth A. *Blacking out the Gulf: State-Corporate Environmental Crime and the Response to the 2010 BP Oil Spill*. In: BARAK, Gregg (Org.) *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015, p. 362-372.

⁴⁰ http://archive.transparency.org/publications/publications/bribe_payers_index_2011.

⁴¹ <https://peoplesdispatch.org/2019/03/07/transnational-oil-companies-may-be-complicit-in-war-crimes-in-south-sudan-un-warns/>

uso de sua infraestrutura pelas tropas do governo sudanês.

A princípio, haveria algumas razões subjacentes para as abordagens falhas em termos de responsabilidade social empresarial que estariam atreladas a duas principais razões.⁴² A primeira se revela na existência de limites acerca do uso de iniciativas sociais para atingir fins corporativos, tendo em vista que a principal alegação por parte das empresas é no sentido de que os fatores que maximizam o lucro são frequentemente incompatíveis com as boas práticas corporativas da maneira. Uma segunda razão se refere ao fato de que as organizações empresariais, por vezes, não reconhecem a extensão total de suas interações com sociedade e política sobretudo no que tange às questões de nível macro relacionadas à perpetuação das desigualdades e impactos sociais e ambientais. Dessa forma, as consequências danosas da atividade corporativa são encaradas como meras externalidades negativas.

A principal ideia que embasa o conceito da responsabilização empresarial é o “*triple bottom line- profit, people, planet*”, por meio do qual as organizações empresariais deveriam harmonizar seus esforços para implementar um satisfatório desempenho financeiro, social e ambiental. Em um modelo proposto por Carroll,⁴³ a responsabilização social empresarial deveria compreender três aspectos articulados e interrelacionados: definição básica das responsabilidades sociais de uma empresa, rol das questões para as quais existe alguma dimensão de responsabilidade social e uma cultura corporativa de resposta às repressões sociais (*social responsiveness*).

Como consequência, os negócios poderiam contribuir para um padrão de “desenvolvimento inclusivo”, nos quais os compromissos de desenvolvimento social e proteção ambiental não são superados pelo crescimento econômico. Tal raciocínio transforma os papéis tradicionais do Estado e das empresas, superando a percepção de Friedman –ainda que dentro de um contexto de regulação estatal- de que a responsabilidade social da empresa seria incrementar o seu lucro e que as práticas que se desviam dessa meta são equivocadas e contraproducentes.⁴⁴

Ainda sabemos pouco sobre o potencial papel transformador da responsabilidade social empresarial (RSE) no desenvolvimento social e econômico. Definida pelo *European Multistakeholder Forum on CSR*, a responsabilidade social corporativa é entendida como “um conceito pelo qual empresas integram preocupações sociais e ambientais em suas

⁴² FRYNAS, Jędrzej Geroge, *op. cit.*

⁴³ CARROLL, Archie B. A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance, *The Academy of Management Review*, Vol. 4, No. 4, pg. 497 – 505, Academy of Management, New York, USA, 1979

⁴⁴ FRIEDMAN, Milton. “The social responsibility of business is to increase its profits”. *New York Times*, 13.09.1970.

operações comerciais e em sua interação com os *stakeholders* de maneira voluntária”. A princípio, o debate se limitou somente às preocupações com o “imperialismo corporativo” ou à extensão em que as organizações empresariais estariam invadindo os poderes dos Estados. Historicamente, as empresas desempenham um papel cada vez mais relevante no desenvolvimento, fenômeno que se relaciona em grande medida ao declínio da confiança no papel do Estado como agente de desenvolvimento e onda de desregulação a partir dos anos 80, suscitando um papel mais limitado do Estado na economia.⁴⁵

A RSE se tornou um dos principais focos de interesse de gestores de empresas e ONGs, embora haja elementos que embasem o entendimento de que sua formulação seria completamente inadequada ante o impacto devastador da atividade empresarial.⁴⁶ O desenvolvimento nas comunicações globais, que permitiu às corporações controlarem as atividades de produção em uma escala cada vez maior, também facilitou a transmissão internacional de informações sobre as condições de trabalho em seus fornecedores no exterior, contribuindo para uma mais ampla conscientização pública.⁴⁷

A responsabilidade social corporativa, no entanto, não foi concebida a princípio para lidar com as externalidades sociais negativas das atividades empresariais. Apesar do crescimento de fundos éticos nos últimos anos, por exemplo, nenhuma empresa de gestão de fundos incluiu, até o momento, o impacto sobre a pobreza como um critério específico na avaliação do desempenho de suas atividades.⁴⁸ Mesmo o Pacto Global da ONU não se refere explicitamente a preocupações fundamentais de desenvolvimento como a redução da pobreza ou promoção da equidade.⁴⁹ Essa omissão fomentou a necessidade de uma mudança para uma abordagem mais orientada ao desenvolvimento.⁵⁰

Nesse contexto, como aproveitar o potencial positivo das empresas e, ao mesmo

⁴⁵ NEWELL, Peter; FRYNAS, Jędrzej George, *op. cit.*

⁴⁶ AID, Christian. Behind the mask: the real face of corporate social responsibility (London: Christian Aid, 2004), p. 2.

⁴⁷ Este foi denominado efeito holofote, conforme D. L. Spar: ‘The spotlight and the bottom line: how multinationals export human rights’, *Foreign Affairs* 77: 2, 1998, pp. 7–12.

⁴⁸ Conforme noticiado em 2021, a oferta de investimentos ESG alcançou um patamar inédito, porém ainda permanece invisível nos ODS assumidos pelos fundos o combate à pobreza. Dos 758 ETFs com características ESG, apenas 316 consideram algum Objetivo de Desenvolvimento Sustentável na hora de selecionar empresas para sua carteira, porém nenhum menciona a erradicação da pobreza, que é o primeiro ODS. Vide: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/07/combate-a-pobreza-e-tema-invisivel-para-fundos-de-investimento-esg.shtml>>. Acesso em 24/07/2021.

⁴⁹ RING Alliance, The development dimensions of the UN Global Compact: final report, report for the Secretariat of the United Nations Global Compact, available at: http://www.ring-alliance.org/ring_pdf/global_compact.pdf. 2003, p. 3.

⁵⁰ FOX, T. Corporate social responsibility and development: in quest of an agenda, *Development* 47: 3, 2004, pp. 29–36; M. Warner, Optimising the development performance of corporate investment: building the case for a core competences approach (London: Overseas Development Institute, 2002).

tempo, conter a irresponsabilidade organizada fomentando e incentivando o cumprimento normativo (*compliance*)? Sob quais condições podem os instrumentos de responsabilidade social corporativa (RSC) afetar positiva e negativamente padrões de desigualdades? São questionamentos pertinentes ao contexto contemporâneo em que se evidencia claramente irrealista, no entanto, pensar que as organizações empresariais em uma economia globalizada e capitalista operem como se a redução da pobreza fosse seu objetivo principal. A maior contribuição da responsabilidade social empresarial parece assim, envolver um reforço da política de desenvolvimento liderada sobretudo pelo Estado.

Pretende-se assim, com a presente pesquisa começar a preencher essa lacuna sobre a compreensão de como, quando e por que meios os programas de *compliance*, sob uma perspectiva da prevenção a violação de direitos humanos, podem potencialmente afetar a criminalidade corporativa. Sobretudo explorar o potencial e limitações da responsabilidade social direcionada às organizações empresariais, tendo em vista que possivelmente as mesmas estratégias nem sempre funcionem para todas as configurações empresariais. Dessa forma, distante da possibilidade de conceber um modelo de responsabilidade social empresarial exportável e adaptável a qualquer contexto, a análise se concentra principalmente na realidade institucional brasileira e a capacidade estrutural de que dispõe a empresa para o cumprimento de deveres (*compliance*).

Os fundamentos, além da introdução, serão desenvolvidos em cinco capítulos dispostos nesta tese conforme a seguinte estrutura:

Capítulo II, em que se expõe um breve histórico do protagonismo empresarial e da evolução histórica dos instrumentos internacionais e regulatórios de controle do impacto da atividade corporativa socialmente e ambientalmente danosa;

Capítulo III, no qual será analisada a dinâmica da responsabilização empresarial sob a perspectiva nacional e internacional, introduzindo críticas associadas ao modelo da responsabilidade social empresarial e seus desafios à dogmática jurídico-penal;

Capítulo IV, o qual trata mais especificamente sobre os diferentes elementos e considerações necessárias à elaboração de uma legislação para cadeias produtivas empresariais a partir das experiências francesa, alemã e europeia;

Capítulo V, em que, a partir das conclusões extraídas nos capítulos anteriores, busca-se, em caráter propositivo, conferir elementos de participação do direito penal na construção da agenda brasileira sobre empresas e direitos humanos.

Ao longo da tese foram adotados parâmetros metodológicos associados à autonormatividade, no sentido de que não se pretende com a pesquisa extrair contribuições

teóricas direta e imediatamente aplicáveis ao direito penal, mas antes por meio da leitura dos direitos humanos suscitar orientações normativas no direito penal que promovam ressignificação e reconstrução. Partindo de uma ampla revisão bibliográfica especializada composta por livros, monografias, coletâneas, artigos científicos e estudos referenciados em jornais e periódicos, associada à análise de experiências estrangeiras com a construção de regimes de devida diligência, a pesquisa busca elucidar as principais tensões da dogmática-jurídico penal com a finalidade de identificar se é possível conceber um potencial preventivo na abordagem dos programas de *criminal compliance* baseados em direitos humanos para o enfrentamento da criminalidade corporativa.

Por meio de um método de leitura estrutural, conforme concebe Ronaldo Porto Macedo Júnior, pretende-se compreender a produção bibliográfica sobre o tema a partir da pressuposição de sua consistência.⁵¹ Com caráter prevalentemente indutivo, busca-se assim, fazer derivar da revisão bibliográfica e observação de precedentes judiciais estrangeiros envolvendo organizações empresariais, formulações que podem vir a ser testadas na construção de uma futura agenda de pesquisa.

A observação das experiências francesa, europeia e alemã se faz no sentido de permitir compreender, dentro da construção recente de legislações de devida diligência, os pontos fortes e fracos a serem endereçados na formulação da legislação brasileira. E a conclusão, em que se consolida a tese e sintetizam os argumentos desenvolvidos nos capítulos anteriores. Como método, será empregada a revisão da literatura disponível em matéria de direito penal econômico, direito internacional e *compliance* de direitos humanos, bem como a análise das convergências entre a prevenção à criminalidade corporativa e tutela de direitos humanos no ambiente empresarial. Trata-se, portanto, de pesquisa de natureza interdisciplinar, cuja intersecção entre diferentes áreas do conhecimento elenca o campo dos direitos humanos como campo transversal, cujo recorte teórico-social específico tem como objetivo a verificação de seus potencial e limitações como reforço dos programas de *criminal compliance*.

Para alcançar a hipótese de pesquisa formulada e seus questionamentos, para além da mera interdisciplinaridade, exige-se desde o reconhecimento das falhas e deficiências dos programas de *criminal compliance*, passando pelas categorias e fundamentos do direito penal econômico, com ênfase nos principais instrumentos de prevenção a infrações nas cadeias de

⁵¹ JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. O método de leitura estrutural. Como encontrar um tema dentro de minha área de interesse? In: In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coords.). Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, Saraiva, 2019.

produção de organizações empresariais.

1.2 Programas de *criminal compliance*, governança global e gestão de risco empresarial

A princípio, as discussões sobre programas de *compliance* se direcionaram à necessidade de um plano capaz de organizar deveres de cumprimento dentro da empresa, a fim de suprir o déficit da própria capacidade estatal de impor deveres e verificar seu cumprimento. Pode-se dizer que a evolução do conceito de *compliance* passa também pela integração com as teses de governança e risco, caracterizando verdadeira profissionalização da gestão de riscos. Nessa linha, os programas de *compliance* passam a tratar da capacidade regulatória a fim de prevenir infrações econômicas, bem como controle de riscos morais (*moral hazard*).⁵²

Sob a perspectiva de que a empresa também deve respeitar as “regras do jogo”, essa necessidade de conformação ao direito se especifica, na área criminal, por meio do *criminal compliance*, entendido conforme Salvador Netto, como um conjunto de medidas de natureza preventiva, organizacionais e éticas, com a finalidade de prevenir a prática de infrações penais no curso da atividade empresarial.⁵³ Isto porque, sendo a pessoa jurídica um espaço de liberdade e gerador de riscos, coerente é a proposta de orientar o exercício da liberdade a fim de minimizar a violação de riscos proibidos pelo sistema jurídico.

A política legislativa brasileira que impulsionou os programas de *compliance* no Brasil está atrelada a Lei de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) e Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, no entanto, faz vaga menção aos programas de integridade. Do ponto de vista internacional, na tentativa de superar os déficits de transparência e inserir *standards* de boas práticas no ambiente empresarial, a agenda internacional de prevenção à violação de direitos humanos concentrou seus esforços em medidas de integração de normas penais – ou meramente sancionadoras- com base em *standards* normativos internacionais. Para além de mentalidade repressiva, tem havido uma gradativa elaboração de recomendações ou *soft law* orientadas a prevenção de violações, a fim de indicar à empresa quais são suas principais

⁵² KEMSHALL, Hazel. *Understanding risk in criminal justice*. Philadelphia: McGraw Hill, 2003, p. 4-5; semelhante, BERG, Heinz Peter. Risk management: procedures, methods and experiences. *Reliability: Theory & Applications*, 17/2010, p. 79.

⁵³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 2219 a 221.

obrigações legais e, ao mesmo tempo, onde se situam suas vulnerabilidades.⁵⁴

Silveira⁵⁵ aponta ainda que esta busca por *standards* mínimos no ambiente empresarial suscita uma estandardização do próprio direito penal, que se vale do uso da *soft law* para tentar se impor. E, no entanto, tal fenômeno gera uma dificuldade inerente ao voluntarismo, que consiste na inefetividade da lei penal. A veiculação de normas penais por meio de uma estratégia normativa que depende da adesão das organizações empresariais padece, portanto, de intrínseca inefetividade.

Os desafios regulatórios impostos pela globalização são ainda mais proeminentes nos países em desenvolvimento. O controle limitado destes países sobre os efeitos das atividades de organizações privadas mesmo dentro de suas fronteiras também conduz à ausência de uma articulação funcional entre a regulação e o *enforcement*, suscitando um distanciamento cada vez maior entre regulados e agentes reguladores.⁵⁶ A obsessão regulatória associada a postura intimidatória dos agentes reguladores, portanto, pouco favorece e deslegitima os programas de *compliance*. Esse distanciamento ainda dificulta a convergência entre a regulação das empresas e as estratégias de controle social formal. Isto porque, o desarranjo institucional aliado a desarticulação das estratégias de *law enforcement* conduzem a posturas não colaborativas por parte das organizações empresariais privadas. Toda a fragilidade regulatória, na realidade, gera desincentivos na promoção de razões para colaborar, justamente porque a retórica das autoridades públicas não convence.

Ademais, um sistema de regulação baseado em um modelo de *command and control* condiz a um maior foco na sanção em si do que no próprio cumprimento normativo, gerando maior litigiosidade e utilização inefetiva de recursos.⁵⁷ Laufer⁵⁸ esclarece que o fato de não haver, na prática, evidência da eficácia das políticas de dissuasão da criminalidade corporativa reforça o argumento de que a natureza, objetivos e métodos das sanções empresariais são desprovidas de maiores reflexões teóricas.

Logicamente, é preciso repensar um sistema de sanções que se adeque ao perfil da empresa. Da mesma forma que ocorre com a criminalidade individual, é possível distinguir

⁵⁴ MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.30.

⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *op. cit.*, p. 60 e ss.

⁵⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia corporativa. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

⁵⁷ MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.37.

⁵⁸ CAULFIELD, Matthew; LAUFER, William S. The Promise of Corporate Character Theory *In Iowa Law Review*, Vol. 103, 2018.

organizações empresariais que são simplesmente mal gerenciadas e por isso provocam riscos significantes ao meio ambiente, vida e saúde das pessoas e, por outro lado, há empresas multirreincidentes, conduzidas por uma má cultura corporativa, que demanda medidas mais repressivas. Ao mesmo tempo, também identifica nesse cenário o *compliance game* em crítica aos desincentivos às estratégias de autorregulação corporativa. Isto porque, na ausência de expectativas legítimas acerca do comportamento cooperativo, as iniciativas de cumprimento normativo se convertem em meios de prevenção à responsabilização empresarial, mas não necessariamente de promoção de direitos humanos.

A falta de inteligência e sofisticação do modelo regulatório brasileiro conduz as operações investigativas a um verdadeiro desencontro com possibilidades colaborativas das organizações empresariais, gerando expectativas pouco promissoras. O efeito simbólico dos mega esquemas investigativos, como se observou na Operação Carne Fraca e na Operação Lava Jato, não necessariamente foram acompanhados de uma melhoria no cenário regulatório ou institucional.⁵⁹

A ausência de avaliações rigorosas acerca da independência e transparência dos programas de auditoria interna, torna as iniciativas de cumprimento normativo também bastante questionáveis. Da mesma forma, Sherman⁶⁰ converge para o entendimento de que ainda não se tem conhecimento, do ponto de vista científico, do que funciona ou não em face da criminalidade empresarial, em razão da ausência de um corpo de pesquisa experimental controlada.

Nos Estados Unidos, por exemplo, os padrões de ética e *due diligence* trazidos pelas *Sentencing Guidelines for Organizations (United States Sentencing Commission, 2003)* se traduziram em gastos da ordem de bilhões de dólares a título de gestão de riscos corporativos. E, no entanto, apesar dos gastos significantes, não há forte evidência empírica de que a boa cidadania corporativa teria reduzido efetivamente os abusos corporativos.⁶¹ A pesquisa acadêmica também encontra dificuldades para oferecer soluções práticas razoáveis para estes desafios.

A ausência de métricas para avaliar a efetividade do *compliance* corporativo em face das normas, por outro lado, não impediu que a disseminação de programas dos programas

⁵⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Injustiça alimentar, regulação e *compliance*: expectativas da Carne Fraca. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 25, n° 293, abril/2017.

⁶⁰ SHERMAN, Lawrence W. Misleading evidence and evidence-led policy: making social Science more experimental. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 589, pp.6-19.

⁶¹ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016, p.15.

de cumprimento normativo minimizasse os incentivos governamentais para processar criminalmente organizações empresariais. A despeito de maiores investigações acerca do real impacto produzido pela imposição de padrões normativos, a mera existência formal de um programa de *compliance* aparentemente dispensou inúmeras acusações formais nos Estados Unidos.⁶² Laufer se vale então de um diagnóstico cético e bastante pessimista no que tange à possibilidade de o Estado recompensar organizações empresariais que dispendem milhares de reais em *compliance*, mas continuam descumprindo as normas.

O uso “cosmético” dos programas de integridade também está associado ao que Laufer⁶³ aponta como ausência de indignação moral perante a criminalidade corporativa, quando comparada à “criminalidade de rua”. Essa indiferença ao comportamento corporativo socialmente danoso se espalha na definição de prioridades e alocação de recursos do sistema de justiça criminal. A mobilização acerca da necessária ética negocial e da regulação inteligente das organizações empresariais parece, cada vez mais, ser movida pela onda de escândalos corporativos.

Adán Nieto⁶⁴ sugere, mediante análise minuciosa, que um dos fatores que explicam o desenvolvimento dos programas de *compliance* compreende justamente a existência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, enquanto forma de coagir a organização empresarial a adotar alguma forma de autorregulação. Isto porque, diferentemente dos Estados, grandes organizações empresariais privadas oferecem maior capacidade de investigação, com mais efetividade e celeridade, bem como potencial de *enforcement* em face de seus códigos de conduta.

Silveira⁶⁵ sugere que ao se estabelecer um novo sistema de responsabilização empresarial- administrativa ou penal- faz com que o fenômeno autorregulatório suscite novas obrigações jurídicas. Dessa forma, o papel da autorregulação fundamenta a própria responsabilidade empresarial, ainda que não necessariamente sob o viés penal, afinal o teor e natureza das sanções próprias do sistema autorregulador ainda é um campo aberto a definições. E, no entanto, a experiência com a Ação Penal 470, conhecida como caso Mensalão, revelou uma série de incongruências associadas à interpretação dos programas de *compliance*.

As dificuldades associadas ao alcance de estratégias de responsabilização penal da

⁶² Ibidem, p. 17.

⁶³ LAUFER, William. *Where is the moral indignation...* cit., p. 19-32;

⁶⁴ MARTÍN, Adan Nieto, 2015, *op cit.*, p.36

⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.61.

pessoa jurídica ainda estão associadas a um modelo clássico de responsabilização individual que insiste em individualizar o responsável pela violação dos deveres de cuidado na organização empresarial.⁶⁶ Conforme esclarece Salvador Netto,⁶⁷ embora o *compliance* não seja uma estratégia que se resume ao direito penal, representa tentativa do Estado de funcionalizar o potencial das organizações empresariais em favor da prevenção e contenção de riscos capazes de gerar injustos penais.

Há controvérsias acerca dos próprios sujeitos empresariais que poderiam ser responsabilizados. Shecaira,⁶⁸ em suas ponderações, aduz pela impossibilidade de que pessoas jurídicas de direito público possam ser alvo de uma responsabilização penal, muito embora ainda haja dúvidas sobre as hipóteses em que o Estado, por meio de suas pessoas jurídicas, realiza atividades que não têm propriamente natureza serviço público.

Para além da mera intenção ou conhecimento do sujeito, no entanto, é preciso avaliar a natureza e qualidade dos processos decisórios a fim de contemplar o potencial danoso da cultura empresarial em si. Essa mudança de perspectiva é essencial para a elaboração dos programas de *compliance*, de maneira a efetivamente implementar programas de verificação de cumprimento de deveres organizacionais que contemplem mais do que a mera definição de papéis dentro da empresa.

Essa capacidade de imposição de suas regras internas permitiria assim, se valer da responsabilização penal empresarial enquanto “arma benigna”, conforme Braithwaite,⁶⁹ a fim de estimular a produção normativa pelos próprios atores não-estatais. A preocupação em delinear os programas de integridade também está associada à frequência com que códigos corporativos privados, a princípio orientados a tutela de direitos humanos, são facilmente assimilados como estratégias de mercado.⁷⁰ Sob a influência do trabalho desenvolvido por Ronald Coase,⁷¹ de forma bastante criativa, Kornhauser,⁷² em um raciocínio inverso, sugere

⁶⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil v. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance, 2018.

⁶⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 221-223.

⁶⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 187 e ss.

⁶⁹ BRAITHWAITE, John; AYRES, I. 1992, *op. cit.*

⁷⁰ TEUBNER, Günther. Self-constitutionalizing TNCs? On the linkage of ‘private’ and ‘public’ corporate codes of conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011, pp. 617-638.

⁷¹ Em referência ao teorema de Coase que ressalta a influência negativa que os custos de transação exercem quando são muito elevados potencializando a dificuldade na alocação eficiente de recursos. Os custos de transação remetem às dificuldades do mundo real, externalidades e assimetrias que impedem que as negociações ocorram a um custo zero. COASE, Ronald. The Problem of Social Cost, *3J.L. & ECON.*1, 1960.

⁷² KORNHAUSER, Lewis A. Three Roles for a Theory of behavior in a theory of law, *Rechtstheorie*, 31, 2010, pp.197–252.

que em um ambiente sem custos de transação, a atribuição de responsabilidade não afetaria a eficiência dos resultados. Sob este ponto de vista, é perceptível que a responsabilidade empresarial e a responsabilidade individual de seus membros não são permeadas pelas mesmas dificuldades associadas a custos de assimetrias de informações e cumprimento normativo.

Ainda é possível constatar que as iniciativas de *enforcement* caracterizadas pela cultura essencial coercitiva ainda permanecem presentes no ordenamento jurídico brasileiro. A busca obsessiva por critérios eficazes de *accountability* individual e a falsa expectativa sobre a capacidade preventiva dos *gatekeepers* têm demonstrado um baixo potencial preventivo a violações de direitos humanos, por outro lado, no que concerne à responsabilidade penal empresarial ainda há um campo aberto a inúmeras teses. Exemplo disso são as discussões que permeiam, na Alemanha, o *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*⁷³ acerca da introdução de um modelo de responsabilização da pessoa jurídica. Há quem diga também que a adoção de um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica compreenderia um conjunto de estímulos não com a finalidade de substituir a responsabilidade individual, mas para favorecer uma investigação que permita identificar quem foram os autores individuais.⁷⁴

Nos Estados Unidos, o caso *New York Central Rail Co. v. United States*, paradigma da responsabilização penal empresarial nos Estados Unidos, na ocasião foi considerado o único meio de efetivamente controlar e corrigir os abusos perpetrados pelas empresas.⁷⁵ A responsabilização empresarial decorreu assim, de uma urgente necessidade prática de lidar com formas viáveis de reparação de danos. De acordo com Salvador Netto,⁷⁶ desde então, a experiência estadunidense desenvolveu um caráter utilitarista das construções da *common law*, sempre buscando dissuadir a empresa da prática delitiva.

A análise das infrações penais por corporações como um fenômeno global, no

⁷³ Disponível em: < http://www.jpstrafrecht.jura.uni-koeln.de/sites/iss_juniorprof/Projekte/Koelner_Entwurf_eines_Verbandssanktionengesetzes__2017.pdf>. Consulta em: 01/05/2019.

⁷⁴ NIETO MARTÍN, Adan; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los. Diretrizes para uma estratégia efetiva contra a corrupção no México *In* SAAD-DINIZ, Edurado [et. al]. *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016, p.40.

⁷⁵ *New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481, 496 (1909). Vide: Kathleen F. Brickey, *Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation*, 60 WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 393, 421–422 (1982) (concluindo que “the recognition of corporate criminal accountability constituted a more effective response to problems created by corporate business activities than did existing private remedies.”).

⁷⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp. 232.

entanto, não pode se limitar a interpretar o fenômeno sob uma lente meramente local ou uma teoria “*one size fits all*”. A experiência prática evidencia que a adoção irrestrita da responsabilidade penal empresarial para quaisquer infrações penais, de maneira descriteriosa, também não parece ser a melhor alternativa.

Goodman e Jinks⁷⁷, por exemplo, apontam a utilização de estratégias de aculturação como ferramentas mais efetivas para restringir os excessos corporativos do que a própria responsabilização penal empresarial. Inclusive porque, do ponto de vista principiológico, questiona-se se a sistemática de intervenção penal regida pela subsidiariedade também deveria ser adotada em face de pessoas jurídicas, sob pena de fazer o ordenamento jurídico penal padecer de sistemática incoerência. Adán Nieto⁷⁸ expõe a necessidade de que os programas de conformidade também se atenham ao cumprimento de princípios como a lesividade ou antijuridicidade, de maneira a evitar que qualquer erro ou falha de atuação de um modelo organizacional implique responsabilidade penal. Ademais, não se pode desconsiderar que a intervenção penal é acompanhada de custos e quase sempre de uma vulneração de uma série de direitos.

A necessidade de um mecanismo de coerção está associada ao fato de que, via de regra, a confiança no voluntarismo empresarial- e, portanto, em um modelo de autorregulação voluntária- conduz a programas de integridade de fachada, meramente simbólicos que pouco agregam à prevenção de infrações e violações de direitos humanos.⁷⁹ As organizações empresariais, enquanto agentes econômicos, na ausência de regulamentação coercitiva, tendem a se orientar por interesses exclusivamente próprios. Por esta razão, a mera popularização de códigos de conduta e de boas práticas não significa necessariamente que tenha havido mudanças significativas no comportamento empresarial.

Sob esta perspectiva, pode-se conceber a autorregulação, junto à gestão de riscos e auditorias (*due diligence*) como instrumentos para consecução dos programas de *compliance*, sendo que as normas previstas em programas de integridade a fim de evitar a responsabilidade penal empresarial um exemplo de autorregulação coagida pela sanção estatal. Ao mesmo tempo, a apreensão dos modelos de autorregulação pelas organizações empresariais também se deu em função do interesse de restringir a intervenção direta de Estados e atores externos sobre suas atividades, bem como gerir os riscos associados aos

⁷⁷ GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law, 54 *Duke Law Journal*, 621, 2004.

⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán, 2018, *op. cit.*, p.135.

⁷⁹ *Ibidem*, p.41.

efeitos adversos de possíveis danos à reputação.⁸⁰ Na ausência de regulamentação governamental, iniciativas como as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais orientam as organizações empresariais a se alinhar a *standards* internacionais de conduta.

Assumindo a diretriz da autorregulação regulada, os programas de *compliance* também acoplam preceitos da regulação estatal às formas de condução das atividades empresariais. Nesse contexto, a ameaça da responsabilização penal empresarial, como talvez o mais expressivo meio de controle social formal, sinalizaria a existência de outros possíveis instrumentos capazes de induzir a autorregulação e, portanto, criaria um paradoxo de confiança⁸¹ No entanto, mesmo as teorias que atribuem ao modelo de autorregulação o poder de incrementar o cumprimento normativo dependeriam da viabilidade de uma ameaça legitimadora e real da lei penal no pano de fundo da regulação, a “arma benigna” de acordo com Braithwaite.⁸²

Ressalte-se, no entanto, que as representações do *overcompliance*, enquanto excessiva imposição do *comply with the law*, não necessariamente são positivas. A indução de níveis excessivos de *compliance* (obsessão normativa) também interfere nos custos de agência, explicada como teoria que enfatiza os conflitos de interesse a partir da premissa de que a tomada de ações é orientada por determinadas preferências e interesses⁸³. Jensen e Meckling⁸⁴ explicaram a noção de custos de agência a partir dos riscos morais e conflitos de interesse decorrentes da contratação de um agente que executa interesses do contratante, de forma que a própria formatação jurídica dos contratos se orienta pela necessidade de redução dos custos de agência por meio dos programas de *compliance*, *disclosure* e auditorias.

Ao mesmo tempo, na experiência brasileira, ainda não se tem avaliações práticas sobre como os recursos investidos em auditorias, controles internos e externos são capazes de produzir um resultado efetivo e evitar gastos excessivos ou desarrazoados a título de *compliance*, sem reverter em resultados práticos. E, no entanto, a importância dos programas de *compliance*, para além de seu caráter defensivo, compreende sua natureza de instrumento de aperfeiçoamento da gestão empresarial.

⁸⁰ GRAHAM, David; WOODS, Ngaire. Making corporate self-regulation in developing countries. *World Development*, 2006, vol. 34, issue 5, pp.886-883.

⁸¹ LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In SAAD-DINIZ, Eduardo [et al.]. Tendências em governança corporativa e compliance. LiberArs: São Paulo, 2016.

⁸² AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992.

⁸³ CHAPMAN, Bruce. Corporate Tort Liability and the Problem of Overcompliance, *Southern California Law Review*, Vol. 69, p. 1679, 1996.

⁸⁴ JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* 3 J. FIN.ECON. 305, 1976.

A evidente dificuldade em se elaborar propostas que atendam as demandas da criminalidade corporativa com a qual o Brasil é instado a lidar também decorre de uma cultura bastante refratária à cultura de programas de *compliance* fundada em evidências empíricas e com ênfase em métricas de efetividade. Conseqüentemente, os instrumentos dogmáticos dissociados das demandas reais, reduzem os programas e códigos de conduta à fachada ou simples compromissos ético-retóricos, que pouco agregam às práticas corporativas.

Embora, a princípio, os programas de cumprimento normativo tivessem sido concebidos como estratégia de mobilização de gastos e esforços na prevenção a infrações e violações de direitos humanos, a necessidade de moralização do ambiente empresarial foi progressivamente absorvida pelas empresas como uma estratégia lucrativa na gestão de riscos associados à sua imagem. Se do ponto de vista ambiental, por exemplo, multiplicaram-se códigos de boas práticas corporativas, ao mesmo tempo, induziu-se o desenvolvimento do que Laufer⁸⁵ traduz como *greenwashing* corporativo, também denominado “lavagem verde”. Trata-se da prática empresarial na qual a organização se autodenomina ambientalmente responsável em face do consumidor e demais *stakeholders*, traduzindo-se em verdadeira propaganda enganosa, pois na prática, não se verifica um real engajamento em ações que colaborem com a solução ou minimização de problemas ambientais.

A indiferença diante das violações perpetradas pelas empresas, no entanto, já não é mais aceitável, justamente porque também não se concebe um paradigma de atividade empresarial passe ao largo da observância de direitos humanos. Na medida em que as grandes corporações passaram a ser as principais violadoras de direitos humanos em âmbito mundial, houve uma pressão internacional muito maior para que os legisladores nacionais introduzissem mecanismos de responsabilização.⁸⁶

Conforme Simon,⁸⁷ a criminalização do comportamento empresarial, em um cenário geral, demonstra que, quando confrontado com algum problema, o Estado identifica ameaças ou crises e depois reage criminalizando a conduta ou recorrendo ao uso da violência estatal em uma política legitimada pelo discurso do *governing through crime*. Por outro lado, esta atuação reativa do Estado, orientada exclusivamente pelas conseqüências do comportamento

⁸⁵LAUFER, William S. Responsabilidade social e *greenwashing* corporativo. In SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victória Vitti de (Org). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Belo Horizonte: editora D'Plácido, 2018.

⁸⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.105.

⁸⁷ SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007.

empresarial socialmente danoso e da irresponsabilidade organizada não soluciona o dilema. A reiteração de escândalos corporativos e da ação corporativa socialmente danosa reforça a ideia de que é necessário muito mais que a ameaça da sanção (*deterrence*) para inserir práticas éticas no ambiente empresarial e garantir a efetividade dos mecanismos sancionatórios.⁸⁸

Sob a perspectiva da ética negocial, da mesma forma, as iniciativas parecem vir à tona após os escândalos corporativos. Embora a princípio a gestão ética possa parecer custar caro aos resultados financeiros das empresas, no longo prazo, é possível que o mercado recompense as decisões.⁸⁹ Do ponto de vista acadêmico, no entanto, Andrew Stark⁹⁰ a proposta de inserção e treinamento em filosofia moral aos gestores de negócios não necessariamente trouxe as estruturas analíticas e ferramentas necessárias para fazer as distinções éticas necessárias a ponto de discernir o ideal curso de ação em situações difíceis.

Neste mesmo contexto, Duff McDonald⁹¹ se empenhou em demonstrar a retórica vazia que circunda instituições de ensino de ética negocial, treinando pessoas para tomar decisões em cenários completamente dissociados da realidade empresarial. Dispendeu-se muito tempo a justificar o porquê a gestão empresarial deveria ser orientada por um absolutismo ético, em vez de dar um passo na direção dos problemas morais reais enfrentados pelas organizações empresariais. Por meio de uma reconstrução histórica do modelo de ensino de ética negocial em Harvard, McDonald aponta elementos de referência para o aperfeiçoamento da gestão ética criativa, para além da lucratividade.

Ao mesmo tempo, a ética empresarial abrange a discussão sobre quais os valores subjacentes à atividade empresarial e permitem a existência de uma particular cultura corporativa. Conforme esclarece Adán Nieto,⁹² existem intersecções entre o *compliance* e a ética, como a própria noção de que um programa de integridade orientado por uma gestão ética é muito mais eficaz e legítimo. A ausência de uma cultura de legalidade que seja fomentada por valores éticos dificulta ainda mais implementação dos programas de *compliance*.

⁸⁸ BURCHARD, Christoph. Ancillary and Neutral Business Contributions to Corporate-Political Core Crime: Initial Enquiries Concerning the Rome Statute *In Journal of International Criminal Justice*, 2010.

⁸⁹ Conforme o famoso pronunciamento do ex-presidente da SEC, Wilbur Katz em 1950: *Ethic pays*.

⁹⁰ STARK, Andrew. What's the Matter With Business Ethics. *In Harvard Business Review*, May/June, 1993, pp. 38-48.

⁹¹ McDONALD, Duff. *The Golden Passport: Harvard Business School, the limits of capitalism and the moral failure of the MBA elite*. New York: Harper Collins, 2017.

⁹² O cumprimento normativo. *In MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.49.

É precisamente neste contexto que também se inserem as mediações entre a solidariedade corporativa e a pressão organizacional que ora conduzem ao comportamento ético ou a uma violação dele. O compromisso da liderança e de administradores na mobilização empresarial em face da responsabilização (*tone from the top*) difundido como estratégia para fortalecer a governança corporativa, no entanto, pode ser equivocada. O envolvimento dos setores de liderança dentro de uma organização empresarial, representados pelo alto escalão, não necessariamente induz um comportamento ético e virtuoso no ambiente empresarial. A incorporação da função regulatória pela própria organização empresarial, como bem apontou Brandon Garret,⁹³ foi um dos fatores que aliado a outras práticas irracionais de reguladores e agentes de mercado conduziu à crise de 2008.

Na tentativa de acompanhar as demandas contemporâneas, a inserção no ordenamento jurídico brasileiro de sofisticados mecanismos de delação premiada, acordos de leniência e programas de *compliance*, por outro lado, ocorre dissociada de métricas de efetividade que permitam avaliar seu efetivo impacto inclusive sob a perspectiva social e ambiental. O transplante de modelos abstratos de cumprimento normativo, no entanto, importados da experiência estrangeira com a criminalidade empresarial pouco agregam à realidade organizacional das empresas brasileiras. Em realidade, os desafios na atribuição de responsabilidade a empresas no Brasil parecem cada vez mais sugerir a necessária observância da realidade concreta de cada empresa.

Ademais, o transporte de modelos de imputação sem maior consistência e sensibilidade à realidade brasileira parece pouco melhorar o ambiente institucional em termos de redução da criminalidade corporativa. As grandes expectativas depositadas na responsabilização individual também não correspondem diretamente a um incremento em termos de regulação do comportamento empresarial.

Sob a perspectiva regulatória, discute-se um possível modelo ideal em que a regulação pública seja empregada como parâmetro de qualidade da relação entre organizações empresariais privadas e o cumprimento de direitos humanos. Embora a criação de obrigações diretas de direitos humanos em relação a atores privados (*unmittelbare Drittwirkung*) seja rejeitada, é preciso aqui, no entanto, reconhecer que existe também um limite intransponível de dignidade humana no agir privado, que remete ao próprio conceito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com efeito sobre as relações privadas

⁹³ GARRET, Brandon L. *Too Big to Jail: How prosecutors compromise with corporations*. Belknap Press, 2014.

(*mittelbare Drittwirkung*),⁹⁴ isto é, a força vinculante e eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ora, se as organizações empresariais também estão inseridas nas relações entre particulares, também se sujeitam, por consequência, à irradiação de direitos fundamentais e tutela de valores, interesses e legítimas expectativas da sociedade.

Numerosos aportes doutrinários analisaram, nas últimas décadas, o fenômeno da expansão do direito penal e suas incursões no âmbito das organizações empresariais. Silva-Sánchez,⁹⁵ por exemplo, compreende a globalização como elemento potencializador, que provocou mudanças substanciais no campo da economia, tecnologia e também no direito. Na medida em que são criados novos riscos científicos, tecnológicos e artificiais, da mesma forma se insere progressivamente uma desmaterialização ou espiritualização do próprio conceito de bem jurídico. Um dos principais debates gira em torno da necessidade de compatibilizar a dogmática garantista penal com a inserção de novos sujeitos ativos do delito, como as organizações empresariais, em torno das quais torna-se ainda mais difícil discernir, com clareza, ações, sujeitos e culpabilidade.

1.2.1 As tensões da dogmática jurídico-penal acerca da criminalidade corporativa

Do ponto de vista dogmático, persistem problemas desde a teoria do delito, cuja criminalidade corporativa forja releituras e construções de categorias aplicáveis ao direito penal econômico nos planos da autoria e participação, bem como em face da dificuldade de deduzir a responsabilidade de pessoas físicas dentro de grandes e complexas organizações empresariais. Ao mesmo tempo, na parte especial do Código Penal se encontram problemas que vão desde a imputação e a taxatividade dos crimes que, em tese, seriam atribuídos a organizações empresariais, até o esgotamento de critérios jurídicos orientados à imputação penal individual quando instados a lidar com complexas organizações empresariais.⁹⁶

Embora no cenário ideal as categorias dogmáticas fossem capazes de se adaptar a novas situações e exigências político-criminais, a realidade demonstra que a imputação de

⁹⁴ O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8, assumiu a posição a favor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o *Drittwirkung* ou efeito sobre terceiros se desenvolveu dentro do contexto da teoria do direito constitucional alemão e que exige que os tribunais apliquem os direitos fundamentais às relações horizontais.

⁹⁵SILVA- SÁNCHEZ, José María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁶SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, pp.73 e ss.

responsabilidade criminal a organizações empresariais envolve também profundos debates acerca da *mens rea*. A dogmática penal também encontra dificuldades que levaram à discussão sobre uma possível “culpabilidade corporativa” exigindo verdadeira reelaboração do elemento subjetivo da conduta. No entanto, muito antes das discussões sobre a *mens rea* na criminalidade corporativa assumirem relevância na produção científica nacional brasileira, a Suprema Corte dos EUA já renunciou o uso da responsabilidade objetiva, por exemplo, no case *United States vs. Dotterweich (1943)*⁹⁷, em que o executivo farmacêutico Joseph Dotterweich foi processado porque sua empresa supostamente comercializava medicamentos adulterados e com erros nos rótulos, violando o *Federal Food, Drug and Comestic Act* de 1938.

Na ocasião da decisão, firmou-se o entendimento de que essa condenação se inseria em uma nova interpretação da *mens rea* que dispensava a exigência convencional de conduta criminosa ou consciência de alguma transgressão, bastando a própria negligência. No interesse de um bem maior (a saúde, no caso mencionado), desloca-se o fardo sob uma pessoa, considerada inocente sob uma perspectiva individual, mas que permanece responsável por uma relação com o perigo público (*moral hazard*). Em outras oportunidades, a Suprema Corte também demonstrou a superposição do papel do direito penal como mecanismo de bem-estar social, anulando as preocupações tradicionais com a culpabilidade moral dos agentes.⁹⁸

O tratamento diferenciado da *mens rea* no que tange à criminalidade corporativa encontraria assim, fundamento nas expectativas sociais de que agentes corporativos deveriam compreender a lei e serem mais vigilantes, entendimento este que também já foi acolhido pela Suprema Corte dos EUA no case *United States vs. Park (1975)*⁹⁹, em que “as exigências de previsão e vigilância impostas aos agentes corporativos responsáveis são inquestionáveis, e talvez onerosas, mas não são mais rigorosas do que o público tem o direito de esperar daqueles que voluntariamente assumem posições de autoridade em empresas cujos serviços e produtos afetam a saúde e o bem-estar do público que os apoia.”

No que tange ao *enforcement*, investigações extraterritoriais movidas sob o fundamento do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), quanto aquelas fundadas na Lei

⁹⁷320 U.S. 277 (1943).

⁹⁸LEVIN, Benjamin, *op. cit.*, p.16.

⁹⁹421 U.S. 658, 672 (1975). (“The requirements of foresight and vigilance imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises whose services and products affect the health and well-being of the public that supports them.”)

Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) demonstram baixo impacto no que tange a modificações substanciais de governança e baixa qualidade regulatória. Sob a perspectiva de que os sistemas de cumprimento deveriam marcar um perímetro jurídico capaz de aportar certa funcionalidade à aplicação da lei penal, o que se verifica é precisamente o oposto em face de códigos de conduta reiterando compromissos retóricos e esvaziados de conteúdo propositivo.

Os desafios impostos pela criminalidade empresarial ao ordenamento jurídico-penal brasileiro conduziram à antecipação da tutela penal pelo Estado, ainda no ambiente empresarial, recorrendo à proliferação de tipos de perigo abstrato, construção da figura do garante e imposição de deveres de colaboração para lidar com omissões relevantes do direito penal. Ao mesmo tempo, a evidente dificuldade em se elaborar propostas que atendam as demandas da criminalidade corporativa com a qual o Brasil é instado a lidar também decorre de uma cultura bastante refratária à cultura de programas de *compliance* fundada em evidências empíricas e ênfase em métricas de efetividade. Conseqüentemente, os instrumentos dogmáticos dissociados das demandas reais, reduzem os programas e códigos de conduta à fachada ou simples compromissos ético-retóricos, que pouco agregam às práticas corporativas.

É possível identificar, minimamente, três principais funções associadas à culpa: elemento de demérito da moral de alguém, a função restauradora e terapêutica do reconhecimento da lesão ou dano provocado à vítima e, por fim, oportunidade de a comunidade em geral cumprir ou afirmar determinadas normas e valores.¹⁰⁰

Inobstante a funcionalidade das penas, a dificuldade em se demonstrar a culpabilidade moral no âmbito das infrações corporativas opôs também grande dificuldade, por exemplo, por ocasião da grave crise financeira de 2008. A conjuntura econômica global que se instaurou é exemplo revelador da incapacidade de punir irregularidades corporativas, a despeito de suas conseqüências trágicas e irreparáveis. A crise dos *subprimes*, em efeito dominó, quebrou grandes instituições financeiras e extinguiu quase 40% da riqueza familiar das famílias americanas de 2007 a 2010, empurrando o patrimônio líquido das famílias de volta aos níveis de 1992 e, no entanto, apesar destas estatísticas, nenhum executivo de um grande banco de Wall Street foi criminalmente acusado de desempenhar um papel relevante no colapso financeiro.¹⁰¹ Por outro lado, o preço da especulação desenfreada, má gestão e

¹⁰⁰BLAME, Susan Wolf. Italian Style, in REASONS AND RECOGNITION: ESSAYS ON THE PHILOSOPHY OF T.M. SCANLON 332, 335–43, in R. Jay Wallace, Rahul Kumar & Samuel Freeman eds., 2011.

¹⁰¹Petition, Join Occupy the SEC in Urging the Congress to Oppose H.R.A 4002, available at <https://www.petition2congress.com/ctas/join-occupy-sec-in-urging-congress-to-opposehr4002->

fraude em Wall Street ainda repercute na economia global.¹⁰²

No que tange às discussões sobre culpabilidade, a existência da *corporate guilty* se verifica, como aponta Buell quando apontamos a *British Petroleum* como responsável pelos danos massivos causados por uma broca defeituosa de Petróleo no Golfo do México ou ainda quando apontamos indústrias do setor têxtil como responsáveis pelo *dumping social* que ocorre em oficinas com mão-de-obra clandestina. Estes exemplos demonstram, portanto, que as empresas também povoam o campo da moral e ainda evidenciam que “é um fato da vida contemporânea que nossa concepção sobre responsabilidade inclui crenças sobre a responsabilidade institucional”.¹⁰³

Mesmo não ultrapassada a barreira acerca da culpabilidade empresarial, surgem outras questões práticas como, por exemplo, para onde devemos nos direcionar para provar a culpabilidade de uma corporação. Nessa perspectiva, há quem indique a existência de um *ethos* corporativo no papel de monitoramento de programas de *compliance*, objetivos corporativos, modelos de incentivo.¹⁰⁴ Modelos deste gênero buscariam então a culpabilidade corporativa a despeito da cumplicidade ou não de funcionários, concebendo a empresa como entidade capaz de receber punição por direito próprio, à parte das ações de seus representantes individuais.¹⁰⁵ Nesta perspectiva, identificar a cultura corporativa delinvente, que é a fonte da culpabilidade, exigiria um olhar mais aprofundado para as práticas corporativas que refletem a identidade da organização.¹⁰⁶ A concepção da responsabilidade penal empresarial, portanto, parece sugerir a necessidade de se compreender a ontologia própria da empresa, que não pode ser reduzida à agência individual, ignorando-se a influência formativa da organização empresarial na provocação de danos.¹⁰⁷

criminal-code. Cenário este também divulgado em diversos meios de comunicação <https://exame.abril.com.br/economia/ate-hoje-nenhum-dirigente-respondeu-na-justica-pela-criese-de-2008-nos-eua/>, <https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/14/nenhum-dirigente-respondeu-na-justica-por-criese-de-2008-nos-eua.ghtml>.

¹⁰² LEVIN, Benjamin. Mens rea Reform and its discontents. *In University of Colorado Law Legal Studies Research Paper* N° 19-20, p.32.

¹⁰³ “It is a fact of contemporary life that our conception of responsibility includes beliefs about institutional responsibility”. Acerca das discussões sobre a culpabilidade das corporações, ver: BUELL, Samuel W. *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*, 81 IND. L.J. 473,491, 2006.

¹⁰⁴ BUCY, Pamela H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 *MINNESOTA LAW REVIEW* 1095, 1138, 1991.

¹⁰⁵ Laufer também discute quatro modelos de culpabilidade corporativa que teriam o potencial de captar a culpabilidade corporativa. LAUFER, William S. Corporate Bodies and Guilty Minds, 43 *Emory Law Journal* 647, 664, 1994.

¹⁰⁶ STEWART, James G., The Turn to Corporate Criminal Liability for International Crimes: Transcending the Alien Tort Statute (February 19, 2014). 47 *New York University Journal of International Law and Politics*, 2014, p.19.

¹⁰⁷ “The notion that individuals are real, observable, flesh and blood, while corporations are legal fictions, is false. Plainly, many features of corporations are observable (their assets, factories, decision-making

Ao mesmo tempo, a utilização da responsabilização penal empresarial com a finalidade de enfrentar as falhas e inconsistências dos programas de *compliance* exige um uso confiável da lei. Este raciocínio, no entanto, possivelmente não pode ser generalizado para todos os tipos de organizações empresariais. A lógica das grandes e complexas estruturas empresariais que deliberadamente buscam moldar o comportamento individual de seus membros nem sempre se verificam em pequenas organizações empresariais, por exemplo. As peculiaridades da realidade fática dificultam assim, a demarcação normativa da simbiose entre indivíduo e corporação, de maneira que é possível afirmar que, em certas circunstâncias, apenas o pragmatismo será capaz de lidar com as contingências que apontam para uma abordagem de cultura corporativa delincente ou de criminalidade individual.¹⁰⁸

Em sentido contrário, no entanto, conforme aponta Laufer,¹⁰⁹ é possível conceber um modelo de responsabilização empresarial sem que seja necessário antropomorfizar a organização empresarial a fim de encaixá-la no sistema penal tradicionalmente orientado para indivíduos. Dessa forma, não seria necessário investir maiores perquirições acerca da ontologia da empresa enquanto ente personificável ou não.

De acordo com esta perspectiva, o fato de as empresas efetivamente existirem por meio de suas relações jurídicas firmadas com coisas (como a relação de propriedade) ou terceiros (como as relações de trabalho) seriam suficientes para permitir a imputação. Do ponto de vista pragmático, portanto, na hipótese de um dano, o objeto de questionamento recairia sobre saber se a empresa causadora do dano agiu ou não voluntariamente e na ausência de condições excludentes de responsabilidade, porque o cerne compreende a possibilidade relacional de causar um dano voluntariamente a outrem, lesionando bem jurídico tutelado pelo ordenamento e não necessariamente por ser ou não pessoa. A responsabilidade concebida por Laufer exige assim, referência a padrões de culpabilidade e não de pessoalidade.¹¹⁰ Existe, no entanto, um corpo de pesquisa empírica que demonstra uma série de razões pelas quais pode-se conceber as organizações empresariais como entidades “menos culpáveis” do que os indivíduos em si.¹¹¹

procedures), while many features of individuals are not (e.g., personality, intention, unconscious mind)." FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability, 11 *Sydney Law Review* 468, 1988.

¹⁰⁸ Acerca da história do desenvolvimento da responsabilidade penal empresarial, ver: ELKINS. *Corporations and the Criminal Law: An Uneasy Alliance*, 65 Ky. L. J. 73 (1976).

¹⁰⁹ LAUFER, William S, *op. cit.*

¹¹⁰ Em sentido contrário, Wolf aponta que uma condição indispensável para responsabilização é a capacidade de compreensão que, aparentemente envolve consciência em relação ao outro e, porque às empresas falta esta característica, não seria possível, segundo ela, responsabilizar criminalmente uma empresa.

¹¹¹ KOGUT, Tehila; RITOV, Ilana. The “Identified Victim” Effect: An Identified Group, or Just a Single

Quanto à sanção, Feinberg¹¹² identifica um elemento expressivo na punição ao observar o que distingue a punição em si das demais possibilidades de resposta a uma violação. Segundo o autor, a punição exprime culpa e condenação, já a penalidade, por exemplo, não precisaria exprimir qualquer atitude em relação a violação que não seja a de consequência pela transgressão cometida. Aponta ainda que a imposição de sanção não é punição em si, se despida de seu aspecto condenatório, porque é, acima de tudo, um elemento comunicativo. Ausente assim, o caráter condenatório, a mera penalidade nem sempre é capaz de transmitir o tipo de erro, sua gravidade e extensão.

De acordo com este ponto de vista, as sanções direcionadas especificamente a atores corporativos, por exemplo, dificilmente escapariam dos debates sobre finalidades e fundamentos da sanção, tendo em vista a necessidade do elemento condenatório. Os questionamentos sugerem ainda uma maior reflexão sobre a necessidade e extensão da punição a organizações empresariais, de maneira a evidenciar o desafio de punir determinadas empresas sem incapacitá-las de todo modo para quaisquer atividades e, ao mesmo tempo, não conduzir procedimentos que acarretem uma sub-punição (*under-punishment*) desacompanhada de maiores repercussões.

2. REGULAÇÃO E COMPLIANCE DE DIREITOS HUMANOS

2.1 O histórico do protagonismo corporativo

A realocação da produção nas cadeias corporativas tem sido acompanhada por uma radical reestruturação das práticas corporativas nas formas de subcontratação e terceirização. Corporações transnacionais não são mais proprietárias das indústrias nas quais seus produtos são feitos. Com a globalização, houve uma reorganização da economia mundial acompanhada da internacionalização da produção e das relações de trabalho. Nesse sentido, as mudanças advindas da reestruturação do capital foram marcadas pela introdução de novas tecnologias, novas exigências de mercado que favoreceram um sistema de produção descentralizado e deslocalizado pelo mundo todo. A precarização das formas de contratação e gerenciamento da força de trabalho extrapolam a esfera da produção e se expandem assim, para todas as relações sociais.

O clássico sistema de propriedade e controle empresarial está sendo substituído por um sistema mais complexo e diferenciado de produção triangular, no qual há uma separação

Individual?, 18 J. BEHAV. DECISION MAKING 157, 2005.

¹¹²FEINBERG, Joel. *Harmless Wrogndoing*. Oxford University Press, pp.149-150.

entre a propriedade (*ownership*) e o controle (*control*) da empresa.¹¹³ As instalações de produção são de propriedade e operada por terceiros, muitas vezes com sede em países subdesenvolvidos, de forma que a organização empresarial mantém seu controle direto sobre operações relacionadas à geração de consumo, como design, pesquisa, marketing, propaganda e outras formas de comunicação promocional aonde o processo de agregação de valor é maior. O efeito deste sistema triangular é que as cadeias de produção se tornam mais extensas e isto intensifica as pressões de custo como mais elos da cadeia resultam em mais pontos capazes de gerar lucro.

Do ponto de vista histórico, desde os anos 90 praticamente todos os países industrializados forneceram uma base para a multiplicação de multinacionais que rapidamente se tornaram a principal forma de organização responsável pela troca internacional de bens e serviços.¹¹⁴ Nesse ritmo de crescimento, as empresas transnacionais alcançaram posição surpreendente na economia global, superando várias economias nacionais.

No entanto, uma série de problemas e obstáculos cercam os juízos em face de empresas privadas. Primeiramente, trata-se de litigar contra organizações que, a exemplo de multi e transnacionais, dispõem de enormes recursos econômicos e poder considerável não somente sobre a economia de um Estado, mas sobre o próprio mercado internacional. Em matéria normativa, os tratados e princípios que estabelecem diretrizes úteis com potencial para impedir a violação de direitos humanos se dirigem ao plano interno dos Estados. Considerando, contudo, que as empresas privadas, ainda que transnacionais, não detêm capacidade jurídica para celebrar tratados ou acordos, fica difícil inclusive estabelecer obrigações internacionais se o próprio Estado que as sedia não zela pelo cumprimento das obrigações assumidas em matéria de direitos humanos.¹¹⁵

¹¹³ BOWEN, H.R. Why are businessmen concerned about their social responsibilities? In: GOND, Jean-Pascal; MOON, Jeremy (org). *Corporation social responsibility: critical perspectives on business and management*. Routledge, 2012, pp.56-74.

¹¹⁴ VERNON, Raymond. *Transnational Corporations: Where are They Coming From, Where are They Headed?*, 1 TRANSNAT'L CORPS. 7, 10, 1992.

¹¹⁵ O reconhecimento histórico da soberania como qualidade essencial do Estado seria uma das razões pelas quais há uma certa resistência da doutrina à concessão do *status* de sujeito de direito internacional às empresas transnacionais. Nessa perspectiva, a deslocalização de atividades econômicas, por vezes, é vista com desconfiança pelo Estado, pois a lógica empresarial de maximização do rendimento de capital nem sempre traz consigo um aporte de vantagens que supere as desvantagens de ordem ambiental, social e mesmo econômica. A exploração de recursos naturais, degradação das condições de trabalho, poluição do meio ambiente são alguns dos grandes problemas apontados como malefícios. Outra grande barreira à atribuição de capacidade jurídica internacional às corporações envolve a alta concentração de poder econômico que elas detêm em alguns mercados como o petrolífero, informático, de armamentos, acompanhada do artifício de “preços de transferência” (*transfer prices*) que não refletem o verdadeiro custo nas trocas comerciais. A origem das resistências à atribuição desse *status* às empresas transnacionais se encontra, possivelmente, no êxito do modelo

A legitimação para atuar nas Cortes Internacionais também é restrita. A Corte Internacional de Justiça, por exemplo, só é acessível aos Estados, os quais podem formular denúncias apenas em face de outros Estados. Perante o Tribunal Penal Internacional, criado em 1998, apenas pessoas físicas podem ser denunciadas, o que exclui as empresas por violações de Direito Humanos. Perante Tribunais Regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, as denúncias se limitam aos Estados que permitem ou toleram atividades de empresas transnacionais violadoras de Direitos Humanos.

Embora reconhecidamente haja um grande número de tratados internacionais com a finalidade de promover os direitos humanos, em matéria internacional, contudo, pode-se dizer que eles estão sujeitos ao consentimento dos Estados. Se nas situações corriqueiras os argumentos jurídicos têm base coercitiva, em relação aos Estados essa lógica nem sempre funciona. Isto é, não há como ameaçar o Estado a uma jurisdição, porque, em geral, elas são voluntárias e dependem da sua aceitação e consentimento. E mesmo que ele as aceitasse, não haveria como impor a condenação, uma vez que não há no plano internacional, organismo com jurisdição compulsória capaz de executar as sanções, de forma que a maioria das condenações têm, via de regra, apenas um reflexo político.

Percebe-se assim, que há uma vulnerabilidade dos mecanismos de responsabilidade internacional no tocante a eventual imposição de sanções a organizações empresariais. Embora essa arquitetura do direito internacional seja importante para influenciar conferências e fóruns internacionais, os tratados internacionais, não são elaborados para influenciar por meio da coerção. Esse tipo de acordo, da forma para a qual foi concebido, carece, portanto, de rigidez suficiente para assegurar a prevenção às violações de direitos humanos no ambiente empresarial.¹¹⁶

Um grande gargalo também se mostra em matéria de responsabilidade internacional. O Estado tem o dever de garantir um *standard* mínimo de direitos humanos no tratamento aos seus nacionais e estrangeiros.¹¹⁷ Todavia, na perspectiva internacionalista, o único

produtivo adotado por elas, culminando não somente na concentração de poder econômico, mas também político em face dos Estados. CASSESE, Antonio. *International Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, p.134.

¹¹⁶ As sanções pelo descumprimento de um tratado podem ser ineficientes se não há a solução da controvérsia coletiva na sua origem. Isto porque o *enforcement* depende, em grande medida, da reciprocidade existente entre os atores internacionais. No caso dos regimes de direitos humanos, há um descrédito reforçado pela baixa capacidade de *enforcement* tanto no plano interno, quanto internacional. Retirado de: SIMMONS, Beth Ann. Treaty Compliance and Violation. *Annual Review of Political Science*, v.13, n.1, 2010, pp. 273-296.

¹¹⁷ Após a II Guerra Mundial, o princípio da proteção e respeito aos direitos humanos surgiu atrelado à nova fase de desenvolvimento pela qual passava a comunidade internacional. A adoção da Carta das Nações Unidas e as subsequentes Convenções de Direitos Humanos de 1966 causaram tamanho impacto no plano internacional

sujeito que pode proteger seu nacional pelos prejuízos que sofreu é o próprio Estado. Logo, o Brasil, por exemplo, não pode questionar violação de direitos humanos provocados por uma empresa americana em território congolês. Isso porque, precipuamente, as relações em direito internacional se dão de forma bilateral. A responsabilização é ainda mais improvável assim quando o próprio Estado é o sujeito violador de direitos humanos.

Nesse sentido, a abordagem centrada nos Estados para a regulação da conduta de empresas num mundo globalizado parece ser limitada. No âmbito da criminalidade econômica, o cenário das violações se traduz em instabilidades normativas e déficits de regulação em face das empresas, considerando-se seu poder econômico no cenário internacional.

Outro efeito significativo do crescente escopo político e econômico das corporações tem sido chamado de “soberania corporativa”, alcançada com a benevolência ou cooperação de Estados para um agencia empresarial transnacional para desregulamentação e operação desimpedida através das fronteiras nacionais.¹¹⁸ É no contexto da expansão a soberania corporativa que a ética negocial tem se destacado como um modelo de autorregulação, permitindo à organização empresarial definir suas próprias responsabilidades em função de sua agenda de interesses, que nem sempre se coadunam com a tutela dos direitos humanos.

O relatório *Human Rights Due Diligence: The Role of States*,¹¹⁹ de dezembro de 2012, também estabelece que em sistemas jurídicos nacionais e, nos termos do direito internacional dos direitos humanos, a responsabilidade de empresas para conduzir programas de verificação intensiva de direitos humanos (*human rights due diligence*) não se esgota no limite da firma individual. A justificativa para estender o alcance dos mecanismos de *deterrence* (intimidação) é baseada no reconhecimento de que a atividade empresarial contemporânea se baseia em relações de negócios integrados capazes de atravessar as fronteiras nacionais e organizacionais.¹²⁰ O sistema americano dispõe, por exemplo, do ATCA (Ato das Reclamações Civis Estrangeiras). Trata-se de lei com efeitos extraterritoriais

que, ao menos perante a comunidade de sujeitos internacionais, nenhum Estado desafia a noção de que os direitos humanos devem ser respeitados no mundo inteiro. Retirado de: CASSESE, Antonio, *op. cit.*, pp.59-60.

¹¹⁸ HASSAN, R. Reflections on foreign direct investment and development with reference to Non-Governmental Organizations and Corporate Social Responsibility, *Critical Sociology*, 39(1), 2010, pp. 37-73.

¹¹⁹ Esse relatório lançado pela ICAR (International Corporate Accountability Roundtable), CNCA (Canadian Network on Corporate Accountability) e ECCJ (European Coalition for Corporate Justice) resultou de consultas com advogados e acadêmicos de todo o mundo sobre a forma como os Estados já usam regulamentos de *due diligence* para garantir o cumprimento dos direitos humanos pelas empresas.

¹²⁰ O fenômeno da internacionalização do direito penal em matéria de conflitos transfronteiriços (*crossborder conflicts*) foi relativamente tardio, considerando-se que a soberania se manifesta de forma mais intensa do que outras normas jurídicas no plano internacional. MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. 34 ed., São Paulo: Edusp, 2004, p.25.

promulgada em 1789, que vigora até hoje e tem sido uma das ferramentas mais utilizadas a fim de buscar a responsabilização de empresas transnacionais com sedes nos Estados Unidos. Essa norma tem como objeto violações das “leis das nações” que, numa interpretação sistêmica, vem permitindo uma ampliação do seu sentido para incluir a proteção também aos direitos humanos.

Compreende assim, um instrumento de natureza extraterritorial para processar, nos tribunais locais norte-americanos, agentes governamentais e também atores privados por violações a esses direitos ocorridas em outros países. A responsabilização possível de ser alcançada é, no entanto, apenas pecuniária.¹²¹

As atividades de empresas transnacionais têm levado os Estados a buscar fórmulas jurídicas capazes de sustentar suas pretensões de controle do complexo empresarial, frequentemente de caráter multinacional. E os Estados adotam diferentes abordagens, que vão desde medidas nacionais com implicações extraterritoriais- como a exigência de que as filiais de uma empresa no exterior reportem sua política e os impactos sobre direitos humanos- até propostas de legislação e execução de natureza extraterritorial, incluindo aqui as normas penais, que permitem ingressar com ações com base na nacionalidade, independentemente aonde tenha ocorrido a violação.¹²²

O desenvolvimento de legislações penais extraterritoriais representa, portanto, um significativo esforço neste sentido, embora a maneira pela qual uma entidade empresarial possa ser responsabilizada por um crime varia conforme a jurisdição em que ela opera.¹²³ Como a dimensão extraterritorial do dever do Estado de proteger direitos humanos, conforme o relatório de 2009 do Secretário John Ruggie, ainda é incerta no direito internacional, os relatórios da ONU preferem enfatizar mais as obrigações dos Estados de proteção dos direitos humanos nas suas relações internacionais.¹²⁴

As normas internacionais de direitos humanos não exigem que os Estados interfiram nas atividades extraterritoriais de empresas domiciliadas em sua jurisdição, no entanto, também não há qualquer proibição.¹²⁵ Os documentos internacionais, como os Princípios

¹²¹ PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *Empresas Transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização*. Curitiba: Terra de Direitos, 2009, p.26.

¹²² ONU. Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, 2011, Comentários ao Princípio nº 2.

¹²³ JONGE, Alice de. *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*. Edward Elgar, 2011, p.128.

¹²⁴ Human Rights Council. *Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and Human Rights Council. Business and Human Rights: Towards Operationalizing the “Protect, Respect and*

¹²⁵ ONU. Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, 2011, Comentários ao Princípio nº 2.

Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, não utilizam a expressão “obrigação legal”, limitando-se a sugerir que os Estados deveriam, na medida de sua participação ou apoio a alguma empresa sediada em seu território, adotar algumas medidas que garantissem o cumprimento de direitos humanos por parte do ator privado.¹³⁰ Por outro lado, também se nota que enquanto os Estados têm se utilizado da jurisdição extraterritorial em domínios relacionados à corrupção, lavagem de dinheiro e antitruste, o mesmo não ocorre com tamanha naturalidade e fluidez em matéria de direitos humanos e empresas.¹²⁶

A conformidade, no entanto, está cada vez mais se estabelecendo como requisito fundamental para prevenir a responsabilidade corporativa. Em geral, a evolução dogmática em áreas como corrupção, lavagem de dinheiro e crimes fiscais está gradualmente se estendendo à proteção dos direitos humanos.

Inobstante a abertura semântica dos Princípios Orientadores, é possível notar que seu texto deixa em aberto ao Estados o dever de garantir que as empresas cumpram suas obrigações e nesse campo é que se concebe a possibilidade de utilizar a via do direito penal. Apesar da limitação do escopo e jurisdição dos tribunais internacionais descritos, a possível aplicação de sanções a empresas por cortes penais internacionais oferece um valor agregado por conta de sua posição supranacional, comunicando o julgamento de um modo mais expressivo. Também ciente da limitação e ausência de uma autoridade de acusação criminal transnacional, parece razoável o caminho de incremento do direito penal nacional ou ainda de inclusão de infrações penais capazes de abranger violações ocorridas ao longo da cadeia produtiva da corporação dentro do rol de crimes internacionais.

2.2 A da dimensão social da empresa e gestão empresarial de riscos

Principalmente após a segunda Guerra Mundial e intensificando-se nas décadas de 1960 e 1970, a abordagem da dimensão moral empresarial veio a se tornar uma perspectiva conhecida como responsabilidade social corporativa. Essa dimensão da responsabilidade veio de encontro à própria concepção neoliberal da Escola de Chicago, traduzida na histórica concepção de Milton Friedman de que “a responsabilidade social da empresa é produzir lucros”.¹²⁷

A década de 1980 assistiu à uma mudança significativa da intervenção estatal em

¹²⁶ SRSR, 2010 Report, n.3, §46.

¹²⁷ FRIEDMAN, Milton. The social responsibility of business is to increase its profits. In: DONALDSON, Thomas; WERHANE, Patricia (Org.). *Ethical issues in business*. 8. ed. New Jersey: Pearson, 2008. p. 33-39.

países desenvolvidos e em desenvolvimento. O aumento da mobilidade do capital permitiu às corporações explorar as diferenças regulatórias entre os Estados, relocando ou ameaçando realocar suas instalações de produção em países com mais regimes favoráveis, um fenômeno que tem sido referido como "arbitragem regulatória" (*regulatory arbitrage*)¹²⁸

Essas tendências foram refletidas nas políticas dos países em desenvolvimento em direção às transnacionais, que mudaram drasticamente da regulação de suas atividades para uma intensa competição para atrair investimentos estrangeiros diretos (IED). Nos anos 90, o apogeu das políticas neoliberais passou no Norte, e as corporações começaram a atrair críticas por suas práticas ambientais e trabalhistas globais. O crescimento das "cadeias de valor" globais (*global supply chains*), em que os compradores do norte controlam uma rede de fornecedores no Sul, levou a pedidos para que eles assumissem a responsabilidade não só para aspectos como qualidade e datas de entrega, mas também para condições de trabalho e impactos ambientais.

O desenvolvimento nas comunicações globais, que permitiram às empresas controlar as atividades de produção em uma escala cada vez maior, também facilitaram a transmissão internacional de informações sobre as condições de trabalho em seus fornecedores no exterior, contribuindo para aumentar a conscientização pública e facilitar as atividades de campanha.¹²⁹ O maior escrutínio público da sociedade civil acerca do mau comportamento empresarial, que serve como indutor e instrumento que pressiona as empresas a agirem com responsabilidade tem sido chamado de "efeito holofote" ou *spotlight effect*.¹³⁰

A posição central das corporações na economia global também tem feito dessas organizações os principais atores que se engajaram com formulações como a responsabilidade social corporativa (*Corporate Social Responsibility* ou *CSR*), da qual derivam conceitos como a "boa cidadania corporativa" (*good corporate citizenship*) que, no entanto, parecem pouco acrescentar à implementação da ética nas práticas empresariais da forma que vêm sendo implementadas. Ao mesmo tempo, conforme expõe Adán Nieto, também não parecem ser suficientes para sozinhas, dar conta dos efeitos negativos da atividade empresarial.¹³¹ Há, em realidade, uma deficiência básica na identificação da real necessidade de programas de *compliance*, do perfil dos ofensores, das reais dimensões dos

¹²⁸ DICKEN, P. *Global shift*, 4th edn. London: Sage, 2004, p. 277.

¹²⁹ Este foi denominado efeito holofote, conforme D. L. Spar: 'The spotlight and the bottom line: how multinationals export human rights', *Foreign Affairs* 77: 2, 1998, pp. 7–12.

¹³⁰ ADEYEYE, Adefolake O. *Corporate social responsibility of multinational corporations in developing countries: perspectives on anti-corruption*. Cambridge University Press, 2012, p.25.

¹³¹ NÍETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento penal em la empresa*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015, p.40.

danos e possibilidades de restauração. Tendo em vista o panorama exposto, é pertinente o questionamento sobre as legítimas expectativas quanto à possibilidade de organizações empresariais assumirem obrigações para de seus papéis econômicos convencionais, tornando-se ativos participantes no processo promoção de direitos humanos.

Entender o papel que estes atores não-estatais desempenham do ponto de vista social e ambiental requer também investigações sobre as diferentes maneiras pelas quais as empresas se relacionam com os impactos sociais e ambientais negativos do ponto de vista da causa e das vítimas. Além de seu papel tradicional enquanto agentes econômicos, conceber a organização empresarial como um agente promotor de direitos também implica considerar que além da natureza lucrativa, existe também uma responsabilidade atrelada a prevenção e redução das desigualdades. A própria concepção dos processos de vitimização corporativa no âmbito empresarial revigora o processo de responsabilização empresarial, permitindo implementar um maior nível de proteção de direitos humanos.¹³²

Apesar das tentativas de formular definições, não há um consenso sobre o que faria parte da responsabilidade social corporativa, refletindo em um debate fundamental sobre o papel da empresa privada na sociedade. Essa confusão permanece quando traduzida em políticas de desenvolvimento, onde o consenso também é deficiente quanto às maneiras de medir, definir e sobretudo combater a pobreza.¹³³ Enquanto várias teorias da responsabilidade corporativa foram propostas, na realidade, o escopo da responsabilidade em si é definido ou negociado dentro das narrativas da política econômica predominante. Apesar das diversas formulações, a retórica da responsabilidade social corporativa não conseguiu produzir até o momento uma sensível mudança.

A análise e *know-how* de outras disciplinas acerca do relacionamento das empresas com a sociedade não é amplamente absorvida pela teoria da responsabilidade social corporativa, basta considerar, por exemplo, que embora exista um corpo teórico sólido acerca da relação entre negócios e desenvolvimento internacional, bem como o imperialismo corporativo e sua influência sobre Estados coloniais que se tornaram independentes recentemente, estas discussões não influenciaram significativamente as discussões sobre a relação entre responsabilidade corporativa, pobreza e desenvolvimento.¹³⁴

¹³² SAAD-DINIZ, Eduardo. Cumprimento normativo, criminologia e repsonsabilidade penal das pessoas jurídicas. In NIETO MARTÍN, Adán. [et. al]. Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, p.126.

¹³³ NEWELL, Peter; FRYNAS, Jedrzej George. Beyond CSR? Business, poverty and social justice: an introduction. *Third World Quarterly*, Vol. 28, No. 4, 2007, pp. 669 – 681.

¹³⁴ *Ibidem*.

Há exceções como John Ruggie que, fortemente influenciado pelas discussões da nova Sociologia Econômica de Karl Polanyi por meio do conceito de *embeddedness*, discute que o fato de a economia e seus agentes estarem submersos nas relações sociais, não pode, portanto, constituir uma esfera desvinculada e autônoma em relação a sociedade¹³⁵. Sendo as ações econômicas dos indivíduos inseridas em relações sociais estaria justificada assim a responsabilidade destes agentes em face dos direitos humanos.

A concepção de uma ética negocial democrática (*democratic business ethics*) contesta essa forma de soberania corporativa por meio de formas de dissensão e resistência originadas na sociedade civil. O escândalo das emissões de gases poluentes “Dieselgate” da Volkswagen em 2015 também demonstrou como as práticas organizacionais estabelecidas a título de ética negocial ou *business ethics*, sem envolvimento dos *stakeholders*, não impedem e inclusive podem servir até mesmo para permitir a busca desenfreada pelo interesse próprio da empresa por meio de conspirações organizadas em grande escala envolvendo mentiras, fraudes e ilegalidade, mesmo em face de empresas com reputações aparentemente inabaláveis.¹³⁶

No que tange ao papel social desempenhado por organizações empresariais, não há consenso sobre a existência de quais papéis seriam atribuíveis a corporações. Dentro da comunidade empresarial, a noção de que existe potencial lucrativo aguardando empresários que direcionam seus serviços para a “base da pirâmide” de consumo tornou-se muito influente. Prahalad¹³⁷ sustenta, por exemplo, o uso de tecnologias a fim de produzir e oferecer bens e serviços acessíveis a países subdesenvolvidos como uma estratégia para ajudar a reduzir a pobreza e obter lucros ao mesmo tempo. Por outro lado, esse tipo de iniciativa não tem grande compromisso com responsabilidades ambientais e sociais mais amplas, com um foco preciso em estratégias *win-win*.

Embora haja assim, uma dissonância acerca do papel social das empresas, a busca por soluções sofisticadas confere apoio à ideia de que o incentivo ao desenvolvimento e redução de desigualdades ocorre por meio do engajamento corporativo enquanto empregador, investidor, assumindo posições ativas e não por meio de atos de filantropia, adesão a códigos de conduta ou padrões internacionalmente impostos. É no gerenciamento

¹³⁵ MACHADO, Nuno Miguel Cardoso. Karl Polanyi e a Nova Sociologia Económica: Notas sobre o conceito de *(dis)embeddedness*. In Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 90, 2010.

¹³⁶ RHODES, Carl. Democratic business ethics: Volkswagen’s emissions scandal and the disruption of corporate sovereignty. *Organization Studies* 37(10), 2016, pp.1501 a 1518.

¹³⁷ PRAHALAD, C.K. *The fortune at the bottom of the pyramid: eradicating poverty through profits*. Wharton School Publishing, 2005.

e tomada de decisões cotidianas da empresa que os ganhos de desenvolvimento são percebidos e não por meio de iniciativas isoladas e discretas das organizações empresariais.

A despeito do slogan “*too big to fail*”¹³⁸, deve-se alertar para o fato de que as implicações acidentais e externalidades negativas do fracasso corporativo não são uma constante em todos os ramos empresariais. Organizações internacionais como a ONU e o Banco Mundial acataram a ideia de que práticas socialmente responsáveis induzem um crescimento do setor privado mais inclusivo, equitativo e redutor da pobreza.¹³⁹ Precisamente diante das peculiaridades da realidade fática, ao se definir decisões normativas categóricas que abrangem, ao mesmo tempo, empresas familiares e grandes conglomerados empresariais é preciso fazer distinções sensíveis ao contexto, sob pena de se inviabilizar ou ainda incapacitar o desenvolvimento de determinados empreendimentos empresariais desnecessariamente.

No que tange à governança pública, embora esta seja aceita como instrumento efetivo para aliviar a pobreza, ainda persiste o questionamento sobre se este raciocínio também se aplica em relação às organizações empresariais. Isto porque, as empresas têm desempenhado um crescente papel no processo de desregulamentação, com o subsequente surgimento de um sistema regulatório altamente inclinado para a proteção do capital e ativos corporativos.¹⁴⁰ Neste tema se envolvem questões como a captura regulatória pelo setor privado e as abordagens *multistakeholder* com novos padrões de monitoramento *benchmarking* que buscam identificar as melhores referências e práticas desenvolvidas pela concorrência.

A redução dos custos de agência é talvez um dos principais desafios da governança corporativa. Embora as práticas de governança corporativa tenham recebido um reconhecimento e aceitação mundiais, não existe um único código adequado para as diferentes estruturas organizacionais. O investimento em conformidade como *due diligence* organizacional muitas vezes assume o papel de precificar as possíveis sanções que o investimento em conformidade corporativa é capaz de evitar. Salvador Netto¹⁴¹ aponta, neste contexto, a disfuncionalidade de programas de conformidade que, a princípio, derivaram de

¹³⁸Em referência à análise acerca de grandes organizações empresariais que, em momentos críticos, são capazes de provocar um onda de crises de maneira a atingir o próprio sistema financeiro. Ver: SORKIN, Andrew Ross. *Too big to fail*. Penguin Books: Australia, 2010

¹³⁹ NEWELL, Peter; FRYNAS, Jędrzej George, *op. cit.*

¹⁴⁰ GRAHAM, D; WOODS, N. Making corporate self-regulation effective in developing countries. *In World Development*, Vol. 34, No. 5, pp.868-883, 2006.

¹⁴¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Thomson Reuters: São Paulo, 2018, pp.216-217.

uma aproximação entre os sistemas de *civil law* e *common law* e buscavam mitigar a desigualdades entre os *players* de mercado.

A introdução da devida diligência em direitos humanos (*human rights due diligence*) surgiu como tentativa de endurecer a conformidade com as expectativas de cumprimento de direitos humanos. Compreende instrumento cuja implementação envolve uma responsabilidade compartilhada entre os Estados e as empresas. Do ponto de vista internacional, a *due diligence* foi abordada pelos Princípios Orientadores como um mecanismo que auxiliar as empresas a cumprir *standards* mínimos de direitos.

Pode-se dizer, portanto, que os programas de *due diligence* contêm, ao menos, quatro elementos principais: a avaliação dos impactos adversos da atividade empresarial sobre os direitos humanos, a integração dos resultados internamente a fim de estabelecer protocolos de prevenção e mitigação, acompanhamento da eficácia das estratégias adotadas e a comunicação pública e transparente da gestão de riscos.

Uma característica fundamental que distingue as diligências de direitos humanos de qualquer outra espécie de *due diligence* no ambiente empresarial é a sua natureza contínua, além de se concentrar muito mais nos riscos que a empresa impõe aos outros, em oposição aos riscos para a empresa em si.¹⁴²

No entanto, apesar da proliferação dos debates acerca do papel da *due diligence*, sua implementação prática ainda padece de baixa adoção. Um relatório de 2017 da *Corporate Human Rights Benchmark* que acompanha cerca de 98 empresas de capital aberto dos setores agropecuário, vestuário e extrativismo constatou que apenas um terço delas havia tentado identificar riscos associados a violações de direitos humanos e delas, apenas 2% das empresas comunicou publicamente seus resultados.¹⁴³

O baixo progresso pode, em parte, ser atribuído à natureza não vinculante das exigências de *due diligence*, tanto a nível internacional, quanto doméstico. O respeito aos direitos humanos poderia assim, ser concebido tanto mediante incentivos positivos- a conformidade como requisitos para contratações públicas, por exemplo- quanto por meio de impedimentos negativos- como multas e responsabilização penal. Os baixos níveis de conformidade até agora, apenas com base em incentivos positivos também demonstram a necessidade de diversificação da gama de instrumentos, a fim de incorporar incentivos legais

¹⁴² MCCORQUODALE, R.; BONNITCHA, J. The concept of “Due Diligence” in the UN guiding principles on business and human rights. *European Journal of International Law*, v. 28, 2017.

¹⁴³ CORPORATE HUMAN RIGHTS BENCHMARK. *Key Findings 2017*. 2017. Disponível em: <<https://www.corporatebenchmark.org/>>.

e penalidades, como a própria responsabilização penal.

Em termos de iniciativas domésticas, até o momento, predominam nas legislações nacionais normas setoriais para tratar de riscos específicos dentro de alguns segmentos empresariais. Exemplo disto é a *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010 que exige que a empresa indique ou não se estabelecia certos controles com a finalidade de evitar a escravidão e tráfico de pessoas. Esse ato de *disclosure* exige das empresas maior transparência, buscando orientá-las sobre o caminho para a conformidade.¹⁴⁴

O que é fundamental, acima da conformidade estética ou processual, é encorajar um movimento de cumprimento substancial de direitos humanos. Para tanto, parece ser necessário, no mínimo, incorporar orientações claras e detalhadas acerca dos requisitos de divulgação das diligências, exigir colaboração de *stakeholders*, prever mecanismo de conformidade a fim de acoplar as diligências com a responsabilização empresarial.

A informação detalhada permite assim, aos reguladores avaliar se aquele modelo regulatório está funcionando ou necessita de adaptações. Ao mesmo tempo, é preciso que haja orientações claras sobre a elaboração destas informações inclusive a fim de permitir uma produção de relatórios consistentes e passíveis de comparação entre si.

2.3 Instrumentos de *soft law* e *hard law* e a falsa oposição

A expectativa de constituição de uma agenda sobre a responsabilidade das empresas em matéria direitos humanos pela Organização das Nações Unidas foi direcionada, em 2005, para o mandato do Representante Especial do Secretário Geral para Empresas e Direitos Humanos (RESG).¹⁴⁵ Naquela ocasião, o Secretário-Geral Kofi Annan designou para o mandato o professor John Ruggie que, desde então, veio tentando assegurar uma base normativa obrigatória que efetivamente vinculasse as empresas ao cumprimento (proteção, respeito e garantia) dos direitos humanos.¹⁴⁶

Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos das ONU aprovou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, como resultado do trabalho desenvolvido

¹⁴⁴ O *Supply Chain Act* não impõe, porém exige que as empresas relatem se adotam medidas como a verificação externa de sua cadeia produtiva, quais os critérios de risco utilizados para contratação de fornecedores e qual a frequência e forma de condução de inspeções e auditorias.

¹⁴⁵ No original, UN Secretary General's Special Representative on Business and Human Rights (SRSG). Todos os documentos relativos ao Mandato do Representante Especial da ONU para Empresas e Direitos Humanos encontram-se disponíveis no site do Centro de Informação sobre Empresas e Direitos Humanos: <www.business-humanrights.org>.

¹⁴⁶ Human Rights Council. Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, SRSG, 2008 Framework.

pelo Representante Especial sobre Empresas e Direitos Humanos (SRSG) John Ruggie. Na ocasião, o documento elaborado ressaltou a expectativa de cumprimento de uma responsabilidade corporativa que respeitasse os direitos humanos por parte de todas as empresas.¹⁴⁷ A responsabilidade de respeitar direitos baseados em uma expectativa social, no entanto, revela como essa aproximação com o relacionamento entre as empresas e os direitos humanos pode apenas reforçar a noção de que as empresas são encorajadas, mas não obrigadas a respeitar *standards* mínimos de direitos humanos.¹⁴⁸

A autorregulação empresarial associada à capacidade de deslocalização de grandes organizações empresariais privadas assumiu grande protagonismo na reformulação de modelos institucionais e formatação da liberdade de ação no ambiente empresarial. Nos últimos anos, inúmeras foram as tentativas empreendidas no sentido de regular o impacto e as externalidades negativas da atividade empresarial em diversos setores.

Apesar da utilização de uma série de estratégias, grande parte delas se orientou por mecanismos de *soft law*, seja para prevenir ou ainda para monitorar as violações no âmbito corporativo. Embora a natureza da *soft law* tenha contornos ainda imprecisos, pode-se dizer que compreende uma nova modalidade normativa, de caráter mais flexível que emerge em um contexto de progressiva interdependência e necessidade de cooperação entre Estados.¹⁴⁹ Não há uma definição exata do que seria *soft law* e, ainda menos, das diferenças determinantes entre *soft law* e *hard law*. No contexto do direito internacional, contudo, esse conceito abarca outros instrumentos internacionais, para além do tratado, que contêm princípios, normas e padrões de um comportamento esperado, isto é, sem caráter vinculativo.

No âmbito corporativo, pode incluir até mesmo códigos de conduta desenvolvidos por *stakeholders* com a finalidade de prevenir violações de direitos. Há ainda quem inclua alguns tratados como *soft law*, quando por exemplo, ele contenha obrigações de cunho mais indicativo (*soft obligations*). É o caso de obrigações estabelecidas por tratados internacionais sobre o meio ambiente que envolvam esforços das partes em cooperar para o alcance de

¹⁴⁷ A responsabilidade corporativa envolveria o dever de evitar infringir os direitos humanos, bem como rever os efeitos adversos que suas atividades poderiam causar sobre esses direitos. Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*.

¹⁴⁸ NOLAN, Justine. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 138-139.

¹⁴⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Juspodium, 2019, p. 74.

determinadas metas ambientais.¹⁵⁰ O que se pode afirmar assim, é que essa diferenciação entre *soft law* e *hard law* não é binária, embora a definição mais comumente usada se refira ao binarismo não vinculante/vinculante.

De certa forma, estratégias de *soft law* tendem a incorporar elementos de governança que, diferente da *hard law*, não enfraquecem os governos, sem abrir mão dos desafios de regulação e alinhamento de comportamentos empresariais a normativas internacionais. Além disso, a opção pela abordagem via *soft law* envolve também menores “custos de soberania” para os Estados, maior flexibilidade para lidar com horizontes de incertezas, bem como uma oportunidade de se aprofundar a cooperação,¹⁵¹ em vez de reforçar apenas a preocupação com o *enforcement*.¹⁵² Se em matéria de corrupção, por exemplo, existe uma possibilidade de redução de custos de transação associada a tutela de interesses regulatórios, no que tange aos direitos humanos, existem custos cuja implicação envolve também consequência sobre a competitividade de Estados e organizações empresariais.

Se considerado, por exemplo, o *dumping* social nas relações de trabalho da China, cuja economia se consolidou em face de uma história de exploração e precarização das condições de trabalho, a imposição de padrões de conduta empresariais com *standards* mínimos das condições de trabalho envolveria um alto custo de soberania para um país cujo potencial se distingue precisamente pelo uso de mão-de-obra barata.

No que concerne ao modo de elaboração, instrumentos com caráter de *soft law* são geralmente mais fáceis de serem elaborados, menos onerosos política e financeiramente e mais úteis quando os Estados se mostram incertos sobre o que eles realmente são capazes de implementar. Torna-se mais fácil, portanto, obter consenso na elaboração de documentos quando eles estabelecem compromissos dessa natureza. É nesse sentido que os princípios orientadores da ONU reforçam ainda mais a responsabilidade pelo respeito de direitos humanos como uma expectativa social de comportamento do que uma obrigação legal, isto é, uma obrigação de *comply with the law*. A natureza informal dos compromissos de *soft law* permite abarcar um maior número de participantes (incluindo atores não-estatais), o que seria

¹⁵⁰ Haveria então desde tratados com obrigações não vinculantes (*legal soft law or legal complicity*) até resoluções voluntárias e códigos de conduta formulados e aceitos por organizações internacionais (*non-legal soft law or non-legal complicity*). CHINKIN, C.M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989.

¹⁵¹ Kagan, Gunningham e Thornton ressaltaram que as pesquisas sociológicas têm demonstrado que o *compliance* dentro de empresas reguladas é construído socialmente, algumas vezes por meio do diálogo com autoridades regulatórias. Os autores concluem que a regulação efetiva, portanto, exige uma cooperação ainda maior do que o monitoramento do governo ou medidas legais de coerção. HODGES, Christopher, p.34.

¹⁵² SCHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. Hard vs. Soft law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, n.94, 2010, p.719.

muito mais complicado, na hipótese de *hard law*.¹⁵³ Nessa perspectiva, estratégias de *soft law* poderiam ser usadas para desenvolver e testar novos mecanismos de responsabilização, sendo então precursora do *hard law*.¹⁵⁴

Em consonância a uma tendência mundial de regulamentações mais flexíveis e novos instrumentos para implementar a legislação internacional em nível corporativo se desenvolveram diversas iniciativas de *soft law* e mecanismos de reclamação que buscam definir e tratar a responsabilidade das empresas em face dos direitos humanos nas cadeias de valor.

A natureza vinculante ou não do *soft law*, no entanto, é bastante discutível. Pode-se dizer que o desenvolvimento de instrumentos de *soft law* no campo de direitos humanos cria, no mínimo, padrões de condutas esperadas que, apesar de não serem diretamente vinculantes ou impositivas, podem ter um valor normativo na medida em que prescrevem padrões de comportamento esperado. Robert Blitt,¹⁵⁵ sob uma perspectiva bastante otimista, sugere que as *soft norms*, de caráter não vinculativo, tendem a se desenvolver e incorporar maior força normativa a ponto de gerarem, no futuro, possíveis sanções caso sejam descumpridas reiteradamente.

Os principais padrões de *soft law* são as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos. Ao mesmo tempo, as empresas também estão cada vez mais criando seus próprios mecanismos internos de reclamação. Códigos de conduta desenvolvidos por corporações, por exemplo, podem ser refletivos em normas e expectativas sociais que envolvam empresas e suas responsabilidades. Conceber *soft law* por uma natureza fora dos estreitos legais, portanto, pode ser muito simplista, pois pode haver alguma forma de vinculação social veiculada. Determinar quão efetivo é esse instrumento na regulação do comportamento empresarial, no entanto, é outra questão que poderia ser desenvolvida, a partir da elaboração critérios capazes de aferir seu efeito sobre as decisões tomadas no âmbito corporativo.

¹⁵³ Outras vantagens se referem, por exemplo, ao amplo alcance das estratégias de *soft law*, atuando em áreas aonde os Estados, por questões de soberania, têm determinadas reservas sobre a criação de *hard law* ou mesmo porque as negociações demorariam muito. Além disso, *soft law* pode influenciar a internalização da norma no plano interno, na medida em que já dispõe de uma série de padrões elaborados que podem ser mais facilmente incorporados à legislação doméstica. ORCHARD, P. Protection of Internally Displaced Persons: Soft Law as a Norm-Generating Mechanism. *Review of International Studies*, vol. 281, 2010, p.287.

¹⁵⁴ BAYNE, Nicholas. Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives. In: KIRTON, John J.; TREBILCOCK, Michael J. (eds), *Hard Choices of Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, 2004, p.348.

¹⁵⁵ BLITT, Robert C. Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance (March 1, 2013). *Texas International Law Journal*, Vol. 48, No. 1, 2012; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 158.

A autoridade desse instrumento no âmbito empresarial envolve, por exemplo, investigar se o instrumento substitui ou complementa alguma lei, isto é, qual a sua natureza dentro da empresa. A introdução de normas sociais no ambiente empresarial, com grande influência dos instrumentos de *soft law* traduz o desenvolvimento de novos parâmetros normativos extrapenais para regulação do comportamento empresarial danoso. Embora historicamente o entendimento tradicional conceba o Estado como principal violador de direitos humanos de seus nacionais, esta perspectiva abriu espaço para um ambiente de liberdade de ação, principalmente para corporações transnacionais, para as quais por vezes existe um vácuo legal de obrigações na seara internacional.

Nos últimos anos, uma grande variedade de instrumentos de *soft law* têm sido usados para tentar suprir essa lacuna. Nos anos 70, a ONU elaborou um código internacional de conduta para regular as atividades de empresas transnacionais. Em 1975, a ONU estabeleceu um Centro sobre Corporações Transnacionais. Nos anos 90, a política da ONU mudou sua orientação para tentativas de regulação mais amigáveis e desde os anos 70 uma série de organizações intergovernamentais elaboraram guias, declarações e protocolos de ação para guiar a atividade corporativa, destacando-se o protagonismo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).¹⁵⁶

Em 2000, a ONU elaborou o Pacto Global, demandando das companhias, nas suas esferas de influência, o suporte e apoio de valores na área de direitos humanos, *standards* trabalhistas, ambientais e anticorrupção. Em 2003, foram elaboradas ainda as Normas sobre a Responsabilidade das Corporações Transnacionais e Outras Empresas de Negócios com relação a Direitos Humanos. Este último documento não foi bem recebido pelas corporações, pois era visto como uma espécie de tentativa de “privatizar os direitos humanos” e reacendeu o debate entre *hard law* e *soft law*, pois foi encarado como um documento de caráter muito mais regulatório e prescritivo, diferente, portanto, do Pacto Global, de caráter indicativo.¹⁵⁷

O desenvolvimento de códigos de conduta emergiu como a principal escolha entre as empresas para formalizar e regularizar o impacto de suas atividades sobre os direitos

¹⁵⁶ Os Princípios Sullivan, elaborados em 1977 dirigiam-se diretamente ao comportamento de empresas norte-americanas que operavam na África do Sul e, em 1984, os Princípios MacBride foram criados para influenciar o comportamento de firmas norte americanas na Irlanda do Norte. Ambas as iniciativas são exemplos de códigos de adesão voluntária das empresas.

¹⁵⁷ O Pacto Global é a tradução, em português, para a iniciativa *Global Compact* desenvolvida pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletidos em 10 princípios. Ver: < <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/o-que-eh>>. Acesso: 05.08.15

humanos.¹⁵⁸ E, no entanto, apesar dos esforços de aprimoramento de medidas de governança e processos de diligência em direitos humanos (*human rights due diligence*) para que, por meio de uma verificação intensiva, seja possível prevenir e mitigar os impactos adversos da atividade empresarial,¹⁵⁹ há uma grande limitação atrelada ao seu caráter não obrigatório.

A partir do exposto, percebe-se que, a despeito das vantagens das estratégias não vinculantes, a falta de *enforcement* que lhes é característica dificulta a imposição de deveres. É preciso valer-se tanto do *soft law*, quanto *hard law* para gerar mecanismos de *compliance* mais eficazes e capazes de gerar responsabilidade pela violação de direitos humanos em uma perspectiva mais integrativa. Políticas criminais internacionais não vinculantes são importantes, mas não suficientes.

Há uma série de vantagens e desvantagens associadas a ambos os modelos. Se por um lado as estratégias de *hard law* tornam os compromissos assumidos pelos Estados mais credíveis internacionalmente pelo seu caráter auto executório (*self-executing*), por outro lado, os instrumentos de *soft law* são menos dispendiosos em sua negociação, devido aos menores “custos de soberania”, permitindo uma cooperação mais profunda. Tratar os modelos como um binarismo, em uma espécie de visão antagonista, pode conduzir, na melhor das expectativas, a um endurecimento dos regimes de *soft law* (*hardening of soft law regimes*) ou apenas um abrandamento dos regimes de *hard law* (*softening of hard law regimes*).¹⁶⁰

Ao examinar a potencial eficácia e as limitações das normas de *disclosure* de informações empresariais que visam aumentar a transparência sobre os riscos aos direitos humanos em suas cadeias produtivas, é notável como a globalização conduziu à emergência de sistemas de baixo custo com deslocamento produtivo das cadeias de abastecimento para dezenas de países com diferentes regimes jurídicos de ordem social, ambiental e trabalhista.

Cada vez mais atenção tem sido dispendida aos potenciais impactos negativos

¹⁵⁸ A tentativa de desenvolver uma *compliance* empresarial para cumprimento de direitos humanos vai na contramão do argumento de Friedman, segundo o qual a única responsabilidade social das empresas seria aumentar seus lucros. FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. New York Times, 13 set. 1970.

¹⁵⁹ No original: *In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. Human rights due diligence: (a) Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships; (b) Will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations; (c) Should be ongoing, recognizing that the human rights risks may change over time as the business enterprise's operations and operating context evolve.*

¹⁶⁰ SCHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A., op. cit., p.709.

derivados da atuação corporativa e isso, em parte, levanta questões sobre como esses danos podem ser prevenidos e quais as funções regulatórias que os Estados, as empresas e/ou a sociedade civil devem assumir nesse processo. A aplicação da lente dos direitos humanos à atuação corporativa historicamente dependeu de iniciativas voluntárias que buscassem angariar conformidade com os padrões internacionais estabelecidos por organizações como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a princípio, direcionadas exclusivamente a entidades governamentais.

É notável a preponderância de instrumentos de *soft law* sobre a estrutura regulatória que orienta o comportamento corporativo em face dos direitos humanos. Em análise comparada, Justine Nolan avalia três distintos marcos normativos: o *Dodd-Frank Act*, o *California Transparency in Supply Chains Act* e o *UK Modern Slavery Act*, que representam as três primeiras iniciativas legislativas mundiais a abordar a obrigatoriedade na divulgação de informações pelas empresas como mecanismo para incrementar a transparência do grau de cumprimento dos direitos humanos.¹⁶¹ A conclusão foi direcionada ao fato de que, a despeito dos diferentes propósitos, as leis apenas exigem que as empresas informem sobre sua origem e (possivelmente) suas práticas de devida diligência, mas não exigem que ajam de acordo com suas conclusões ou conduzam expressamente programas de devida diligência de acordo com determinados parâmetros legais.

O grande desafio, portanto, parece ser como fortalecer o desenvolvimento e aplicação do dever de devida diligência na cadeia produtiva, de forma a solucionar as lacunas de governança nas cadeias de abastecimento multi e transnacionais criadas entre o impacto da força econômica dos atores corporativos e a capacidade da sociedade de gerenciar suas consequências negativas.

Em países onde não existe um viés protetivo, a atuação das corporações é ainda mais difícil de monitorar e controlar e, por consequência, os danos permanecem irreparáveis. Ainda resta sem resposta se o recente desenvolvimento de iniciativas legais com a finalidade de gerar mais transparência nas cadeias de abastecimento, mudando a dinâmica da inserção dos direitos humanos no ambiente empresarial, no entanto, será suficientemente capaz de vincular a transparência com responsabilidade corporativa, fomentando a conformidade com os direitos humanos.

¹⁶¹ NOLAN, Justine. Hardening Soft Law: Are the Emerging Corporate Social Disclosure Laws Capable of Generating Substantive Compliance with Human Rights (January 1, 2018). Forthcoming (2018) *Brazilian Journal of International Law*, UNSW Law Research Paper No. 18-62.

Nas últimas décadas, a ênfase na *soft law* voltada à regulação das práticas de negócios e direitos humanos, seja por meio de Códigos de Conduta, diretrizes institucionais ou iniciativas *multistakeholder* têm sido utilizadas mais propriamente para envolver e capacitar as empresas em matéria de respeito aos direitos humanos do que efetivamente responsabilizá-las pelas violações. Em nível internacional, a adoção pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU dos Princípios Orientadores em 2011 consolidou o conceito de responsabilidade social corporativa. Os Princípios ali enumerados trazem consigo uma mistura de *soft* e *hard law* que, no entanto, ainda parece demonstrar que, por vezes, o papel regulador do Estado tem sido subserviente ao papel autorregulador dos atores corporativos.

Diante da impotência ou ausência de vontade e/ou capacidade de muitos Estados em assumir maior protagonismo na regulação da atuação corporativa sob suas jurisdições, a consequência provável que se observa é a existência de lacunas de proteção que impactam significativamente os direitos de empregados, comunidade e terceiros interessados (*stakeholders*).

Em um relatório de 2017 da *Corporate Human Rights Benchmark* acompanhando o desempenho de 98 empresas de capital aberto nos produtos agrícolas, vestuário e setores extrativos descobriram que apenas um terço das empresas havia tentado identificar seus riscos aos direitos humanos, 20% integraram e agiram sobre esses riscos, 18% monitoraram a eficácia desses riscos e apenas 2% das empresas comunicou publicamente sua eficácia.¹⁶² O relatório acompanha o desempenho de 98 publicamente empresas comercializadas nos setores de produtos agrícolas, vestuário e extrativos. Resultados como esse indicam que a maioria das corporações não está conduzindo ou relatando adequadamente os impactos adversos de suas atividades.

2.4 *Global Reporting Initiative (GRI)*, Pacto Global (*Global Compact*) e o Marco Ruggie

A proximidade entre as empresas e a Organização das Nações Unidas se tornou maior nas últimas duas décadas em que o setor empresarial começou a desempenhar um papel crescente no mercado transnacional. O cumprimento de direitos humanos depende há muito tempo de uma evolução lenta e constante de iniciativas nacionais e internacionais que buscam atribuir algum grau responsabilidade às organizações empresariais privadas. O

¹⁶² CORPORATE HUMAN RIGHTS BENCHMARK, 'Key Findings 2017 '(março de 2017) <https://www.corporatebenchmark.org/>>.

fenômeno da globalização, nas últimas décadas, foi acompanhado por uma “lacuna de governança” (*governance gap*) resultante de um desalinhamento entre a crescente influência de atores empresariais e seu grau de responsabilização.

Os desafios impostos pela ausência de mecanismos de coação estatal, baseando-se quase que exclusivamente no voluntarismo das empresas também se materializa em uma série de iniciativas internacionais. A implementação e monitoramento de tais iniciativas se deu em larga escala, com fundamento nas iniciativas de autorregulação empresarial e também a partir da coerção da sociedade civil.¹⁶³

A própria noção de cidadania tem sido radicalmente transformada pelos processos de transconstitucionalismo da globalização contemporânea. Cada vez mais empresas são associadas a figura de “cidadãs corporativas globais”. A percepção da existência de uma cidadania global expressa o caminho de agentes, em relações transnacionais, que estão cada vez mais agindo e pensando fora de seus contextos territorialmente limitados de ação política e social.¹⁶⁴

A nova ordem cosmopolita está em um processo de construção no qual o principal eixo de identidade e política vem se firmando para além da figura do Estado-nação ou Estado soberano. Ao mesmo tempo, a terminologia da “cidadania corporativa”, embora ainda seja uma categoria em movimento, se tornou onipresente no discurso internacional. Na arena internacional, paulatinamente vem se desenvolvendo também uma reconfiguração que forja, cada vez mais, um futuro reconhecimento da personalidade jurídica internacional de grandes organizações empresariais.

De acordo com a UNCTAD (Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento), em 2006, havia mais de 77.000 corporações. No total, essas multinacionais envolviam cerca de 770.000 afiliadas estrangeiras.¹⁶⁵ A ascensão de corporações coloca novos desafios no que tange à governança corporativa interna e regulamentação externa. A reivindicação de uma categoria de “cidadania corporativa” também representa um reconhecimento de que as empresas também têm direitos e desempenham funções cívicas, por outro lado, também se abrem para novas formas de escrutínio. Uma organização empresarial cidadã deve ser responsável, transparente e responsiva. Além disso, existem várias oportunidades de marketing associadas ao rótulo de

¹⁶³ NOLAN, Justine. Human Rights and Corporations. *In Australian Journal of Human Rights*, 2009, pp. 185-187.

¹⁶⁴ HANASZ, W. Towards Global Republican Citizenship? *In Social Philosophy and Policy*, Vol. 23, 2006, pp. 282-302.

¹⁶⁵ UNCTAD. *World Investment Report*. New York, United Nations, 2006.

“social e ambientalmente responsável” que também fazem parte de um processo de *re-branding* de empresas líderes.¹⁶⁶

O crescimento de formas privadas de autorregulação e governança faz parte do que vem a ser chamado como a “segunda fase da globalização”, uma mudança na ênfase de fluxos de recursos através de espaços e territórios e uma apreensão, cada vez maior, desses fluxos por atores não-estatais. Como consequência, há uma crescente judicialização internacional de matérias como os direitos humanos, proteção ambiental, conflitos, cada vez mais sujeitos a formas legais de regulação e governança internacional.

Em 1999 foi lançado o *Global Reporting Initiative (GRI)* em face da necessidade de estender a responsabilidade das empresas para além de seu papel tradicional de divulgação de informações financeiras. Esta iniciativa, no entanto, não envolve monitorar o cumprimento normativo ou sancionar, requer apenas que as empresas declarem e organizem as informações prestadas com transparência. Para aumentar a credibilidade dos relatórios, frequentemente as informações são auditadas por empresas como Deloitte, KPMG ou Ernst & Young. Estes relatórios contêm informações relacionadas ao desempenho econômico, questões sociais e ambientais.

Essa abordagem veio a ser conhecida como *triple bottom line* ou triplo ponto de partida¹⁶⁷, trata-se de um conceito que se baseia no fato de as empresas e outras organizações criam valor em múltiplas dimensões, permitindo concretizar, em certa medida, o vago conceito de responsabilidade social corporativa. O ponto de partida triplo seria, nesta perspectiva, um novo paradigma para mensurar a performance das corporações, sendo utilizado por muitas empresas de contabilidade e consultores no momento de avaliar as operações de corporações.¹⁶⁸

Implica, portanto, estender o ponto de partida natural, que encontra no lucro líquido o direcionamento das atividades da empresa, pois trata do reconhecimento explícito de outras obrigações que buscam atingir metas específicas, identificadas como sociais, ambientais e econômicas. Adotar estes princípios no funcionamento da empresa implica também

¹⁶⁶ THOMPSON, Grahame. Global Citizenship: Corporate Activity in Context. *In Competition & Change*, 9(2), 2008, pp. 131–152.

¹⁶⁷ O conceito, TBL (*triple bottom line*), foi introduzido em 1994 por John Elkington, co-fundador da empresa de consultoria *SustainAbility*, no artigo *Cannibals with Forks of the 21st Century Business*, com a proposta de ir além da então “eco-eficiência”, cujos parâmetros de desempenho são apenas ambientais e financeiros, para englobar também impactos sociais que atravessam imperceptíveis qualquer outra perspectiva que não tenha cunho social. O conceito também é associado à frase *People, Planet and Profit*. MULLERAT, Ramon. *International Corporate Social Responsibility: The Role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century*. Kluwer Law International, 2010, p.150.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p.153.

incorporá-los aos próprios objetivos da corporação, bem como aos sistemas de responsabilização e queixa.

É nesse contexto que em 2000 foi proposto pela Organização das Nações Unidas o Pacto Global (*Global Compact*), como iniciativa para encorajar empresas a adotarem políticas de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade, por meio de um diálogo entre as organizações empresariais, sindicatos, ONGs e demais atores não-estatais. O Pacto Global é uma expressão da tendência de aproximação e cooperação mais estreita da ONU com o setor corporativo. A ideia subjacente à iniciativa da ONU parte da premissa do crescente protagonismo assumido pelas corporações, por meio de um pacto de adesão voluntária, cujo compromisso envolve o cumprimento de dez princípios, prestando contas à sociedade mediante Comunicações de Progresso (COP). O próprio Pacto Global da ONU aborda as corporações signatárias como “cidadãs”.

Em hipótese de não comunicação por um ano, o participante pode ser rotulado como “não comunicante”. No segundo ano, a empresa é excluída da lista de participantes, e taxada como “inativa”. No Brasil, por exemplo, há cerca de 712 organizações empresariais participantes e destas, 110 são “não comunicantes”.¹⁶⁹ A proposta inicial do Pacto Global de apresentar um quadro de referência que vise facilitar o diálogo com as empresas e convergências entre as práticas do setor privado e valores universais, catalisando ações em apoio aos objetivos da ONU.

Em 2008, o Secretário Especial John Ruggie observou que “a principal causa da situação atual da relação entre empresas e direitos humanos está nas lacunas de governança criadas pela globalização- entre o alcance e impacto da força de atores econômicos, e a capacidade da sociedade de gerir suas consequências adversas”.¹⁷⁰

Nas últimas décadas, tem havido uma ênfase no desenvolvimento de instrumentos de *soft law* com a finalidade de regular o impacto danoso da atividade empresarial nos direitos humanos, por meio de iniciativas multi-*stakeholder*, declarações ou diretrizes, protocolos de ação e códigos de conduta. Na prática, são iniciativas que buscam aproveitar o poder econômico empresarial, direcionando-o a estruturas e organizações que auxiliem o cumprimento de *standards* mínimos de direitos humanos. A utilidade desses instrumentos, mais do que promover a efetiva responsabilização empresarial, compreende a possibilidade

¹⁶⁹ UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, 2017.

¹⁷⁰ HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, John Ruggie. 2008. Available in: <<http://www.refworld.org/docid/484d2d5f2.html>>.

de capacitar as empresas para compreender e assumir responsabilidades em matéria de direitos humanos.

É precisamente diante da necessidade de se estabelecer um marco internacional que servisse de eixo para as diretrizes de atuação empresarial, que o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou, em 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, elaborado por John Ruggie, representante especial do Secretário-Geral da ONU para Empresas e Direitos Humanos. Este referencial normativo contrasta sobretudo com a visão de Milton Friedman¹⁷¹ acerca do equívoco fundamental da natureza do livre mercado para uma empresa de ter que se preocupar com qualquer outra coisa que não seja a maximização de seus lucros.

Tais princípios estabeleceram, pela primeira vez, um padrão internacional capaz de avaliar e prevenir os riscos relativos aos direitos humanos em determinados segmentos de atividade empresarial.¹⁷² O documento é oriundo de um marco regulatório tripartite, conhecido como Marco Ruggie e se baseia em três pilares: o dever de cada Estado de proteger os cidadãos contra os abusos aos direitos humanos por parte de terceiros; a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos e a viabilidade do acesso mais fácil das vítimas a recursos efetivos, judicial ou extrajudicialmente. Este documento, no entanto, é alvo de inúmeras críticas associadas à voluntariedade e baixa imperatividade (*lack of enforcement*) dos instrumentos de *soft law*.

Todas as iniciativas apresentadas, no entanto, não são imunes a críticas. Um ponto geral é que esta iniciativa compreenderia apenas uma contribuição superficial para o desenvolvimento, que na realidade funcionaria como instrumento de *bluwashing*.¹⁷³ Outra crítica se refere ao caráter voluntarista de adesão, além da ausência de um sério monitoramento das sanções. E, no entanto, por ocasião da apresentação do relatório final sobre empresas e direitos humanos, organizações da sociedade civil como a *Human Rights Watch*, Anistia Internacional emitiram uma declaração conjunta contestando a abordagem de Ruggie como insuficiente, sob a perspectiva da necessidade de maior ênfase sobre a obrigação dos Estados de “prevenir, investigar, punir e reparar” as violações de direitos

¹⁷¹ FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p.133

¹⁷² ICAR, ECCJ e CNCA. *Human Rights Due Diligence: The Role of States Human Rights Due Diligence: the Role of States*, 2012, p.3.

¹⁷³ *Bluwashing* aqui é utilizado para se referir a um discurso de responsabilidade social que não condiz com as práticas empresariais. Trata-se de espécie de prática corporativa que suscita a imagem de “socialmente responsável”, mas, no entanto, viola persistentemente os direitos humanos. In SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victória Vitti de. (Org). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Editora D’Plácido: São Paulo, 2018, p. 18.

humanos.¹⁷⁴

Mais recentemente, diante do forte movimento ESG (*environmental, social and governance*), a *Global Reporting Initiative* anunciou uma revisão dos padrões universais utilizados, incorporando divulgações de direitos humanos e aplicando uma abordagem de devida diligência para abordar os principais riscos de sustentabilidade.¹⁷⁵ É perceptível a necessidade de uma transparência reforçada sobre os direitos humanos com foco na determinação dos requisitos materiais de sustentabilidade, maior clareza nos princípios e estrutura dos relatórios. As mudanças buscam colocar as organizações em sintonia com as Diretivas de Relatórios de Sustentabilidade da União Europeia¹⁷⁶ e com os padrões da *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

2.5 Revisitando a teoria da regulação responsiva (*responsive regulation*) de Braithwaite

As fontes de governança e influência regulatória na sociedade global são cada vez mais difusas e não limitadas à regulação pública imposta pelo Estado. Diante do fato de que a excessiva confiança na regulação de procedimentos cria também oportunidades para a mera conformidade simbólica, uma das estratégias de proteção dos direitos humanos concebida envolve uma governança multiníveis que permita a coexistência entre modelos de regulação pública, privada e híbrida. Os obstáculos impostos pelas lacunas de governança suscitam, portanto, questionamentos sobre como moldar possíveis respostas regulatórias por parte dos sistemas nacionais.

Sujeitar as corporações e seus gestores a normas penais mais severas, a despeito do tipo de infração criminal cometida, pode não produzir o tipo de dissuasão (*deterrence*) que se pretende. Esta conclusão partiu de uma das investigações mais sistemáticas feitas em matéria de alternativas ao controle de criminalidade, conduzida por Ayres e Braithwaite. Os

¹⁷⁴ Abordando várias críticas aos “Princípios Ruggie”, veja-se, por exemplo, BLITT, Robert. “Beyond Ruggie’s Guiding Principles on business and human rights: charting an embracive approach to corporate human rights compliance”. *Texas International Law Journal*, 48/2012.

¹⁷⁵ Vide: <<https://www.globalreporting.org/standards/>>. Acesso em 21/10/2021.

¹⁷⁶ Exemplo disso é a Diretiva 2021/0104 que revê algumas disposições em vigor e acrescenta algumas disposições relativas à comunicação de informações sobre sustentabilidade. Além disso, altera a diretiva e o regulamento relativos à revisão legal de contas, a fim de abranger a auditoria das informações sobre sustentabilidade. Finalmente, promove mudanças também na diretiva de transparência a fim de alargar o âmbito dos requisitos de comunicação de informações sobre sustentabilidade às empresas com valores mobiliários cotados em mercados regulamentados e clarificar o regime de supervisão da comunicação de informações sobre sustentabilidade por parte dessas empresas. Vide: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0189&from=EN>>. Acesso em 21/10/2021.

elementos de seu modelo para se alcançar o *compliance* corporativo com as normas e *standards* éticos incluem a autorregulação, controle social informal, pirâmide de *enforcement* e regulação cooperativa. Este modelo cooperativo se baseia na premissa de que o *compliance* será atingido por meio de estratégias de cooperação e não relações adversariais em face do Estado.¹⁷⁷ Com base na premissa de que a necessidade de segurança negocial impulsionou as teorias do controle, houve uma redefinição de prioridades em matéria de política criminal. Nessa perspectiva, a teoria da regulação responsiva conduz a avaliação de novas formas do comportamento corporativo socialmente danoso por meio da centralidade da gestão de riscos na regulação.

A noção de regulação responsiva se desenvolveu a partir da constatação que a aplicação das normas se orientava muito mais pelas técnicas do topo da pirâmide de *enforcement*, do que invocando propriamente seu efeito dissuasório.¹⁷⁸ Ayres e Braithwaite observaram então que o *compliance* regulatório é mais garantido em face das organizações responsivas utilizando-se, em primeira instância, da persuasão, atribuindo as penalidades mais severas do topo da pirâmide às organizações pouco complacentes e menos dispostas a cooperar.

O modelo combina estratégias de *compliance* e *deterrence*, uma vez que a eficácia da pirâmide depende também da presença de uma hierarquia de sanções alternativas e gradativamente mais severas e da existência da sanção do topo da pirâmide (*big weapon*), que sendo a mais grave, seja capaz dissuadir o comportamento não complacente apenas pela sua existência e não necessariamente pelo seu uso.¹⁷⁹ A pirâmide espelha a gradação das sanções, das menos às mais interventivas. Na base da pirâmide se encontra o controle social informal e as empresas que se desviam disso devem ser persuadidas a conformar-se. É na base da pirâmide que se encontra a persuasão, em que a solução é deliberada entre as partes, incluindo o ofensor, a vítima, a comunidade e o Estado.

A persuasão, portanto, deve ser sempre ponto de partida, devendo-se recorrer a medidas mais interventivas somente nas situações em que ela não obtiver êxito, à exceção dos casos que, dada a sua gravidade, seja aconselhável valer-se de uma medida mais severa. O próximo nível da pirâmide é a dissuasão, que compreende iniciativas mais incisivas de

¹⁷⁷ KNIGHT, Graham. Activism, Risk, and Communicational Politics: Nike and the Sweatshop Problem. In: MAY, Steve; CHENEY, George; ROPER, Juliet. (Org.) *The debate over corporate social responsibility*. Oxford University Press, 2007, pp. 305-318.

¹⁷⁸ HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour: integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Oxford: Hart Publishing, 2015, p. 241.

¹⁷⁹ Na perspectiva dos autores, a abordagem é descrita como “*talking softly, but carrying a big stick*”. Ver: HODGES, Christopher, op. cit., p. 252.

coibição, englobando, por exemplo, sanções administrativas e civis. Caso a dissuasão também se mostre insuficiente, recorre-se então ao terceiro nível, no topo da pirâmide, que é a incapacitação, abrangendo medidas mais graves como a prisão e a revogação de licenças.¹⁸⁰

A proposição do modelo se funda na ideia básica de se conceber a atuação estatal menos baseada em regras de comando e controle, pois a regulação responsiva não é algo feito apenas pelo governo, atores privados na sociedade civil também podem regular responsabilmente e, justamente por voltar-se à forma como as instituições se comportam na sociedade, associa-se a teoria da regulação responsiva à incorporação de boas práticas de governança pública.¹⁸¹ A regulação responsiva, que se contrapõe ao formalismo regulatório, tem como uma de suas premissas um esquema piramidal que contém um escalonamento de sanções. Na pirâmide há camadas de sanções, desde as menos severas até as mais severas fundadas na noção de que as sanções legais são elementos punitivos dentro uma ampla estratégia de controle criminal.¹⁸² O escalonamento das sanções é feito de forma que cada violação não seja excessiva nem insuficientemente punida, isto porque, sendo a lei é a forma de controle social mais intrusiva e mandatária, ela deve ser o último recurso de intervenção.

Quanto maior o poder persuasório da sanção, menor será a necessidade de utilizar seus efeitos dissuasórios, induzindo então o comportamento esperado. A existência de punições mais severas no topo da pirâmide pode, portanto, estimular a cooperação mesmo entre os regulados, reduzindo as contingências da escolha estatal e a subjetividade das sanções. Baseados nessa concepção, Ayres e Braithwaite desenvolveram a expressão “grande arma benigna” (*benign big gun*).¹⁸³

Usando a teoria dos jogos, os autores exploram as questões sobre quando punir e quando persuadir baseando-se no objetivo de que as estratégias de *deterrence* atinjam o *compliance* por meio da dissuasão. Isto porque, a eficiência do modelo de regulação responsiva se organiza com base em uma estratégia cooperativa, na qual a premissa é a de que a maior parte dos atores está disposto a obedecer às normas. Quando as violações ocorrem, portanto, os reguladores deverão usar as estratégias de persuasão em face daquela empresa que geralmente obedece à lei e age responsabilmente; as empresas que se estabelecem, no entanto, como não cooperativas e não estimuladas pela persuasão recebem,

¹⁸⁰ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, 1992, op. cit.

¹⁸¹ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2002.

¹⁸² SIMPSON, Sally S. *Corporate Crime, Law and Social Control*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p.112.

¹⁸³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John, 2002, op. cit.

no entanto, medidas mais severas.¹⁸⁴ O dilema dos reguladores, como notado por Braithwaite, é determinar qual estratégia é mais apropriada sob quais condições para maximizar o *compliance* com as normas, já que punir todos os criminosos é ineficiente e potencialmente contraproducente.¹⁸⁵

Aprofundando a teoria da regulação responsiva, Gunningham e Grabosky¹⁸⁶ desenvolveram o conceito de “*smart regulation*”, para referir-se a uma concepção de um pluralismo regulatório que ultrapassa o binarismo regulador-regulado, de modo a integrar outras formas de controle social que envolvem um vasto grupo de partes interessadas (*stakeholders*).¹⁸⁷ Ambos os modelos regulatórios- regulação responsiva e regulação inteligente- apoiam um sistema de correção ou autorregulação, no qual o *enforcement* cooperativo fomenta o *compliance* regulatório por meio de estratégias de persuasão e dissuasão.¹⁸⁸ Trazendo a teoria da regulação responsiva para o comportamento das corporações, verifica-se que sendo a criminalidade corporativa cada vez mais investida de sofisticação em um ambiente de liberdade empresarial, conforme os níveis de desatenção- ou *non-compliance* com a lei- a ameaça da sanção mais grave se amplia, buscando com isso evitar o comportamento infrator e a ingerência no comportamento empresarial. Nesse sentido, a alternativa à criminalidade funda-se justamente no fato de o funcionamento das sanções basear-se muito mais em sua certeza do que propriamente, sua severidade.

É também neste contexto que Kubiciel aponta a elaboração de leis e normas responsivas como estratégias promissoras na própria prevenção à delinquência empresarial.¹⁸⁹ A estratégia responsiva, combinando elementos da regulação estatal com a autorregulação consistiria em um meio termo de equilíbrio capaz de não engessar a atuação corporativa. Ao mesmo tempo, na medida em que a regulação estatal desencadeou a própria autorregulação, a regulação responsiva teria também um efeito reverso de permitir a absorção pela regulação pública de regras privadas do processo de autorregulação. Este fenômeno atenderia, por exemplo, às necessidades reais de lidar com casualidades fáticas

¹⁸⁴ “The ‘soft’ approach is backed by ‘hard’ enforcement, but whilst a hard approach would be taken in relation to rogue/criminal activity, it would be rare and a last resort in relation to most business activity”. Retirado de: HODGES, Christopher. Corporate Behaviour: Enforcement, Support or Ethical Culture? *Legal Research Papers Series*, Paper n. 19, Oxford, April 2015.

¹⁸⁵ SIMPSON, Sally S. *op. cit.*, p.113.

¹⁸⁶ GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

¹⁸⁷ HODGES, Christopher, *op. cit.*, p. 253.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ KUBICIEL, Michael. Facilitation Payments: a crime? *Cologne Papers on Criminal Law Policy 2015*, Cologne, Institute for Criminal Law and Criminal Procedure, 3.

acerca da criminalidade corporativa que se inserem em um limite nebuloso entre o que é “suspeito” e o que é “ilícito”.

Em uma tentativa de superação do binarismo entre regulação pública e privada, a regulação responsiva busca articular elementos que permitam redescobrir o papel das empresas dentro do sistema de justiça criminal. A verificação de suas propostas, porém, não passa distante da necessidade de evidências empíricas. Antecipando-se, porém, a um panorama de insuficiência institucional, Braithwaite concebeu um modelo regulatório que não prescinde de *regulatory networks* a fim de suprir o déficit institucional.¹⁹⁰

Do ponto de vista prático, porém, as investigações sobre os escândalos corporativos da histórica recente trazem sérias dúvidas acerca da legitimidade das sanções aplicadas e do seu potencial transformador no comportamento ético empresarial no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, o papel da responsabilidade penal da pessoa jurídica evoluiu para debates acerca do próprio pluralismo regulatório, com maior abertura a possíveis articulações de governança, regulação multinacional e multiculturalismo.¹⁹¹ Ao mesmo tempo, as redes contratuais colaborativas ampliaram o espaço de liberdade empresarial, configurando novos modelos institucionais com grande influência das *soft norms*, materializando verdadeira regulação extrapenal do comportamento corporativo danoso.

O modelo proposto por Ayres e Braithwaite, no entanto, é alvo de várias críticas. Observando a experiência australiana, Christine Parker¹⁹² aponta que a dissuasão muitas vezes não produz o compromisso da conformidade com a lei, porque não aborda diretamente a questão ética subjacente ao comportamento empresarial. Pelo contrário, a estratégia de prevenir a criminalidade corporativa por meio da dissuasão apenas “precifica” o descumprimento. Sob a construção do que chama de “armadilha da dissuasão”, Parker sugere que as penalidades pelo descumprimento normativo ora são insuficientes para prevenir uma reiterada conduta empresarial criminosa, ora são tão ostensivas que incapacitam a empresa, levando ao desemprego milhares de funcionários e credores. Esta inconsistência dá indícios que os reguladores deveriam implementar e focar em práticas que melhorem a conformidade, em vez simplesmente promover a dissuasão do comportamento corporativo desviante.¹⁹³

A superação dessa armadilha também implica desvinculação da lógica superficial de

¹⁹⁰ BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v.34 2006, pp.880-899.

¹⁹¹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*, vol.988, ano 107, pp.44.

¹⁹² PARKER, Christine. *The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=927559> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.927559>

¹⁹³ GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. *Smart Regulation*, 1998.

que as decisões sobre se alinhar ou não a padrões de conformidade estão associadas exclusivamente a cálculos de custo benefício, em uma perspectiva na qual o descumprimento normativo sempre decorre de uma escolha racional. É patente, no entanto, que a racionalização do comportamento do agente econômico conduziu a ressignificação de vários modelos que se propuseram a explicar os incentivos associados ao comportamento empresarial.

A conformidade aqui realizada por meio de ações de fiscalização de vigilância, resulta assim também da instituição de programas de *compliance*. A fiscalização em si oferece oportunidades de persuadir as organizações empresariais do valor da conformidade- e não apenas da dissuasão- assim como uma chance de os reguladores compreenderem melhor os dilemas éticos e morais reais enfrentados pelas empresas. Diante dessa complexidade motivacional que ora conduz ao cumprimento normativo, ora a sua violação é que se pode elaborar normas mais condizentes, justas e menos estigmatizantes.

Também do ponto de vista prático, Parker¹⁹⁴ expõe a necessidade de certo grau de confronto das empresas acerca do distanciamento entre a realidade de seu comportamento e sua postura ideológica. A simples dissuasão, por meio de sanções- ainda que penais- não tende a provocar um conflito adequado sobre a identidade da liderança ou da empresa, tendo em vista que, via de regra, as sanções aplicadas às empresas são rapidamente absorvidas com uma racionalidade comercial.

A disponibilidade de sanções penais na ótica da regulação responsiva, é ainda mais importante não tanto por seu potencial dissuasivo, mas sim pelo impacto moral na legitimação do conteúdo das sanções na base da pirâmide. Na ausência de uma gama de diferentes ferramentas para promoção da conformidade, torna-se ainda mais difícil aos reguladores induzir o bom comportamento empresarial.

Ao tratar da dificuldade enfrentada pelos reguladores, Marianne Ojo¹⁹⁵ suscita o dilema do equilíbrio entre persuasão e penalização. A incerteza em relação ao nível mínimo de conformidade pode conduzir a um *overcompliance* ou excesso de conformidade, que não necessariamente irá provocar mudanças significativas na organização empresarial. Ulrich Beck,¹⁹⁶ nesse contexto, argumenta que a inadequação dos padrões de regulação do risco na sociedade pós-moderna, faz com que o risco em si seja ineficientemente controlado a um

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ OJO, Marianne. Responsive Regulation: Achieving the Right Balance between Persuasion and Penalisation (May 19, 2009). Published as revised book chapter and title in *Designing Optimal Models of Financial Regulation in a Changing Financial Environment*, Nova Science Publications, May 5 2016.

¹⁹⁶ BECK, Beck, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity* (1992) London: Sage Publications.

custo bastante alto. Essa afirmação se materializa, por exemplo, nas dificuldades e custos práticos associados à elaboração e manutenção de programas de *compliance*.

A abordagem responsiva proposta por Ayres e Braithwaite envolve um processo no qual reguladores procedem a estratégias baseadas em conformidade e depois recorrem a métodos punitivos dissuasivos quando a conformidade não é alcançada. A estrutura de incentivos dentro de cada organização empresarial passa então a ser essencial na definição do nível de voluntariedade dos *standards* de conformidade.

A confiança excessiva no papel emancipador e transformador da norma no ambiente empresarial deve ser analisada de maneira criteriosa. O aperfeiçoamento da gestão empresarial não ocorre simplesmente mediante abordagens estreitas e emolduradas em torno da “conformidade processual”.¹⁹⁷ Sobretudo porque a atividade legislativa dissociada da realidade da cultura organizacional corre o risco de ser irrelevante.

A realidade demonstra que a redução dos efeitos perversos do poder econômico corporativo depende, ao menos, de um qualificado sistema regulatório combinado com estratégias eficazes de controle social.¹⁹⁸ Ao mesmo tempo que as estratégias de *enforcement* não oferecem segurança quanto à efetiva implementação de programas de *compliance*, a fragilidade dos parâmetros regulatórios traduz a baixa qualidade sancionatória.

3. RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL

3.1 Limites da litigância nacional e internacional em face de organizações empresariais privadas

Nas últimas décadas, ONGs, a sociedade civil, vítimas e consumidores desenvolveram uma série de táticas jurídicas para facilitar a abordagem na lacuna da responsabilização corporativa multi e transnacional. Estas atividades variam desde iniciativas *multistakeholder*, acordos-quadro globais, acordos de marca executáveis, fundos de compensação especial, diretrizes da OCDE e litígios transnacionais nas jurisdições de origem das empresas controladoras.

As tragédias cíclicas em diversos segmentos corporativos estimularam um movimento crescente e organizado de sindicatos a pressionar por formas alternativas de regulação privada transnacional. Essa pressão abriu oportunidade para os chamados acordos-

¹⁹⁷ FORD, Jolyon. Business and human rights: bridging the governance gap. Chatham House International Law Programme, Research Paper (22 September 2015).

¹⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Ética negocial e *compliance*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p.15.

quadro globais, que consistem em uma ferramenta resultante da negociação entre a federação sindical global e uma organização privada multi ou transnacional, a fim de estabelecer um relacionamento entre as partes e assegurar que a organização privada cumpra todos os *standards* nas jurisdições em que opera.¹⁹⁹

O conteúdo dos *Global Framework Agreements (GFA)*, via de regra, trata apenas do grupo empresarial com especial enfoque na legislação sanitária e sobre saúde e segurança do trabalho e, em menor foco, da resolução de litígios. Por outro lado, com os acordos-quadro dependem de negociação, sua eficácia também depende, em grande medida, da força da entidade sindical, que é bastante diversa conforme se observam os diferentes setores corporativos.

As iniciativas *multistakeholder*, por sua vez, representam colaborações entre empresas, sociedade civil, ONGs e outras partes interessadas que buscam abordar questões de mútuo interesse relacionadas a direitos humanos e sustentabilidade. Essas iniciativas, além de facilitarem o debate, fomentam um engajamento colaborativo e buscam viabilizar uma participação mais equânime. Apesar do propósito, no entanto, é bastante questionável a eficiência dessas atividades na real prevenção do comportamento corporativo danoso.

Os acordos de marca executáveis ou *Enforceable Brands Agreements (EBA)* derivaram, por exemplo, do desastre envolvendo fábricas têxteis no Paquistão que culminou no chamado Acordo de Bangladesh resultante de uma coalizão entre mais de 200 empresas líderes em um acordo vinculativo com sindicatos globais.²⁰⁰ O objetivo compreendia implementar, de forma efetiva, normas de saúde e segurança do trabalho, além de prever um mecanismo de resolução de disputas. A ideia do acordo é constituir um instrumento juridicamente vinculativo específico para um determinado *player*. Notável, portanto, o alcance limitado quando se observam os diferentes contextos e *players* dentro de um mesmo segmento de produção ou serviços.

A discussão sobre fundos de compensação internacionais representa um compromisso com a necessidade de garantir recursos financeiros para sobreviventes e famílias de vítimas de tragédias corporativas. O fundamento dos fundos de compensação reside na possibilidade de definir parâmetros de compensação e implementação, inobstante as críticas direcionadas ao que se convém chamar como “financeirização do sofrimento”. Há

¹⁹⁹ FICHTER, Michael; MCCALLUM, Jamie. Implementing global framework agreements: the limits of social partnership, 2015, 15 (1) Global Networks, 65.

²⁰⁰ Outras referências para os EBAs são os programas *Fair Food e Milk with Dignity*.

uma perspectiva positiva que sucede a partir da ideia dos fundos compensatórios que é o fato de que, na prática, muitas empresas simplesmente abandonam os procedimentos após intensas negociações.

Todos os instrumentos descritos fomentaram, desde meados da década de 90, a busca das jurisdições dos tribunais nacionais de origem das corporações por parte de sindicatos e movimentos organizados da sociedade civil com a finalidade de perseguir reparações e justiça. Um caso controvertido em relação a fornecedores foi o da empresa KiK na Alemanha. Nas instalações de um de seus fornecedores no Paquistão houve um incêndio que vitimou 259 pessoas e deixou outras feridas. Na ocasião, verificou-se a existência de real dependência entre a filial alemã e o fornecedor paquistanês, que enviava cerca de 70% de sua produção para a Alemanha. Neste caso, do ponto de vista civil, o problema era na ausência de repercussão patrimonial para a matriz.²⁰¹

Ao mesmo tempo, esse *case* internacional, além de ter demonstrado uma conexão entre a Ali Enterprises no Paquistão e a grande varejista alemã, denotou a grande dependência da primeira em relação à segunda, bem como as dificuldades associadas à necessidade de maior transparência na cadeia produtiva. Apesar do crescente movimento em direção a maior *disclosure* de informações acerca da cadeia de suprimentos, ainda existe grande resistência entre as corporações na divulgação de informações assertivas que, de fato demonstrem o real impacto do comportamento empresarial. Em razão dessa lacuna de informações é possível compreender o crescente movimento em direção a transformar obrigações de *due diligence* em *hard law*, por vezes, com efeitos inclusive extraterritoriais.

3.1.1 Questões de jurisdição internacional e reparações de direito penal corporativo

As regras tradicionais de jurisdição, que assumiram sua forma atual principalmente nos séculos XIX e XX são desafiadas pela criminalidade corporativa que é um fenômeno mais recente. Conforme sugere Kenneth S. Gallant, dois conjuntos de princípios gerais de direito substantivo são importantes para compreender quando a jurisdição para prescrever pode realmente ser eficaz.²⁰² O primeiro princípio passa pela definição de regras de direito penal substantivo sobre responsabilidade por cumplicidade e doutrinas relacionadas a

²⁰¹ HÜBNER, «Human Rights Compliance um Haftung im Außenverhältnis », em KRAJEWSK / SAAGE MAAB (eds.), Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, 2018

²⁰² GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations. Corporate Criminal Responsibility for Human Rights Violations: Jurisdiction and Reparations (March 4, 2017).

respeito da circunstância de uma pessoa ser criminalmente responsável pelos atos de outra. A outra é a doutrina, proveniente do direito não necessariamente penal, que trata do contexto em que uma pessoa jurídica (ou outra pessoa física ou jurídica) pode ser responsabilizada por atos de um agente ou outra pessoa com um relacionamento com ele.

A concepção de um crime corporativo aplicável a organizações multi e transnacionais requer autoridade de uma entidade - seja um Estado ou uma entidade transnacional ou global - para fazer leis que regulem ou proíbam certas condutas por parte da corporação ou aqueles que agem por ela. Em geral, o direito internacional permite que os Estados exerçam jurisdição prescritiva sobre corporações, incluindo a autoridade para torná-las responsáveis por crimes, desde que sejam cumpridos alguns requisitos. O principal elemento envolve a capacidade de um Estado legislar para uma empresa que está fisicamente presente, por meio de diversas filiais ou subsidiárias ou parceiros em uma *joint venture* localizadas fora da jurisdição do Estado.

De acordo com o direito internacional, um Estado tem jurisdição prescritiva sobre empresas e outras entidades legais artificiais que foram criadas de acordo com sua lei. Ele também tem jurisdição prescritiva sobre uma corporação se o Estado for seu "principal local de negócios", sua "sede", seu "*siège sociale*" ou seu "centro nervoso" (dependendo da concepção legal usada pelo estado particular envolvidos), pelo menos no que diz respeito à forma como a empresa lida com terceiros.

Embora haja controvérsia em torno dos parâmetros aplicados às corporações, nesse raciocínio, o Estado poderia exercer jurisdição prescritiva sobre atos territoriais de uma corporação cujos atos externos culminassem em infrações penais em seu território. Ademais, o direito internacional, via de regra, separa a personalidade de empresas-mãe e subsidiárias e isso representa uma limitação- mesmo diante de crimes de jurisdição universal- porque limita o alcance da tutela do Estado diante de crimes que representam violações massivas de direitos humanos, mas não estão acobertados pela jurisdição universal.

As principais questões que emergem, portanto, são as seguintes: Em que medida pode um Estado com jurisdição sobre a empresa-mãe exercer também tal jurisdição sobre uma subsidiária ou outra entidade associada à filial ou subsidiária que opera fisicamente em outro Estado? Até que ponto pode um Estado com jurisdição sobre a empresa subsidiária ou filial exercer jurisdição sobre a empresa-mãe ou matriz?

Ao mesmo tempo, a responsabilidade criminal corporativa também levanta questões sobre a jurisdição. A concepção internacional da jurisdição adjudicativa sobre empresas inclui pelo menos uma limitação da lei da personalidade corporativa. A lei doméstica deve

reconhecer que quando uma empresa transnacional criou unidades em diferentes Estados e, portanto, jurisdições, as unidades são pessoas jurídicas diferentes de acordo com a figura dogmática do chamado princípio da separação, ou seja, responsabilidade limitada dentro de um grupo corporativo. Inobstante tratar-se de uma espécie de ficção jurídica, a ideia da “separação” suscita grande dificuldade entre vítimas, sindicatos e ONGs para estabelecer vias de reparação em circunstâncias de abuso corporativo. É justamente a ideia de separação que impede a responsabilidade de unidades em que a decisão é tomada, enquanto o controle é localizado, principalmente, nas empresas-mãe ou controladoras.

Há Estados, porém, que ignoram esse princípio e “rompem o véu corporativo” com a finalidade de proteger as vítimas de violações da lei. Na situação de corporações multi e transnacionais, no entanto, a distinção de empresas como pessoas com nacionalidades distintas pode não ser simplesmente superada por uma legislação doméstica.²⁰³

Esta separação forçada de pessoas artificiais, a princípio, foi um elemento essencial dos crimes corporativos de direitos humanos, na medida em que limita as penalidades contra as empresas. Dessa forma, penalidades mais graves- como a dissolução ou incapacitação da empresa- não estariam disponíveis para outro Estado senão aquele da incorporação e formação da empresa.

Contanto que a personalidade separada da empresa matriz e subsidiária seja mantida, algum mecanismo para definir a responsabilidade deve ser adotado. Seja o Estado que abriga a matriz, seja o Estado que abriga uma das filiais ou subsidiárias, algum mecanismo de direito penal deve ser usado para, respectivamente, exigir que suas empresas evitem e reparem os abusos dos direitos humanos pelas subsidiárias e da mesma forma, algum mecanismo também deve ser adotado para obter reparação e prevenir a repetição de abusos dos direitos humanos.

Esse é um desafio que depende de uma abordagem mais pontual dos tratados, porque mesmo a legislação internacional que exige que os Estados cooperem na aplicação de

²⁰³ Exemplo disso é o caso *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* (Bélgica contra Espanha), decidido em 1970, essa sociedade empresarial, constituída em Toronto, no Canadá, onde fixou sua sede estatutária e estabeleceu sua sede social, tinha como escopo o fornecimento de serviços de eletricidade da Catalunha, na Espanha. Em razão da política restritiva aplicada às suas atividades, pelo governo espanhol, a empresa foi à falência e o capital social havia passado para o controle dos acionistas belgas. O governo da Bélgica, após fracassadas iniciativas judiciais e diplomáticas, ajuizou ação em face da Espanha na CIJ, com a pretensão de obrigar o governo espanhol indenizar os acionistas belgas pelos prejuízos sofridos com a empresa. A CIJ decidiu, por maioria, que a demanda não preenchia as condições de ação, uma vez que a Bélgica não teria legitimidade *ad causam* na contenda. A sociedade empresarial, no entendimento da CIJ, tinha nacionalidade canadense, ainda que o controle acionário se concentrasse nas mãos de acionistas belgas. A CIJ, portanto, nessa ocasião consagrou o critério da nacionalidade da pessoa jurídica pelo país de constituição da empresa, a despeito de as relações efetivas indicarem outra solução jurídica.

juízos criminais não deixa totalmente claro o que deve ser feito quando o Estado que executa a sentença não reconhece, por exemplo, a responsabilidade criminal na sua legislação doméstica.

Nesse sentido, porém, os próprios Princípios Ruggie parecem não promover um entendimento favorável às vítimas, na medida em que esclarecem que onde ocorreram impactos adversos que a empresa não causou ou contribuiu para, mas que estão diretamente ligados às suas operações, produtos ou serviços por uma relação comercial, a responsabilidade de respeitar os direitos humanos não exige que a própria empresa forneça remediação, embora possa desempenhar um papel ao fazê-lo.²⁰⁴ Ora, em que circunstância, por exemplo, pode-se afirmar com certeza que uma grande corporação não causou ou não contribuiu para uma violação de direitos humanos na sua cadeia produtiva? É uma zona cinzenta difícil de ser delineada e, ao que tudo indica, um critério questionável para se definir a responsabilização empresarial.

Na verdade, expandir a jurisdição universal se torna ainda mais difícil quando as violações são de direitos humanos em vez do direito internacional humanitário. A legislação internacional de direitos humanos, via de regra, não cria jurisdição universal. Nesse contexto, a consolidação da territorialidade objetiva tornou-se um elemento relevante para definição da jurisdição criminal nas últimas décadas. Este desenvolvimento é relevante para os Estados anfitriões porque confere autoridade para legislar em face de corporações cujas atividades externas afetam diretamente os direitos humanos, aumentando as chances de reparação em vista de demanda se firmar em face da própria matriz.

Inevitavelmente a eficiência na persecução de grandes organizações empresariais depende de um grau de alinhamento normativo entre as jurisdições nacionais, suscitando definições e consensos, de forma análoga à corrupção e lavagem de dinheiro, por exemplo. Na ausência de cooperação entre as jurisdições, é possível imaginar um cenário extremo em que um Estado se recusa a cumprir as disposições de julgamento criminal estrangeiro contra uma unidade da empresa em seu território sob o argumento de que a sua legislação doméstica não reconhece a criminalidade corporativa, gerando um obstáculo na execução de condenações.

Esse é um desafio que depende de uma abordagem mais pontual dos tratados, porque mesmo a legislação internacional que exige que os Estados cooperem na aplicação de juízos criminais não deixa totalmente claro o que deve ser feito quando o Estado que

²⁰⁴ Ruggie Principles (2011) Comentários aos princípios 18 a 22.

executa a sentença não reconhece, por exemplo, a responsabilidade criminal na sua legislação doméstica. Especificamente no caso do Brasil, que é sede de subsidiárias e filiais de grandes corporações, esse cenário é particularmente relevante.

Documentos e tratados internacionais podem ajudar, mas eventualmente precisam ser transferidos para uma legislação nacional eficaz. Até o momento, as ações civis têm sido mais propensas a produzir justiça restaurativa para vítimas de abusos transnacionais do que o próprio direito penal. A separação estrita da personalidade jurídica entre a matriz e suas subsidiárias, por sua vez, continua a ser um obstáculo para uma estrutura coerente de responsabilidade empresarial por violações de direitos humanos. O esquema de monitoramento e remediação recomendado pelos Princípios Orientadores, portanto, assume maior grau de eficiência se implementado em nível local e também na jurisdição da matriz corporativa.

Crimes que são violações de direitos humanos e se consumam, provocando vitimização, em determinada jurisdição devem ser acompanhados de um reforço na autoridade dos Estados anfitriões, que estão em uma posição mais vantajosa para perseguir e processar a matriz que causou ou foi cúmplice das violações em sua cadeia produtiva. Esse reforço da autoridade dos Estados anfitriões permitiria encorajar a conformidade corporativa voluntária por grandes organizações empresariais ao longo de toda a cadeia. O caminho inverso, todavia, suscita maiores obstáculos. A expectativa de conformidade na cadeia corporativa a partir da persecução penal de apenas uma subsidiária da organização empresarial em nível doméstico carece de maior alcance.

3.1.2 Os limites da responsabilização do Estado por violações de direitos humanos

Na concepção do poder econômico, em que claramente há um “reco do Estado” em face de grandes corporações,²⁰⁵ o desejo de muitos Estados menos desenvolvidos de acolher investimentos estrangeiros implica, na maioria das vezes, na ausência de interesse ou recurso para monitorar o comportamento corporativo.

O Estado é tradicionalmente visto como a principal entidade responsável pela defesa dos direitos humanos tanto a nível internacional como a nível nacional. Com o surgimento de todo um espectro de entidades não estatais no cenário global, a primazia da posição do Estado nas relações internacionais está sendo questionada, assim como seu poder de

²⁰⁵ STRANGE, Susan. *THE RETREAT OF THE STATE* 47, 1996.

controlar e regular esses novos atores não-estatais. Um relatório do Secretário-Geral da ONU afirma que o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos como meio de responsabilizar os governos por um padrão comum tem sido uma das principais realizações das Nações Unidas.²⁰⁶

O desafio é sustentar essa conquista e ao mesmo tempo garantir que nossa concepção de direitos humanos permaneça relevante para o mundo ao nosso redor. Em alguma medida também significa que as violações dos direitos humanos cometidas por particulares não podem ficar fora do âmbito do que se concebe como direitos humanos, para que esse direito venha a obter uma eficácia e alcance significativos.

Em se tratando da responsabilidade estatal basicamente duas grandes questões são abrangidas: quando um Estado deve ser responsabilizado por violações de direitos humanos cometidas por atores não-estatais e, especificamente, como deve se dar essa responsabilização quando o dano é transfronteiriço e cometido por corporações multi e transnacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já tem precedentes no sentido de que o Estado deve ser responsabilizado mesmo quando as supostas violações de direitos humanos não tenham sido realizadas por agentes que agiram sob o pretexto do exercício de poder público, porque o aparelho estatal teria falhado em prevenir essas violações.²⁰⁷ Dessa forma, o Estado estaria violando suas obrigações internacionais não apenas se violasse os direitos humanos em sentido literal, mas também quando falhasse na proteção adequada de seus cidadãos. A legislação internacional é rica em exemplos de documentos, tratados e convenções que expressamente preveem obrigações explícitas para que os Estados tomem medidas eficazes para a prevenção de abusos aos direitos humanos.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no art. 2(3) impõe a cada Estado o dever de assegurar recurso efetivo a qualquer pessoa cujo direito ou liberdade são violados, em vista do efeito horizontal (*Drittwirkung*) desenvolvido pelos tribunais alemães desenvolveram, sustentando que alguns direitos constitucionais afetam relações privadas. A Convenção da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial exige que o Estado busque acabar com a discriminação racial de qualquer pessoa, grupo ou

²⁰⁶ Secretary-General report on minimum humanitarian standards (E / CN. 4 / 1998 / 87 : 16-7)

²⁰⁷ Especialmente no caso *Velasquez Rodriguez*, houve confirmação dessa regra no sentido de que “um ato ilegal que viola os direitos humanos e que inicialmente não é imputável ao Estado (por exemplo, porque é o ato de uma pessoa privada) pode levar à responsabilidade internacional do Estado, não em razão do ato em si, mas antes em razão da falta de devida diligência para prevenir a violação ou responder a ela. *Velasquez Rodriguez case*, Inter-American Court of Human Rights, Decisions and Judgments (ser.c) No. 4 (1988) and *Godinez Cruz case*, Inter-American Court of Human Rights, Decisions and Judgments (ser.c) No. 5 (1989).

organização.

Quando um tratado de direitos humanos estabelece uma obrigação de resultado e esse resultado vem a ser frustrado pela ação privada, os argumentos para expandir o alcance de uma interpretação que abranja a atuação de atores não-estatais são bastante sedutores.²⁰⁸ No caso *X and Y v. The Netherlands*, por exemplo, o Tribunal concordou que os direitos humanos implicam obrigações positivas e negativas aos Estados, incluindo soluções para violações de direitos humanos por particulares.²⁰⁹ Os direitos humanos, portanto, em sua essência, são direitos inalienáveis cujo conteúdo não deriva de restrições apenas do que o governo pode fazer, logo, o Estado pode ser responsabilizado quando deixa de controlar, prevenir e punir. Em muitas circunstâncias, a participação do Estado, por exemplo, pode se dar por meio da cumplicidade com as empresas ou vice-versa.

À medida que as grandes empresas se internacionalizam, paralelamente também se tornam mais independentes do poder e controle governamental. Na ausência de regulamentação pelo Estado anfitrião, a empresa dispõe de ampla margem de liberdade para “escolher” a jurisdição em que atua (*forum non conveniens*) ou se abster da regulamentação com base em legislação extraterritorial. Exemplo disso é o que se convencionou chamar de *agressive tax planning*.

Nesse contexto, Piketty²¹⁰ sugere que este fenômeno desafia o entendimento de que o regramento do sistemas tributários seria elemento única e exclusivamente atrelado à soberania e autonomia de cada Estado, na medida em que as lacunas e assimetrias dos sistemas nacionais favorecem um ambiente em que contribuintes com grande capacidade contributiva- como as corporações- tenham ampla margem de liberdade para manipularem as receitas dos Estados nacionais por meio do planejamento tributário agressivo.

As consequências adversas da crise mundial financeira de 2008 suscitaram algumas iniciativas com a finalidade de mitigar a capacidade de organizações empresariais transnacionais de se movimentar para jurisdições que oportunizassem a redução ou supressão de suas cargas tributárias. A necessidade urgente de arrecadação de receitas tributárias derivada da crise de amplas proporções conferiu contornos a um crescente consenso sobre a necessidade de medidas mais incisivas de combate à praticas evasivas das corporações.

Nesse aspecto, se destaca a atuação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que, em conjunto com o G20, capitaneou a iniciativa

²⁰⁸ MERON, T. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford: Clarendon Press), 1989.

²⁰⁹ *X and Y v. The Netherlands*, 91 *European Court of Human Rights* (ser. A) at 8, 1985.

²¹⁰ PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 500 e ss.

do *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), plano de ação composto de quinze diretrizes a serem implementadas pelos países, tendentes a harmonizar e trazer transparência às práticas tributárias e evitar o deslocamento artificial de bases tributáveis.

Embora não seja a única fonte de receita para os Estados, existe um potencial dos tributos de geração de receitas para a realização de direitos e igualdade, combatendo violações massivas de direitos humanos e fortalecendo a governança e a *accountability*. Superando uma relutância igualmente visível na aceitação das práticas de responsabilidade social corporativa, as práticas de devida diligência, nesse contexto, podem ser aperfeiçoadas à medida que se busca responder como podem as corporações, por meio da *due diligence*, evidenciar que em suas práticas tributárias não infligem sob nenhuma perspectiva os direitos humanos. A releitura das práticas fiscais prejudiciais sob a ótica dos direitos humanos permite reafirmar sua força substantiva e viabilizar uma conexão direta com práticas legais que, no entanto, provocam severos abusos sobre os locais em que operam as corporações e que, portanto, agregam valor à cadeia produtiva.

Ao mesmo tempo, a mensuração e quantificação dos custos da conformidade tributária invariavelmente incluem em seu escopo as propostas de simplificação e integração da legislação de dos sistemas tributários nacionais. A lacuna na pesquisa e compreensão desses custos para o setor corporativo precisa ser explorada a fim de ajudar os Estados a tomar decisões acertadas sobre reformas em suas respectivas políticas fiscais e tributárias.

Especificamente no caso de corporações transfronteiriças, emerge a discussão sobre o espaço territorial como limite para o exercício da responsabilidade do Estado no contexto de violações privadas do direito internacional dos direitos humanos. A primeira questão a ser examinada envolve a possível responsabilização do Estado anfitrião pelos danos causados pelas atividades de subsidiárias ou filiais no exterior. Embora haja certa resistência ao reconhecimento do dever do Estado de controlar atividades de seus nacionais fora dos seus limites territoriais,²¹¹ o comportamento de atores privados pode catalisar a responsabilidade dos Estados independentemente de sua localização dentro de um território sob sua jurisdição. A condição para tanto é a capacidade do próprio Estado de exercer controle sobre a atividade, mesmo que o comportamento privado esteja ocorrendo em um espaço fora de sua jurisdição territorial.

Dessa maneira, se um Estado está obrigado a regular as atividades de corporações que têm sede em sua jurisdição mesmo para operações que aconteçam no exterior, a omissão

²¹¹ BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations. State Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

no dever de controle deveria implicar a responsabilidade internacional do Estado. Os próprios Estados, via de regra, lançam mão da jurisdição territorial para tentar se esquivar de qualquer responsabilidade sobre o que seus atores corporativos fazem fora de sua jurisdição. Porém, é inevitável o raciocínio de que o Estado anfitrião, na medida que hospeda a gerência e/ou gestão da corporação, tem poderes soberanos dentro de sua jurisdição para influenciar a conduta da corporação transnacional.²¹²

O reconhecimento de obrigações corporativas da perspectiva do direito internacional certamente encorajaria outros Estados a regular essa conduta, além de sugerir um *standard* de comportamento corporativo que poderia ser monitorado por grupos interessados e agências independentes. A responsabilização empresarial, além de possivelmente deter abusos futuros de forma mais eficaz, também enviaria uma mensagem sólida acerca da condenação moral pelas ofensas massivas a direitos humanos.²¹³

Em alguma medida, porém, há quem sugira que, para além de tratar o tema como uma lacuna no regime de responsabilidade internacional em face das corporações, haveria um baixo nível de consistência na regulamentação do Estado em relação aos atores corporativos.²¹⁴ Nesse cenário, o Estado anfitrião, portanto, teria melhores meios para influenciar as atividades de corporações que operassem em seu território, de forma que a responsabilidade do Estado, neste caso, derivaria da omissão em regular adequadamente o comportamento corporativo social e ambientalmente danoso.

Isto porque existe também um potencial conflito ou choque normativo quando o Estado de uma subsidiária regulamenta as atividades da corporação de forma que colide com o entendimento do Estado anfitrião que hospeda a matriz. Não deixa de se tornar complexo, portanto, mesmo neste cenário a delimitação do poder e autoridade dos Estados de origem das corporações.

A mesma problemática pode ser transposta no “efeito horizontal indireto” das normas internacionais de direitos humanos que tratam da responsabilidade direta de transnacionais pelas violações de direitos humanos de acordo com o direito internacional, sem a necessidade de evocar a responsabilidade estatal. A possibilidade de aplicação direta de normas de caráter

²¹² A partir dessa premissa, os Estados Unidos poderiam ser, por exemplo, responsáveis perante o Brasil por danos ambientais causados por multinacionais americanas em jurisdição brasileira. É razoável pensar que este mesmo raciocínio poderia ser, por exemplo, aplicado às violações de direitos humanos por transnacionais nos países anfitriões.

²¹³ No contexto do abuso dos direitos humanos, é possível extrair um panorama da responsabilização empresarial a partir de MALAMUD-GOTI, Jaime. *Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?*, 12 HUM. RTS, 1990.

²¹⁴ Wyler, E. *L'illécite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris : Pedone, 1995.

internacional às corporações, em tese, seria capaz de assegurar uma maior proteção aos direitos humanos principalmente em áreas cinzentas que fogem ao controle pleno da soberania do Estado.²¹⁵ Nessa linha, a proposta seria o reconhecimento de uma personalidade jurídica internacional aos atores não-estatais que supera a ideia tradicional de que apenas Estados seriam sujeitos com status, poderes, direitos e deveres.²¹⁶ O próprio reconhecimento, em nível internacional, da responsabilidade criminal das corporações demonstra como o próprio direito internacional paulatinamente tem reconhecido mais deveres e responsabilidade atribuíveis a estes atores econômicos.

Como saída à lacuna normativa, é possível pensar em um regime em sede internacional que previsse uma série de obrigações e deveres associados à atuação corporativa. Mesmo na concepção de que o Estado deveria ser o único ator com obrigações derivadas do comportamento de empresas em território doméstico, ainda assim seria necessário determinar quais atos das corporações ensejariam responsabilização correspondente dos Estados. Ou seja, seriam necessários parâmetros bem delineados acerca de quando a violação de direitos humanos no âmbito corporativo atinge determinado patamar em que o Estado é o único responsável por preveni-lo ou suprimi-lo.

Esta posição originalista em face dos direitos humanos enfatiza a necessidade de o direito internacional distinguir entre crimes e atos ilícitos de atores privados- que pertencem ao direito interno- e do Estado, que é o real sujeito de direito internacional. A ação estatal eleva aos direitos humanos ao plano internacional na teoria de que a legislação nacional não seria suficiente para controlar o comportamento dos governos.

Do ponto de vista internacional, porém, não obstante o *corpus* do direito penal internacional reconheça crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade, tortura, escravidão, trabalho forçado, *apartheid* como crimes de direito internacional, esta resposta ainda é insuficiente pois abrange tão somente uma pequena categoria de ilícitos como crimes. Ao mesmo tempo, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos não limita em seu texto como titulares de obrigações apenas os Estados.

Existe uma dificuldade inerente à própria conceituação do que seria um crime

²¹⁵DIHN, Nguyen Quoc. *Droit International Public* (5th ed.) (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994.

²¹⁶ Alguns autores discordam do reconhecimento de personalidade jurídica internacional às corporações, entre eles: ABI-SAAB, G. "The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines" in Snyder and Sthirathni (ed.), *Third World Attitudes Towards International Law. An Introduction* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987); KOKKINI-IATRIDOU, D; WAART; PJIM. "Foreign Investments in Developing Countries - Legal Personality of Multinationals in International Law " in XIV *Netherlands Yearbook of International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

internacional. Cassese, por exemplo, esclarece que os crimes internacionais seriam as violações graves às regras do direito internacional que impõem a responsabilidade penal internacional de cunho individual.²¹⁷ Japiassú menciona que o conceito de crime internacional seria composto, minimamente, por alguns elementos: violações do direito consuetudinário internacional e de tratados internacionais; regras que pretendam proteger valores considerados relevantes pela comunidade internacional e, portanto, afetem tanto Estados como indivíduos; deve haver um interesse universal em reprimir esses crimes e, portanto, em princípio os pretensos autores de tais infrações devem poder ser processados e julgados por qualquer Estado; e, por fim, o autor deve ter agido a partir de agente oficial do Estado, em nome do qual praticou a infração.²¹⁸

É preciso partir da premissa de que uma vez definido o espectro da violação de direitos humanos para fins penais, o segundo desafio compreende definir se as empresas podem ser processadas por violações de direitos humanos em suas cadeias produtivas. A resposta a esta questão parte da definição clara das regras de jurisdição a fim de minimizar os conflitos negativos de jurisdição e fornecer soluções eficientes às vítimas. O princípio da personalidade passiva também pode ser usado para buscar um remédio mais efetivo aos cidadãos ou residentes que foram prejudicados por empresas.

Uso dos princípios de personalidade de jurisdição para atender ao requisito “remediar” dos Princípios Orientadores da ONU é uma ideia interessante. No entanto, expandir e desenvolver o uso desses princípios, conforme esclarece Sabine Gless, não resolverá todos os problemas associados à afirmação de jurisdição internacional sobre as empresas.²¹⁹ Isto porque uma limitação importante ao uso de princípios de personalidade de jurisdição é o requisito da dupla incriminação, o que torna o exercício da jurisdição baseada na territorialidade a primeira escolha, especialmente quando a lei substantiva de um Estado transmite ampla autoridade legal ao longo de uma cadeia de suprimentos. Também não se olvida que o uso dos princípios de personalidade de jurisdição é capaz de criar possíveis novas limitações entre pessoas físicas e jurídicas.

Andrew Clapham em *Human Rights in the Private Sphere* discute que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e órgãos de

²¹⁷ CASSESE, Antonio. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 23.

²¹⁸ JAPIASSÚ, C. E. A.. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e direito penal internacional. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victoria Vitti. (Org.). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 77-88.

²¹⁹ GLESS, Sabine *et al.* Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (June 28, 2018). *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*, International Colloquium Section 4, Basel, 21-23, 2018.

direitos humanos da ONU repetidamente reafirmaram que os abusos perpetrados por atores privados em relações privadas podem originar violações internacionais de direitos humanos.²²⁰ Confiar a responsabilidade e garantia desses direitos exclusivamente ao Estado ainda levanta a questão de exatamente quais abusos cometidos por atores privados o Estado tem dever de sancionar e reparar.

Indivíduos cujos direitos humanos foram negativamente impactos ainda enfrentam muitas barreiras práticas e processuais para obter reparação. Além disso, outros obstáculos como a complexidade estrutural das empresas, abordagens dissonantes em termos de responsabilidade civil e penal e dificuldades em “levantar o véu corporativo” e promover a desconsideração da personalidade jurídica conferem ainda maior dificuldade à vítima.²²¹ Ciente do objetivo de promover reparação efetiva, Christopher Hodges, nesse aspecto, explora o potencial da resolução alternativa de litígios, sugerindo a adoção de mecanismos que possam atender às necessidades específicas de reivindicações de direitos humanos em uma espécie de mecanismo de arbitragem.²²² O problema com remédios legais tradicionais é que entregam funcionalidade limitada, na medida em que não são capazes de prevenir ou neutralizar o mesmo abuso no futuro pela empresa.

Ao mesmo tempo, a noção de soberania do Estado continua a proteger uma série de violações de direitos humanos. Na realidade, os contornos clássicos da soberania estatal são usados comumente como escudos quando um Estado tolera a violação de direitos humanos. Na ausência de uma interpretação dos deveres que os Estados assumem quando auxiliam ou toleram práticas de violações de direitos humanos por empresas em seus territórios, o alcance protetivo dos direitos humanos, de fato, resta severamente comprometido.

Em nível de direito comunitário, a Comissão da União Europeia apelou desde 2011 para a necessidade de todos os Estados-Membros desenvolverem Planos de Ação Nacional sobre Empresas e Direitos Humanos. A ideia é que o Plano de Ação facilite a implantação dos Princípios *Ruggie*, com a ressalva de que não se supera aqui a conhecida tensão entre a obrigação e a voluntariedade na proteção dos direitos humanos por empresas.

²²⁰ CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*, 1993.

²²¹ Em termos de responsabilidade civil, um dos casos mais comentados é a decisão do Tribunal Superior de Ontário, *Choc v. Hudbay Minerals* em que restou estabelecido que a controladora da mineradora canadense tinha o dever de cuidar e prevenir violações de direitos humanos de cidadãos da Guatemala afetados pela atividade de uma de suas subsidiárias. Para isso, o tribunal considerou a assunção pela Hudbay de Princípios Voluntários de Segurança e Direitos Humanos. Este *case* internacional inaugurou uma exposição potencial expandida de riscos e responsabilidades de empresas nacionais pelas suas atividades e de suas subsidiárias no estrangeiro. Vide: *Choc v. Hudbay Minerals Inct et al.*, 2013 ONSC 998 (CanLII).

²²² BRIGHT, Claire; HODGES, Christopher. *A New Architecture for Business-Related Human Rights Claims* (January 11, 2017).

Projetos regulatórios que buscam melhorar, em todas as instâncias, a responsabilização empresarial estão em andamento pelo mundo. Em 2014, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou a Resolução nº 26/9 que instituiu um novo Grupo de Trabalho Intergovernamental para desenvolver um tratado internacional legalmente vinculativo para regular corporações transnacionais.²²³ A ideia de se adotar um tratado internacional vinculante é uma ideia que se arrasta dentro da ONU desde a década de 70. A resolução, apresentada por iniciativa do Equador e África do Sul, foi aprovada por 20 votos a favor, 14 contra e 13 abstenções, incluída nesta última a posição do Brasil. É preciso considerar, no entanto, que o processo de aprovação de um tratado é longo e complexo, sobretudo porque envolve a conciliação de interesses distintos de vários Estados. Ao mesmo tempo, o último *draft* disponibilizado deixa evidente que ainda é preciso conferir maior clareza a quais direitos humanos, quais violações e quais as circunstâncias de responsabilidade solidária serão, de fato, alvo de consideração pelo tratado para não padecer da mesma vagueza que dificulta a aplicação prática conceitual do propósito do compromisso internacional.

Existe, porém, uma resistência em criminalizar consistentemente a conduta corporativa a fim de fechar lacunas de responsabilidade e resolver questões jurisdicionais que podem ser observadas na confecção do próprio tratado. A proposta de redação, por exemplo, não prevê a atribuição de obrigações diretas às corporações, atuando como uma espécie de instrumento mediador porque obrigará os Estados signatários a melhorar suas leis nacionais a fim de responsabilizar atores empresariais. Outro aspecto a ser considerado é a falta de *enforcement* em nível internacional que reaviva o dilema entre aprovar um texto ambicioso capaz de gerar compromisso corporativo e preencher as lacunas de *accountability* e evitar repetir o mesmo conteúdo e retórica de outros instrumentos prévios em caráter de *soft law*.

3.1.3 Legislação extraterritorial e o *Alien Tort Claims Act (ATCA)*

As maiores iniciativas desenvolvidas para lidar com crimes cometidos por corporações transnacionais têm se baseado, majoritariamente, em abordagens de direito

²²³ UN Human Rights Council. Resolution 26/9 on Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights of 14 July 2014 (UN Doc A/HRC/RES/26/9), para 1. See also UN Human Rights Council Resolution 26/22 on Human rights and transnational corporations and other business enterprises of 15 July 2014 (UN Doc A/HRC/RES/26/22)

penal.²²⁴ Ao mesmo tempo, na tentativa de lidar com os danos derivados da atuação corporativa, já se concebe atualmente o que Saage-Maaß nomina de litigância estratégica transnacional, pois visa responsabilizar as empresas-mães nas jurisdições em que estão sediadas por violações que ocorreram em Estados estrangeiros, frequentemente por meio do nexo causal das subsidiárias da empresa.²²⁵

Exemplo de legislação extraterritorial que foi sendo utilizada para reconhecer a responsabilidade legal de corporações por violações ocorridas no exterior é o *US Alien Tort Claims Act* (ATCA).²²⁶ A estratégia de utilizar o ATCA como elemento para lidar com os abusos de corporações multinacionais, no entanto, não abrangia a complexidade de desafiar toda a cadeia produtiva por meio dos litígios. A possibilidade de se valer dos tribunais para não só questionar a responsabilidade trabalhista dos empregadores, mas também das grandes marcas multinacionais compradoras ainda era uma novidade pouco assimilada.

Esta legislação estadunidense foi largamente ignorada até os anos 80, quando no caso *Filartiga v. Peña-Irala*,²²⁷ foi redescoberta por advogados de direitos humanos para permitir às vítimas que processassem, em cortes estadunidenses, as sérias violações de direitos humanos que sofreram.²²⁸ Em resumo, o ATCA exige três elementos-chave para sua aplicação. O demandante deve ser estrangeiro ou cidadão não americano, embora não seja necessária sua presença em território americano. Em segundo lugar, o réu pode ser um indivíduo ou um grupo, de qualquer nacionalidade, público ou privado e o terceiro requisito consiste na caracterização de um ato ilícito ou ofensa à lei das nações ou tratado que tenha os Estados Unidos como país signatário.

Este caso, junto a outro processo de grande importância do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos que deu origem ao caso *Velásquez-Rodríguez* foram dois grandes marcos na litigância internacional em face de corporações por abusos de direitos humanos,

²²⁴ JONGE, Alice de, *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*. Edward Elgar, 2011, p. 98.

²²⁵ SAAGE-MAAß, Miriam. Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers' Rights in Global Supply Chain. In *Interdisciplinary Studies in Human Rights* book series (CHREN, volume 6), 2021.

²²⁶ Conforme a redação da própria lei federal, “ *the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien tort only, committed in violation of the law of nation or a treaty of the United States*”.

²²⁷ A partir deste caso, em que um homem paraguaio invocou com sucesso o ATCA para processar um policial dos EUA pela tortura de seu filho, os tribunais americanos reconheceram que os estrangeiros poderiam mover ações judiciais pleiteando indenizações pelos abusos de direitos humanos cometidos por indivíduos que não fosse cidadãos americanos. Nesse sentido, o ATCA confere jurisdição às cortes dos Estados Unidos para apreciar casos de responsabilidade civil por danos causados pelo governo norte-americano à vida ou propriedade de estrangeiros. SARKIN, Jeremy. O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos de direitos humanos. Sur, *Revista Internacional de Direitos Humanos*. vol.1 no.1 São Paulo, 2004.

²²⁸ *Ibidem*, p.100.

sobretudo em se tratando da obtenção de reparações por parte dos indivíduos. Embora existam várias leis nos Estados Unidos.²²⁹ que autorizem vítimas de violações de direitos humanos cometidos fora do país a ingressar com ações, a mais usada é o ATCA.¹³⁷ O escopo do ATCA, à medida que passou a ser usado para este propósito, se expandiu para um grande número de distritos e decisões. A título de exemplo, a responsabilidade foi estendida além dos autores do crime para aqueles em posição de comando e decisão no caso *Xuncax v. Gramajo*.²³⁰ No caso *Kadic vs. Karadzic*, levantou-se a possibilidade de enquadrar atores particulares nas disposições do ATCA, expandindo o alcance da lei ao afirmar que ela também abrangia atos cometidos por atores não-estatais. Neste caso, o Tribunal de Recursos ressaltou que “o direito das nações, como é entendido na época moderna, não limita seu alcance à ação do Estado. Em vez disso, certas formas de conduta violam o direito das nações quando são efetuadas por indivíduos agindo sob os auspícios do Estado, ou mesmo apenas como indivíduos particulares”.

O caso paradigma, no entanto, foi *Doe v. Unocal*, de 1997, quando pela primeira vez se reconheceu as acusações em face de corporações privadas com base no ATCA.²³¹ Desde Unocal, tem havido mais casos envolvendo corporações, geralmente envolvendo questões de cumplicidade entre Estados violadores de direitos humanos e corporações que também se engajam na atividade. Empresas como a Chevron, Rio Tinto²³², Pfizer²³³ se encontram nesta segunda onda de litígios envolvendo o ATCA.

Esta legislação também fundamentou uma série de ações de classe (*class actions*) propostas nos Estados Unidos. Um exemplo recente é o caso *Khulumani et al. v. Barclay National Bank et al.*, que se iniciou em 2002, quando vítimas do *apartheid* na África do Sul tentaram responsabilizar corporações transnacionais nas Cortes estadunidenses por ajudar e instigar o regime do *apartheid*. O caso foi rejeitado em 2004, mas em 2007 a Corte de Apelação dos Estados Unidos, em uma decisão de dois a um, permitiu a ação de classe conforme o ATCA pelos sul africanos em face de corporações, incluindo Citigroup, General Electric e IBM.²³⁴

²²⁹ Neste sentido também são utilizados o *Torture Victims Protection Act (1991)*, cujo prazo prescricional é de dez anos, conforme entendimento do caso *Iwanova vs. Ford Motor Co., Foreign Sovereign Immunities Act (1976)* e leis relacionadas ao terrorismo.

²³⁰ *Xuncax v. Gramajo*, 886 F supp 162, District of Massachusetts 1995.

²³¹ JONGE, Alice de, op. cit., p. 100.

²³² *Sarei v. Rio Tinto PLC (Rio Tinto III)*, 550.

²³³ O caso *Abdullahi v. Pfizer Inc.* se originou em 1996 quando em uma epidemia de meningite na Nigéria, a corporação farmacêutica Pfizer foi acusada de fazer o uso não consensual de medicação experimental em crianças para testar seu novo antibiótico. *Abdullahi v. Pfizer Inc.*, 562 F, 3d 163, 2d Cir. 2009.

²³⁴ JONGE, Alice de, op. cit., p. 101.

O critério para reconhecimento da jurisdição dos Estados Unidos foi discutido no primeiro caso que chegou à Suprema Corte com fundamento no ATCA, o caso *Sosa v. Alvarez-Machain*, quando a Suprema Corte afirmou que o ATCA estava adstrito a casos aonde o crime alegado fosse amplamente aceito como uma violação de direito internacional costumeiro e a jurisdição estadunidense somente autorizaria suas cortes a reconhecer demandas privadas por violações de normas de direito internacional que tivessem um “conteúdo definido e aceitação entre nações civilizadas”.²³⁵ Não há, no entanto, nenhum acordo quanto ao que seja um conteúdo de aceitação entre nações civilizadas.²³⁶

Por uma série de razões, no entanto, o ATCA vem se mostrando inefetivo nas recentes tentativas de responsabilizar corporações transnacionais por abusos de direitos humanos ocorridos no exterior. Desde o litígio *Doe v. Unocal* em 1997, mais de 50 casos já foram trazidos em face de corporações, no entanto, a maioria deles foi rejeitado de início ou liquidado antes do julgamento, principalmente quando companhias como a *Monsanto*, *Texaco* e *Union Carbide*²³⁷ demonstram sua capacidade de “desgastar” os autores das ações, arrastando os casos para longe do julgamento antes de finalmente decidir pagar quantias muito inferiores àquelas juridicamente demandadas.²³⁸

O caso *Jesner et al v. Arab Bank (2018)*²³⁹ também pertence ao âmbito da cumplicidade corporativa, tendo envolvido a acusação de um grupo de vítimas israelenses em face do Banco Árabe, uma instituição jordana com diversas filiais nos Estados Unidos que teria financiado ilegalmente a organização terrorista que atentou contra eles. A conexão com a jurisdição americana derivou da alegação de que o banco teria usado sua subsidiária americana para promover os atentados e financiar a lavagem de dinheiro. Apesar do debate que se instaurou sobre a pertinência da jurisdição americana, a Suprema Corte se inseriu em um amplo debate acerca da responsabilidade penal das pessoas coletivas no

²³⁵ No original, “we are persuaded that federal courts should not recognize private claims under federal common law for violations of any international law norm with definite content and acceptance amongst civilized nations”. *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004).

²³⁶ No caso *Khulumani*, os querelantes tiveram que argumentar que o sistema de apartheid era uma violação do direito internacional costumeiro. O *apartheid* é expressamente definido como crime contra a humanidade no artigo 7(1)(j) do Estatuto de Roma. Como os Estados Unidos, na ocasião, não haviam ratificado o tratado, foi argumentado que o artigo mencionado era expressão do direito internacional costumeiro. JONGE, Alice de, op. cit., p. 102.

²³⁷ Depois de ocorrido um vazamento de gás pela companhia Union Carbide em 1984 na cidade de Bhopal, Índia, foram necessários cinco anos de litígios judiciais para que a empresa mudasse sua oferta inicial de compensação de US\$7 milhões às vítimas, para a oferta final de US\$470 milhões de reais, conforme decidido pela Suprema Corte da Índia. FARROW, Lauren. *A soft verdict for corporate polluters*. New Matilda, 15 June 2010.

²³⁸ Alimentos S/A. Direção: Robert Kenner. Magnolia Pictures, 2008, (93 min), título original: Food Inc.

²³⁹ *Jesner et al. V. Arab Bank, PLC*, 585 U.S., 2018.

âmbito da lei das nações.

No voto dissidente do Juiz Kennedy o raciocínio construído se embasou no fato de que a maioria das cartas e convenções internacionais excluem corporações de seu alcance jurisdicional, razão pela qual seria pouco plausível o reconhecimento de uma responsabilidade expressa, universal e obrigatória em face das empresas.

Inobstante a pretensa utilidade do ATCA enquanto instrumento com efeitos extraterritoriais, Claire Bright, a partir da análise do caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* conclui que sua relevância é bastante questionável, dado que sua aplicabilidade foi contestada pela ausência de jurisdição sobre o assunto.²⁴⁰ A partir desse caso, a Suprema Corte reforçou o entendimento de que não existia no direito internacional consuetudinário nenhuma evidência capaz de sustentar a tese de que as transnacionais poderiam ser responsabilizadas pela violação da lei das nações, deixando-as imunes a qualquer grau de responsabilização em nível doméstico.

Mais recentemente, o caso *Nestlé Inc. v. Doe (2021)* chamou a atenção para a possibilidade de responsabilizar organizações transnacionais por seu envolvimento em graves violações de direitos humanos no exterior. Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos pudesse ter adentrado em um debate mais específico, a conclusão foi no sentido de que o ATCA, ou seja, o Estatuto de Responsabilidade Civil Estrangeira não teria jurisdição por questões de extraterritorialidade. Mesmo no contexto nacional, a conclusão não é diferente.

Quando observamos o caso Samarco Mineração S/A, os questionamentos associados à responsabilização da empresa foram, em grande medida, travados por discussões de ordem processual derivada da divergência de decisões acerca do suscitado conflito positivo de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Federal. Além da insegurança jurídica

²⁴⁰ Este caso foi apresentado ao Tribunal por ex-residentes da região de Ogoni, na Nigéria, contra empresas petrolíferas multinacionais que exploram, produzem e distribuem petróleo na região. Os querelantes acusaram a Royal Dutch Shell e suas subsidiárias de ajudar e incitar os militares nigerianos a esmagar violentamente as resistências indígenas à exploração e produção de petróleo prejudiciais ao meio ambiente. O 2º Circuito do tribunal determinou que a responsabilidade corporativa não é uma norma do direito internacional consuetudinário e considerou que ações ilícitas contra corporações não são passíveis de ação sob o ATCA. Os tribunais distritais, no entanto, não concordaram, sustentando que as empresas podem ser responsabilizadas sob o ATCA. Como resultado da incoerência entre os tribunais, a Suprema Corte reconheceu pela primeira vez um caso de violações de direitos humanos contra uma empresa sob o ATCA. KEARNEY, C. International human rights – corporate liability claims not actionable under the alien tort statute – *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* in *Suffolk International Law Review*, Vol. 34, No. 1, pp. 263–271, 2011. Para uma análise crítica da reversão jurisprudencial a partir do caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, ver: BRIGHT, Claire. The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction (July 1, 2015). C. Bright, "The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction", in Adriana Di Stefano (ed.), *A Lackland Law? Territory Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law* (Torino: G. Giappichelli), 165-181.

produzida por decisões divergentes e cumulativas, os casos práticos demonstram a necessidade urgente de evolução dos sistemas processuais a fim de absorver a complexidade da criminalidade de empresas e, portanto, remediar as demandas das vítimas. O enfrentamento do tema da responsabilidade criminal das corporações pelos tribunais nacionais e internacionais é, dessa forma, um mecanismo para reduzir a lacuna de responsabilidade que difere maior discussão e aprofundamento sobre como sancionar empresas.

3.2 Política criminal corporativa e questões dogmáticas

A partir da análise de John Hagan em “Who are the criminals?”²⁴¹, é possível compreender como a politização do crime no século XX transformou e distorceu a formulação de políticas criminais e levou os americanos a temer muito o crime nas ruas e, no entanto, muito pouco a criminalidade corporativa ou criminalidade de colarinho branco. Na concepção do autor, a história recente da justiça criminal americana pode ser dividida heurísticamente em duas eras - a idade de Roosevelt (cerca de 1933 a 1973) e a idade de Reagan (1974 a 2008), demarcadas, portanto, pela figura de dois presidentes influentes.

Na era de Reagan, o foco mudou para o tratamento severo dos crimes de rua, especialmente os delitos de drogas, que afetaram desproporcionalmente as minorias e os pobres e resultaram em prisão por atacado. Ao mesmo tempo, a desregulamentação maciça dos negócios proporcionou novas oportunidades, incentivos e até racionalizações para o crime de colarinho branco — o que fomentou a bolha financeira de 2008 e a subsequente recessão. Ao mesmo tempo em que se aumentou o controle sobre a criminalidade de rua, especialmente associada às drogas, a política da era Reagan afrouxou as rédeas da criminalidade de colarinho branco, favorecendo o colapso recente do sistema bancário e financeiro com a crise financeira de 2008. A liberalidade resultou praticamente, na concepção do autor, de uma anulação das restrições impostas à criminalidade de colarinho branco durante a era Roosevelt. Partindo de uma avaliação crítica e historiográfica, o ensaio investiga o fazer e “desfazer” da política criminal nos Estados Unidos desde meados da década de 80 que transformou o país em líder mundial na taxa de encarceramento.

Refletindo os eventos econômicos que perpassam toda a história, enquanto a era Roosevelt foi demarcada pelo aumento da raiva e clamor pela punição de crimes de colarinho

²⁴¹ HAGAN, John. *Who are the criminals? The politics of crime policy from the age of Roosevelt to the Age of Reagan*, Princeton University Press, 2012.

branco, durante a era Reagan, a política criminal mudou de rumo: a criminalidade de rua assumiu grande peso e os crimes corporativos foram considerados última prioridade. A influência de Reagan penetrou de tal modo na política externa que contribuiu consideravelmente para o manejo prejudicial da guerra ao terrorismo e narcotráfico.

Partindo de uma avaliação crítica e historiográfica, o ensaio investiga o fazer e “desfazer” da política criminal nos Estados Unidos desde meados da década de 80 e conclui pela necessidade de que o crime deve ser reformulado e devemos reconsiderar os danos relativos e punições dos crimes de rua e corporativos. Isto porque a empresa ainda constitui um centro de alta complexidade em relação à prática de condutas criminosas e este cenário está diretamente associado a própria sofisticação dos negócios por meio de novas dinâmicas no âmbito corporativo. Nas últimas décadas, esse fenômeno tem fomentado a reconfiguração de um modelo de imputação criminal que estabeleça responsabilidade da empresa e ao mesmo tempo, defina critérios de atribuição de responsabilidade dos sujeitos envolvidos nas infrações.

Nesse contexto, a política criminal corporativa envolve o desenvolvimento do “controle adequado” capaz de prevenir a criminalidade dentro da empresa, exigindo a adoção de garantias pela gestão, favorecendo a implantação de um modelo de gestão, vigilância e controle. A implementação desse modelo passa, necessariamente, pela criação de um órgão interno com poderes autônomos para fiscalizar o funcionamento e cumprimento do modelo de prevenção, criando um mapa de risco capaz de identificar áreas e setores que ofereçam maior risco à violação de direitos humanos. Aliado a isso, a visibilidade conferida à prática do crime e à conduta irregular para, por meio dos canais eficazes de reclamação, dissuadir e punir os infratores também representa medida essencial.²⁴²

Ademais, a organização de um sistema disciplinar que preveja um quadro de infrações em face dos comportamentos que afetam o desenvolvimento e condução dos negócios da empresa depende da existência de autoridades corporativas adequadas para conduzir processos internos disciplinares que possam sancionar desde os trabalhadores da ponta da cadeia produtiva até os dirigentes, chefes de departamento e gestão. As investigações internas devem abranger a elaboração de recomendações, propostas, avaliações e relatórios para reforçar os problemas identificados e os riscos sensíveis às violações de direitos humanos.

Ao longo dos anos, os diversos movimentos e organizações escandalizando

²⁴² RAMÍREZ BARBOSA, P. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales para su configuración. En *NovumJus*, Vol. 2. No. 1, 2008, pp. 101 e ss.

condições de trabalho exploradoras demonstra ser, cada vez mais, um fenômeno cíclico que ultrapassa barreiras geográficas e culturais. A cada nova onda de casos divulgados pela imprensa que vêm a público, as descobertas são acompanhadas por indignação pública, oportunismo político e uma demanda latente para que alguma medida seja tomada- o que geralmente se traduz no incremento da severidade da punição.

A insuficiência das estruturas tradicionais do direito penal clássico para detectar, investigar, julgar e punir crimes corporativos é praticamente um lugar comum nas críticas ao modelo tradicional. A partir de uma crítica ao fracasso de modelos de dissuasão estrita, conforme já exposto, Peter Grabosky esclarece que as falhas de política criminal- regulação contraproducente- em face da criminalidade corporativa, por vezes, resultam de problemas de implementação, ciência e políticas inadequadas.²⁴³ As políticas das quais se lança mão são implementadas sem maiores considerações empíricas ou avaliação e monitoramento e o mesmo ocorre em face da estratégia de criminalização estrita do comportamento corporativo.

Analisando a criminalidade convencional, observa-se que as taxas de criminalidade respondem a mudanças nas políticas com base em uma série de fatores que vão desde a sua implementação até a diferença entre as pessoas na percepção da mudança acerca dos riscos e recompensas. Existem pontos de contato para a atribuição de uma violação de dever organizacional, que assumem caráter relevante para os direitos humanos. Do ponto de vista penal, a violação dos direitos humanos geralmente já em, em alguma medida, é um comportamento de certa gravidade proibido.

As medidas de *compliance* na empresa devem buscar organizar uma autêntica política corporativa de precaução, detecção e comunicação em tempo real de atividades ilegais. Para além disso, supõe a criação de modelos que concretizem formalmente uma cultura empresarial ética e organizacional, a existência de canais de denúncia adequados, a vigilância permanente dos órgãos de gestão, a fiscalização das atividades descentralizadas, a garantia de um processo disciplinar que integra um sistema de ofensas e sanções eficazes para todos os membros e níveis que compõem a empresa. Por outro lado, não parece ser tarefa exclusiva do direito penal lidar com o fomento dessa cultura organizacional.

Muitos casos de contratos transnacionais não representam envolvimento em crimes internacionais ou representam um desafio significativo à busca de evidências adequadas. Nesse sentido, a proposta de Naucke trata, de *lege ferenda*, de um direito penal econômico internacional sem limites como instrumento de proteção dos direitos humanos nas atuais

²⁴³ GRABOSKY, Peter N. "Counterproductive Regulation," *International Journal of the Sociology of Law* 23, 1995, pp. 347-369.

circunstâncias da globalização.²⁴⁴ A idoneidade do direito penal do direito empresarial ou societário traz consigo uma inter-relação e articulação entre os elementos substanciais do direito comercial, financeiro, regulatório e penal, entre outros.²⁴⁵ Isso implica na aplicação de técnicas especiais e precisas para o enfrentamento da prática desses crimes, uma vez que não se trata de uma criminalidade tradicional, mas sofisticada, que frequentemente ao aproveitamento de lacunas regulatórias para facilitar sua abrangência.²⁴⁶ O crime corporativo é um meio para garantir dois valiosos fins: a possibilidade de processos contra indivíduos infratores e a garantia de maior regulamentação em face de organizações empresariais.

Na ausência de uma normatização, existe uma dificuldade muito grande em termos de *advocacy* e persecução penal de construir categorias de culpabilidade. As consequências colaterais de um processo corporativo representam custos sistêmicos e externalidades que o governo, por vezes, prefere evitar. A lógica da criminalidade corporativa representa um afastamento substancial do resto do direito penal. Existem desacordos em face do princípio da legalidade e, com frequência, incompatibilidades com a categoria de culpabilidade e punição limitada. Dessa forma, parece ser irrazoável tentar fazer um esforço dogmático para puxar categorias tradicionais do direito penal clássico para o âmbito da criminalidade corporativa, buscando “encaixar” o fenômeno da criminalidade das empresas dentro da moldura do direito penal clássico. Esse movimento dilui o significado do direito penal e prejudica sua legitimidade.

Por outro lado, há quem sugira que é preferível uma solução que implique o aperfeiçoamento do direito nacional em face de novas constelações econômicas, em vez de suscitar a expansão do direito penal.²⁴⁷ O “conserto” dos limites à criminalidade corporativa passa pela necessária definição de hipóteses- materializadas em tipos penais- que definam explicitamente a falha corporativa passível de intervenção criminal, passando por uma releitura das mais graves violações de direitos humanos já observadas na história corporativa

²⁴⁴ NAUCKE, Wolfgang. *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung*. LIT, Berlin, 2012.

²⁴⁵ Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio: Lumen Juris, 2004, p. 17. A concepção ampla do Direito Penal Internacional exige a superação da dicotomia entre “Direito Penal Internacional” e “Direito Internacional Penal”, em vista do caráter questionável dessa diferenciação, além da ausência de elementos claros de distinção entre ambos os campos. Ademais, com a vigência do estatuto do Tribunal Penal Internacional é possível verificar a união de normas de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito de Execução Penal, Direito Internacional Público e outras áreas.

²⁴⁶ Para maior referência aos elementos do que viria a ser um direito penal econômico internacional, vide: JEBBERGER, Florian. *Die I.G. Farben vor Gericht*. JZ 64:924–932, 2009.

²⁴⁷ WITTIG, Petra. *Die Strafbarkeit des Geschäftsherrn nach deutschem Strafrecht für transnationale Menschenrechtsverletzungen*. In Markus Krajewski, Franziska Oehm & Miriam Saage-Maaß (eds.), *Zivil- Und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung Für Menschenrechtsverletzungen*. Springer Berlin Heidelberg, 2018.

recente.

Ao mesmo tempo, seria possível conferir contornos a hipóteses de responsabilidade por omissão, estreitando as consequências de processos corporativos para tornar a judicialização e as condenações mais prováveis do que os acordos de não persecução penal ou os termos de ajustamento de conduta.

Se pretendermos um sistema legítimo de gestão da criminalidade corporativa, devemos nos debruçar sobre como a legalidade, culpabilidade e responsabilização devem reger o conteúdo e estrutura processual do crime corporativo. Se, por outro lado, descartarmos limites na regulação excessiva, precisamos entender as consequências de uma agenda agressiva e a relevância do rótulo de “criminoso” para as corporações.

Dessa forma, um modelo misto de intervenções tende a ser mais bem sucedido do que o uso exclusivo da dissuasão. Para além da conformidade, a inserção da dimensão ética nos debates e tomadas de decisões no âmbito corporativo, viabilizando não um constante *trade-off* entre resultados e custo moral da decisão, mas antes como legitimar, manter e reforçar os padrões éticos dentro da organização. O objetivo é, ao mesmo tempo, maior desafio é viabilizar a inserção de questões éticas em debates cujos ambientes, com grande frequência, a desencorajam diretamente.

Vaughan nomina de “normalização do desvio” o processo paulatino em que cultura, estrutura e organização se combinam para estender os limites de práticas aceitáveis pela organização.²⁴⁸ O desenvolvimento de programas de conformidade que sejam sensíveis a racionalizações que permitam debates sobre questões éticas aumentarão a probabilidade de dissuadir corporações e rapidamente identificar quais delas não foram dissuadas e, portanto, exigirão medidas alternativas. Isto porque não existe medida exata de “quanta punição” seria necessária para ajustar a conduta das corporações contumazes, por exemplo.

O desenvolvimento de estudos mais aprofundados no campo da criminologia e justiça criminal, crime corporativo e criminosos corporativos representa uma chave para a elaboração de melhores recomendações de política criminal.

Há quem sugira que a responsabilização criminal da empresa serviria de escudo em favor da alta gestão da organização, poupando assim o envolvimento direto dos indivíduos responsáveis, dado que, nos Estados Unidos, por exemplo, a maior parte das infrações corporativas são solucionadas pela promotoria por meio de DPAs ou NPAs.

A criminalização da corporação representa assim, outra alternativa à lacuna de

²⁴⁸ VAUGHAN, Diane. The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster. *Annual Review of Sociology*, vol. 25 (Palo Alto, Calif.: Annual Reviews, 1999), p. 297.

responsabilização. Sob a perspectiva utilitarista, a aplicação de sanção criminal diretamente à pessoa jurídica, em tese, seria capaz de incentivar a alta gestão ao desenvolvimento da supervisão e fiscalização e conseqüente influência na dissuasão de infrações. É inquestionável, todavia, os efeitos colaterais que derivam da aplicação de sanção criminal que, com frequência, conduzem à demissão de CEOs e parte da equipe da alta gestão.

Do ponto de vista prático, no entanto, é preciso considerar o peso e influência da cultura corporativa. As pessoas se comportam de maneira particular quando se encontram no meio coletivo de grandes corporações e, portanto, quando tendemos a “culpar a corporação”, nem sempre é possível afirmar com a mesma certeza que a alta gestão tendia a agir daquela forma sob o aspecto da culpabilidade individual de cada gestor.

Nesse contexto, faz sentido conceber a culpa corporativa como culpa de gestão que necessariamente passa pelas atribuições dos gestores. Porém, em sentido mais amplo, a conclusão mais evidente parece ser no sentido de que o direito penal ainda é uma ferramenta pobre na gestão da criminalidade corporativa. As doutrinas para preencher as lacunas de responsabilidade discutidas não dão conta da complexidade da atividade corporativa multi e transnacional. Nesse aspecto, duas parecem ser as saídas: ou discutimos a reforma do direito penal para incluir novas doutrinas ou utilizamos outras estratégias associadas a modelos de (des)incentivo comportamental.

Se o direito penal permanece sendo instrumento cujo objetivo principal é atribuição de responsabilidade e punição, em vez de incentivo para mudança no comportamento, não é plausível discutir sua adaptação para a criminalidade das empresas. A escala da grande corporação, em que a delegação e deslocalização das atividades estrutura uma espécie de responsabilidade limitada representa um grande desafio em termos de atribuição de responsabilidade.

Possivelmente, se quisermos alcançar, de fato, em maior precisão as causas da criminalidade corporativa, podemos pensar mais profundamente sobre como mudar e estrutura de responsabilidade *ex ante*, isto é, como fazer as organizações empresariais exercerem responsabilidade em vez de impor. Para além das amarras do direito penal clássico, o compromisso com a redução da criminalidade corporativa pode, por exemplo, ser promovido focando em estratégias de *enforcement* da regulação, estabelecendo monitoramentos da cadeia corporativa para aumentar a atenção da gestão.

Em termos de governança corporativa, há uma literatura emergente sobre remuneração de executivos como um tema que pode ser desenhado para modular incentivos,

aumentando consideravelmente o compromisso dos gestores em conter riscos prejudiciais.²⁴⁹ Nesse contexto, há quem sugira que na medida em que as empresas buscam imitar seus pares, a introdução de reformas de conformidade onerosas é copiada pelos concorrentes inclusive como um subterfúgio para mitigar o impacto que reformas no *benchmark* da indústria provocaria na política de remuneração dos seus executivos.²⁵⁰

Esse cenário reforçaria assim, a conclusão de que a sanção é o “preço do negócio”. No sentido do que argumenta John Coffee Jr, o problema da responsabilidade corporativa é que como as próprias corporações são a melhor fonte para identificar quem são, de fato, os culpados pelas consequências danosas e essas informações não estão facilmente ao alcance do Estados, sobretudo em corporações multi e transnacionais, a melhor estratégia talvez não seja escolher responsabilizar a corporação ou seus executivos, mas sim perseguir ambos na expectativa de que as informações colhidas evidenciem a trama de relações.²⁵¹

Sob o modelo de responsabilidade vicária, Coffee Jr ressalta que a Suprema Corte apenas tem acolhido como argumento de defesa a comprovação da impossibilidade do ator, a despeito da função de gestão, prevenir ou corrigir a violação e, no entanto, a *corporate officer doctrine* tem sido aplicada desde casos ambientais até antitruste, envolvendo o *Sherman Antitrust Act*.²⁵²

No que se refere à responsabilização individual dos gestores os estatutos não chegaram a abordar questões centrais sobre: quão amplamente se espera que um executivo monitore as operações? O que compõe precisamente o dever da alta cúpula de monitoramento e prevenção? Como definir a prova da negligência envolvendo gestores distantes da cadeia produtiva? Todas essas questões ainda não foram respondidas com propriedade e, para além da criminalização, uma alternativa seria justamente permitir que as agências reguladoras aplicassem multas administrativas em face dos gestores. Do ponto de vista da materialidade, haveria menor dificuldade de dar vazão pelo viés do direito civil (preponderância das evidências) do que do direito penal (materialidade da infração).

Esse raciocínio poupa os executivos de acusações graves peremptórias como *corporate manslaughter*, a menos que realmente se comprove a intenção (*mens rea*). Por outro lado, é irrazoável direcionar os esforços para um marco normativo que defina qual o

²⁴⁹ BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO, Roberta. Getting Incentives Right: Is Deferred Bank Executive Compensation Sufficient?, 31 YALE J. REG. 523, 2014.

²⁵⁰ GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance, 57 WM. & MARY L. REV. 2075, 2133, 2016.

²⁵¹ Vide “Reforming Corporate Criminal Law” em COFFEE JR, John. Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

²⁵² COFFEE JR, John. "Corporate Crime and Punishment: The Crisis of Underenforcement" *Books*. 256, 2020.

dever de todas as corporações, porque existe grande divergência sobre o escopo, o risco e os padrões mínimos de zelo e diligência para cada atividade. Nesse contexto, Coffee Jr enfatiza que o melhor curso de ação não seria focar na responsabilização criminal a todo custo das empresas por um único ato de negligência, mas antes reduzir o incentivo para assumir riscos e, ao mesmo tempo, instituir mecanismos que exigissem uma divulgação mais aberta e transparente dos riscos da atividade.²⁵³

3.2.1 O fenômeno da reincidência na criminalidade corporativa e o problema do *underenforcement*

Dentro do espectro de como os Estados Unidos lida com a criminalidade corporativa, a realidade demonstra que grande parte das persecuções penais resulta em acordos que evitam um julgamento e os acordos diferidos, ou seja, NPAs (*non-prosecution agreements*) e DPAs (*deferred prosecution agreement*). Para além da imposição de multa ou condenação, não existe um esforço ou iniciativa, por exemplo, para de fato remodelar as estruturas de governança corporativa. No Brasil, a persecução criminal em face de corporações também resta significativamente comprometida pela ausência de instrumentos jurídicos capazes de trazer, de fato, condenação a grandes grupos econômicos e subsidiárias ou matrizes que atuem no Brasil.

Em extensão à noção trazida por Brandon L. Garrett através da expressão “*too big to jail*”, se de um lado é possível processar e condenar um alto executivo de uma corporação, por outro lado, é impossível processar e barrar as operações de grandes corporações como a Apple, a GM ou Cargill, sem provocar uma verdadeira crise no segmento em que atua. Se uma grande empresa “grande demais para quebrar” é submetida a determinada sanção financeira – uma multa extremamente punitiva- que coloca em risco sua própria saúde financeira, não se pode ignorar a externalidade negativa que daí deriva, podendo culminar na dispensa em massa de funcionários, redução de atividades e, em alguma medida, provocando impactos adversos na comunidade em que se insere tão negativos quanto a própria infração em si.

Escândalos como o ocorrido com a Arthur Andersen impulsionaram significativamente a dependência em face de DPAs, justamente porque havia o receio de que

²⁵³ COFFEE JR, John. *Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

qualquer acusação ou persecução formal dos bancos provocaria uma retirada em massa de dinheiro. O modelo de controle da criminalidade corporativa desenvolvido nas últimas décadas nos Estados Unidos tem associado uma ampla regra de responsabilidade criminal com uma prática de redução de sanções para corporações que auxiliam na fiscalização, detectando e relatando infrações criminais, no marco da justiça penal negociada.²⁵⁴ A resposta criminal nesse sistema permite responsabilizar as empresas criminalmente, sob a doutrina *respondeat superior*, por todas as ações ou omissões de funcionários no âmbito da relação de trabalho, com alguma intenção de beneficiar a organização empresarial.

Ao mesmo tempo, o modelo estadunidense tem uma política declarada de ofertar acordos diferidos e acordos de não persecução penal (DPAs e NPAs) quando as empresas relatam condutas criminosas ou cooperam totalmente com os esforços do governo, o que permitirá alcançar maiores resultados no processo investigação, sem desencadear, dentro da empresa, maiores consequências colaterais derivadas de uma condenação formal. Em um *deferred prosecution agreement (DPA)*, o promotor registra acusações, mas concorda em rejeitar as acusações, sem convicção, se a empresa cumprir os termos do acordo. Sob um *non prosecution agreement (NPA)*, o promotor concorda em não apresentar acusações contra a empresa a barganha for cumprida.²⁵⁵

Arlen argumenta que pequenas empresas geralmente não cooperam para obter tais modalidades de acordo porque, em muitos casos, o próprio gestor está envolvido na transgressão, porque tais empresas têm pouco a ganhar com a economia da sanção -já que nem sobreviveriam à multa- ou ainda porque, diante da estrutura enxuta, os próprios promotores são capazes de obter evidências suficientes da infração penal.²⁵⁶

Já no que se refere às grandes organizações empresariais, a má conduta de corporações multi e transnacionais, pela amplitude de sua atuação e abrangência de mercado e sua esfera de influência, tornam extremamente complexa a detecção dos crimes. Ao mesmo tempo, o comportamento empresarial infrator, frequentemente embutido nas práticas

²⁵⁴ Em 2011, por exemplo, os Estados Unidos impuseram sanções criminais a setenta e seis organizações empresariais, o que representou naquele ano mais de 80% cento do número total de sanções impostas contra pessoas jurídicas pelos demais países do mundo e em 2013, mantiveram o percentual de 67% conforme dados ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, WORKING GROUP ON BRIBERY, 2011 DATA ON ENFORCEMENT OF THE ANTI-BRIBERY CONVENTION 3 (2012), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyConventionEnforcement2011.pdf> [<https://perma.cc/7CMK-HZCC>]

²⁵⁵ UHLMANN, David M. Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability, 72 MD. L. REV. 1295, 1303–15, 2013.

²⁵⁶ ARLEN, Jennifer. Arlen, Jennifer, The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines (August 2, 2011). University of Miami Law Review (Symposium issue), Forthcoming, NYU Law and Economics Research Paper No. 11-21.

comerciais e no “modelo de fazer negócio” implicam um questionamento plausível sobre fraudes e intenção criminosa.

Na última década, por exemplo, em consulta ao *Corporate Prosecution Registry*,²⁵⁷ na jurisdição brasileira houve apenas cinco casos envolvendo grandes corporações que foram resolvidos ou com o *plea bargaining*, com DPAs e NPAs. Nos Estados Unidos, quando o DOJ sanciona uma grande multinacional, o acordo ou condenação dali resultante, na maioria das oportunidades, envolve infrações ambientais, danos ao consumidor, fraude contábil em grande escala, suborno e corrupção.

A importância sistêmica de algumas corporações é tão proeminente, que quando violam a lei, o governo fica inabilitado no uso das sanções como ameaça. Desde o início do século XXI, o *Department of Justice* processou empresas por diversos crimes que vão desde fraude e suborno até antitruste e lavagem de dinheiro nos Estados Unidos. No entanto, poucos casos resultaram em acusações contra indivíduos. Entre 2001 e 2014, dos 306 casos negociados por procuradores federais com empresas no Estados Unidos, apenas 34% envolveram pessoas como infratores.

Essa divergência e escassez de persecuções penais individuais, segundo Werle, fomenta a narrativa de que a pessoa jurídica pode ser usada como um escudo para evitar penalidades criminais individuais.²⁵⁸ As propostas de controle da criminalidade corporativa, via de regra, entendem o fenômeno como um custo de agência, uma vez que a assimetria informacional impede o real monitoramento de toda a estrutura interna de pessoas.

A otimização da dissuasão pelo governo pode ser feita assim, por pelo menos três diferentes vias: processando e sancionando apenas as corporações, processando apenas os indivíduos apontados como culpados ou ainda uma combinação estratégica em que se processam e sancionam tanto a empresa quanto os funcionários envolvidos. A história recente demonstra que a primeira alternativa de sancionar severamente as corporações não impede realmente o crime corporativo. Brandon Garrett²⁵⁹ apontou que as taxas de reincidência da criminalidade corporativa nessa circunstância permanecem consideravelmente altas.

O estudo clássico de Gary Becker tratando do crime como uma escolha racional

²⁵⁷ <https://corporate-prosecution-registry.com/browse/>

²⁵⁸ WERLE, Nick. Prosecuting Corporate Crime When Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review (August 7, 2018). Yale Law Journal, Note Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3216152> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3216152>

²⁵⁹ GARRETT, Brandon L. TOO BIG TO JAIL: HOW PROSECUTORS COMPROMISE WITH CORPORATIONS 5, 2014.

inaugurou a análise econômica da dissuasão criminal, reforçando a teoria da escolha racional. O fundamento teórico reside na ideia de que os delinquentes econômicos atuam sob o paradigma do infrator calculador, cuja decisão de delinquir é precedida de ponderação das vantagens e desvantagens associadas ao delito. Basicamente a ideia da dissuasão parte da premissa de que um indivíduo cometerá uma infração se o benefício privado for maior do que a inutilidade da sanção aplicada. Nesse modelo, o governo deveria adotar uma estratégia de sancionamento em que a aplicação da lei fosse capaz de produzir uma pena severa o suficiente para induzir a internalização dos custos sociais do comportamento do infrator.

O crime resultaria de um custo de agência da divergência de interesses entre infrator e governo. Ao mesmo tempo, haveria uma predileção pelas sanções monetárias justamente por, diferentemente do encarceramento, não envolverem significativos custos sociais.²⁶⁰ Esse modelo de dissuasão fundado no cenário dos tomadores de decisão corporativa como atores racionais que sopesam as vantagens e desvantagens do cumprimento da lei é bastante limitado e simplista. Nessa perspectiva, todo descumprimento da lei poderia ser atribuído a circunstâncias em que os benefícios do crime são superiores à severidade da sanção. Na realidade, o descumprimento ocorre por muitas outras razões, para além do cotejo econômico.

Trazendo à discussão o dilema das corporações *too big to jail* nas quais sua inserção é tão valiosa para a economia e sistematicamente importante, Werle discute se mesmo nesse contexto seria possível trabalhar com a noção de dissuasão.²⁶¹ O autor sugere que especificamente no caso de grandes organizações empresariais, é prudente avaliar opções de indução de uma ameaça credível de sanções não monetárias que vão desde o encarceramento até restrições à liberdade de mercado futura, reforçando as conclusões do Memorando Yates, que endossa a persecução individual para combater e deter a criminalidade corporativa.²⁶² Isto porque esse memorando levou a uma posição radical exigindo que para a corporação recebesse crédito pela cooperação, deveria indicar as pessoas envolvidas na infração apurada.

Do ponto de vista prático, quando a empresa é incapaz de monitorar ou disciplinar seus funcionários ou ainda quando o governo tenta pressionar os funcionários a não cooperar com a política interna da empresa, a responsabilização individual pode ser uma ferramenta

²⁶⁰ Richard Posner, nessa mesma lógica, conclui que todas as punições têm um equivalente monetário, então a prisão seria reservada somente para os infratores que não pudessem pagar as multas. Vide POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals, 17 AM. CRIM. L. REV. 409, 410, 1980.

²⁶¹ WERLE, Nick, Ibidem.

²⁶² Sally Yate's Memorandum on Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, September 2015.

importante. No entanto, do ponto de vista prático, mesmo em países de *common law*, o aumento acentuado das penalidades corporativas não conduziu a um aumento do número de processos individuais.

Ao mesmo tempo, a negociação de uma política de leniência para estimular a cooperação corporativa também não tem funcionado. Em algumas oportunidades, as corporações recebem um crédito substancial por um programa de conformidade que continua a ensejar más condutas por muitos anos e mesmo nesse cenário, aplicar penalidades corporativas severas também não parece ser a solução mais razoável.

Até meados da década de 60 quando Gary Becker publicou sua obra “*Crime and punishment: an economic approach*” era evidente que os estudos econômicos há muito já tinham deixado o âmbito do direito penal para a criminologia. Em sua concepção, no entanto, Becker ignorou o peso das inibições morais do réu, bem como o risco de perda de reputação, sugerindo- assim como a maioria dos economistas- que a política criminal poderia ser mais efetiva se buscasse aumentar a dissuasão na mesma medida em que agravasse as penalidades.

Na perspectiva de que o encarceramento impõe custos implícitos, deveria ser reservado para os réus que não tivessem propriamente condição de arcar com as sanções financeiras. Todavia, no raciocínio de Becker, quando o ganho real excede à penalidade real- o que acontece na maioria das vezes- a chave do critério econômico de cometer ou não a infração cai por terra.²⁶³

O escândalo de emissões *Dieseldgate* envolvendo a montadora alemã Volkswagen, por exemplo, culminou em um acordo para que, diante das evidências de manipulação de testes de emissão de gases poluentes, a empresa fosse obrigada a pagar US\$25 bilhões em multas e compensações pelos danos causados. Embora significativamente alta a penalidade financeira, se considerado que a empresa foi confrontada com a possibilidade de perda do mercado americano se não pudesse estar em conformidade com os padrões de emissões, certamente é bem provável estimar que o retorno da infração ultrapassou significativamente a sanção imposta.

De outra perspectiva, a mera imposição de multas a grandes atores corporativos que detêm parcela significativa do mercado que atuam e, portanto, uma esfera de influência considerável sobre a economia nacional e internacional, na maioria das vezes, representa o

²⁶³ Na condenação do banco BNP Paribas em 2015, por exemplo, Coffee Jr sugere que muito embora tenham sido pagos quase US\$8,9 bilhões de dólares, batendo o recorde da maior multa criminal paga, o Wall Street Journal divulgou que para cada US\$1,00 ganho a partir de supostas violações cometidas pelo banco, apenas US\$0,30, em média, foram pagos em penalidade. Retirado de: COFFEE JR, John. *Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

“custo de fazer negócio”. Nessas condições não é possível esperar que a sanção financeira seja capaz de desencadear uma mudança necessária na cultura corporativa.

A maioria dos países que buscam reformas estruturais no âmbito do direito penal têm leis materialmente diferentes que controlam os âmbitos público e privado no que concerne a acesso a evidências de crimes de colarinho branco. Diferenças significativas tendem a afetar o valor e o resultado esperado das investigações corporativas e das autoridades de fiscalização na investigação da má-conduta, fazendo com que alguns órgãos reguladores do exterior, por exemplo, estejam em posição superior para investigar e coletar evidências.

Independentemente do rigor regulatório, no entanto, Uhlmann afirma que o uso constante de *DPA*s e *NPA*s, ou seja, técnicas de justiça penal negociada reduzem significativamente o valor dissuasor da lei, eliminando o viés social da condenação criminal.²⁶⁴ Nesse contexto, a fim de oportunizar uma capacidade real de prevenção da criminalidade corporativa, Coffee Jr propõe como estratégia a eliminação do que o autor chama de fatores crimino gênicos da criminalidade corporativa, que geralmente se traduzem na pressão para encorajar as empresas a buscar o maior lucro possível, no menor prazo, mediante comportamento temerário em face dos riscos.

Essa circunstância se revela na contradição de exigir da corporação alta capacidade produtiva em um curto prazo e, ao mesmo tempo, sancionar a empresa quando, para atender essa demanda, “elimina” etapas indispensáveis à garantia de um *standard* mínimo na cadeia produtiva. A grande crítica oposta por Miriam Baer no que concerne a propostas como *Sarbanes-Oxley* e *Dodd-Frank* é que ambos derivaram de uma reação legislativa movida por medo e hostilidade diante de inúmeros casos de escândalos corporativos e fraudes contábeis multimilionárias, deixando de lado a necessidade de um debate público fundamentado.²⁶⁵ Para além disso, o grande problema talvez seja que, quando tratamos de punição, existe uma inclinação das instituições públicas para abraçar fundamentações essencialmente retributivas. Para além das funções retributiva ou preventiva, a finalidade da pena direcionada a organizações empresariais também assume o viés expressivo, por exemplo por meio de Günther Jakobs, em que se enfatizam as funções comunicativas das sentenças e sanções como meios simbólicos de aplicação da lei.²⁶⁶

A filosofia do direito penal, nesse aspecto, ainda precisa destilar meios e objetivos

²⁶⁴ UHLMANN, David M. *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, 72 MD. L. REV. 1295, 2013.

²⁶⁵ BAER, Miriam. *Choosing punishment*. Boston University Law Review, Vol. 92, No. 2, 2012, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 272, 2012.

²⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Norm Person Gesellschaft*. Duncker&Humblot: Berlin, 2008.

da sanção corporativa, a fim de identificar a natureza da conduta que merece punição e os parâmetros para definição do seu *quantum*. Na ausência de consenso sobre esses elementos, - no que se convém chamar como “deserto empírico”²⁶⁷- prevalece uma inclinação subjetiva da sociedade sobre como e quando punir.²⁶⁸ Nesse caminho, a versão mais simples e clara da noção de proporcionalidade se reflete na máxima bíblica do “olho por olho, dente por dente”, em que a magnitude da sanção deve ser tão severa quanto a ilicitude do ato.

Além da dificuldade de se estabelecer metas retributivas em um cenário concreto, não temos dados confiáveis e métodos legítimos para testar a política criminal corporativa e isso torna mais difícil cultivar expectativas de que os reguladores públicos superem o mercado no estabelecimento de condições ideais de governança corporativa.²⁶⁹ Essa consideração se relaciona com a teoria de Ronald Coase, que, em meados do século XX, concluiu que na ausência de externalidades significativas ou diferentes custos de transação, a lei deveria tentar adiar a assunção e realocação de direitos e obrigações por partes privadas.

A despeito do ponto de vista apresentado, definir os contornos do que efetivamente vem a ser uma “recompensa financeira extremamente generosa” à alta gestão não comporta sempre uma baliza objetiva. Para além dessa dificuldade, definir o volume e expressão financeira das recompensas à gestão como critério para a assunção de responsabilidade jurídica parece ainda um terreno nebuloso. Isto é, impor uma “liberdade condicional” à empresa mediante redução da recompensa financeira a fim de desmotivar o executivo não necessariamente provocará diretamente um desincentivo na assunção de riscos cada vez maiores. Ainda que se justifique como legítima a intervenção na atividade privada da empresa- uma vez verificados impactos adversos-e, portanto, o que se poderia chamar de “organização disfuncional”, as tentativas de interferir em políticas internas corporativas também fomentam um comportamento não colaborativo.

Basta imaginar o escopo da atuação de uma grande corporação multi ou transnacional que envolva pagamentos indevidos ou prática de suborno entre jurisdições. Nessa hipótese, é impossível que a instituição nacional responsável pela persecução penal seja capaz de, minimamente, desvendar a atuação ilícita sem a assistência da própria corporação.

²⁶⁷ O estudo das reflexões e intuições subjetivas acerca da sanção criminal é chamado de “deserto empírico”. Para uma visão geral dessa crítica, ver: ROBINSON, Paul H.; DARLEY, John M. Darley, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*, 81 S. CAL. L. REV. 1, 1, 2007.

²⁶⁸ BAKER, Dennis J. *The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law*, 56 MCGILL L.J. 349, 349, 2011.

²⁶⁹ Analisando como o uso de atores corporativos reduziu significativamente o “efeito de dotação” em transações comerciais, vide: ARLEN, Arlen; SPITZER, Matthew; TALLEY, Eric. *Endowment Effects Within Corporate Agency Relationships*, 31 J. LEGAL STUD. 1, 5, 2002.

É irrazoável pensar que a empresa nessas condições, cuja política interna de recompensas estivesse sob o alvo do escrutínio público, estaria disposta a cooperar com as autoridades públicas, sobretudo se encontrasse quaisquer evidências da prática de infrações. Por outro lado, também não compreende cenário ideal a atuação da administração da justiça criminal somente até a prolação da sentença. Há uma lacuna que precisa ser abordada, sob pena de abrir caminho para a reincidência corporativa. Nesse sentido, os DPAs e NPAs podem ser toleráveis porque, possivelmente, sem eles o Estado teria poucas condições de garantir uma investigação interna completa.

Ao mesmo tempo em que se mostra imprescindível a cooperação com a própria organização para colher dados e informações relevantes sobre a infração, é preciso pensar em estratégias de qualificação de um sistema de apoio ao Judiciário e à persecução do Estado que sejam capazes de tecnicamente rejeitar investigações internas incompletas. A corporação precisa estar motivada por uma grande ameaça a fim de que possa ser movida por incentivos para entregar todas as evidências e informações. Dentro da estratégia do dilema do prisioneiro, se existe uma ameaça suficiente criada, os executivos são forçados a competir pela leniência no julgamento em um jogo de soma zero.

Coffee Jr em seu livro *Corporate crime and punishment: the crisis of underenforcement* demonstra a existência de um problema de *underenforcement* justamente porque, na observância do histórico de escândalos corporativos recentes desde a crise econômica mundial de 2008, as falhas não têm sido um mero deslize, mas antes persistentes desvios de comportamento corporativos. Nessa sistemática, existe um incentivo perverso, por meio do excesso de DPAs e NPAs, para entender que a melhor saída é sempre negociar a clemência. O que em última instância traduz uma política de “*all carrots and no sticks*” em que não se estabelecem limites razoáveis na troca da estratégia de leniência para cooperação.

Os escândalos contábeis que conduziram à condenação da empresa Arthur Andersen, responsável pela auditoria da Enron e WorldCom foram, em grande medida, agravados pela determinação da gestão de implantar uma política coagida de destruição em massa de documentos. Naquela ocasião, a Suprema Corte entendeu que a promotoria teria provado a existência de um elemento mental (*mens rea*) a partir da ação consciente e corrupta da empresa em persuadir funcionários a destruir documentos. Dessa forma, a subversão das investigações diante do comportamento empresarial, linguisticamente, conforme Coffee Jr, demonstraria uma intenção culpável.

3.2.2 Direito penal corporativo, cumplicidade e horizontalização dos direitos humanos

Os problemas jurídico-normativos que derivam da criminalidade corporativa não são novos na literatura, nem na jurisprudência. Ao contrário do que sugere a crença popular, o direito penal há muito tempo é utilizado para processar e condenar organizações empresariais. Surge aqui a necessidade de se refletir sobre a diferença entre o direito penal da empresa e o direito penal na empresa. O primeiro se refere às circunstâncias em que o objeto social da empresa é usado para cometer crimes, abrangendo uma categoria de crimes que afetam desde a ordem econômica e social até crimes ambientais e contra a propriedade intelectual. O direito penal na empresa, por outro lado, remete aos crimes dentro da empresa sem se ligar ao seu objeto social. Ou seja, trata-se das infrações que acontecem no ambiente corporativo, mas sem elementos que envolvam a própria organização em si, que figura apenas como cena do crime.²⁷⁰

Nos Estados Unidos, por exemplo, o Congresso passou a aprovar estatutos que criminalizam expressamente a má conduta corporativa, desde o *leading case New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States*. É importante ressaltar o direito penal clássico não faz nenhuma separação categórica entre direito penal dos indivíduos e direito penal das organizações. Historicamente, portanto, a fim de adaptar a responsabilização empresarial à realidade dogmática disponível, os tribunais federais estadunidenses continuaram a empregar a doutrina de responsabilização de um superior pelas falhas cometidas pela empresa.

Independentemente do modelo observado, porém, a questão de fundo que se pretende analisar é se os direitos humanos internacionais podem ser exigíveis em face de atores corporativos, de forma que, uma vez violados, ensejariam a aplicação de sanções criminais. De início, a resposta óbvia dentro do movimento de horizontalização dos direitos humanos parece ser a necessária assunção de responsabilidade pelas empresas na garantia dos direitos humanos relevantes aqui entendidos como derivados da Carta Internacional de Direitos Humanos e da Declaração de Princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 (Princípios Ruggie (nota 8), Princípio 12).²⁷¹

²⁷⁰ RAMÍREZ BARBOSA, Paula. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales para su configuración”. En *NovumJus*, Vol. 2. No. 1, 2008, pp. 101 e ss.

²⁷¹ 12. A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos – entendidos, no mínimo, como aqueles expressos na Carta Internacional de

Dentro do sistema constitucional de diversos Estados tem sido comum o reconhecimento do efeito horizontal direto de direitos fundamentais previstos nas Constituições também em face de atores empresariais. Embora essas garantias tenham sido concebidas inicialmente como obrigações assumidas pelo Estado, as interpretações jurisprudenciais e *cases* internacionais têm imposto o reconhecimento desses direitos também em desfavor de grandes organizações empresariais.

Sob a perspectiva dogmática da atuação das corporações, é preciso diferenciar minimamente dois cenários: o crime corporativo praticado em território brasileiro por empresa estrangeira e o crime corporativo de empresa nacional praticado em território nacional e/ou estrangeiro. Trata-se de circunstâncias distintas que desafiam a aplicação do direito penal no espaço e na jurisdição nacional.

Do ponto de vista normativo, o desafio reside em definir sob quais condições pode o ator privado ser diretamente vinculado ao conteúdo de direitos humanos fundamentais. Os argumentos em favor de uma imposição de obrigações de direitos humanos de *lege ferenda* a atores corporativos residem sobretudo em um poder econômico “privado” que poderia ser quase que igualado ao poder público do Estado sob alguns aspectos. Na medida em que existe, portanto, uma soberania corporativa, seria possível exigir das empresas o cumprimento dos direitos humanos como uma espécie de contrapartida.

Por outro lado, a compreensão dessa exigência aos atores privados implica necessariamente uma mudança de paradigma, dado que os direitos humanos, a princípio, foram inventados como direitos exigíveis em face do Estado, diferentemente das empresas

Direitos Humanos e os princípios de direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Comentário Como as empresas podem ter um impacto sobre praticamente toda a gama de direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sua responsabilidade de respeitar aplica-se a todos esses direitos. Na prática, alguns direitos humanos podem estar em maior risco que outros em determinados setores ou contextos e, portanto, devem ser foco de atenção especial. Contudo, como as circunstâncias podem sempre mudar, a situação dos direitos humanos deve ser revisada periodicamente. Uma lista oficial dos principais direitos humanos internacionalmente reconhecidos está contida na Carta Internacional de Direitos Humanos (consistindo na Declaração Universal dos Direitos Humanos e os principais instrumentos por meio dos quais ela é codificada: o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), a qual se soma as principais convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), conforme estabelecido na Declaração sobre os Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho. Essas são as referências com relação às quais outros atores sociais avaliam os impactos das empresas nos direitos humanos. A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos é diferente das questões de responsabilidade jurídica e de aplicação de leis, que continuam dependendo das disposições da legislação nacional aplicável em cada jurisdição. Dependendo das circunstâncias, as empresas podem ter de considerar normas adicionais. Por exemplo, as empresas devem respeitar os direitos humanos de indivíduos que pertencem a grupos ou populações específicas que exigem atenção especial, nas situações em que impactam adversamente esses direitos. Nesse sentido, os instrumentos das Nações Unidas especificaram melhor os direitos de povos indígenas, mulheres, minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, crianças, pessoas com deficiência e trabalhadores migrantes e suas famílias. Ademais, em situações de conflito armado, as empresas devem respeitar as normas do direito internacional humanitário.

que não são dotadas de poderes específicos para exercer qualquer tipo de jurisdição.

No contexto atual de organização de cadeias produtivas transnacionais, por meio do *fórum shopping*, as empresas são capazes de se evadir de requisitos indesejáveis da legislação nacional, mudando para jurisdições onde o nível protetivo dos direitos humanos é significativamente menor. Isso equivale à deslocalização para Estados cuja regulamentação nacional normalmente é frágil, fazendo com que haja, de fato, uma maior expectativa social de que as empresas suportem maior responsabilidade pelo bem-estar de seus funcionários e da comunidade em que se inserem.

Conceber a simples transposição das obrigações de direitos humanos diretamente às empresas, todavia, parece distante da realidade. Embora a sua atividade, de fato, influencie diretamente o gozo dos direitos, as empresas têm um papel distinto na sociedade, com natureza e atividades distintas do Estado. É nesse contexto que a interação entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito penal e o direito privado dos Estados precisaria, de alguma maneira, funcionar.

O conceito de jurisdição internacional preenche a lacuna entre os limites das normas jurídicas internacionais e as nacionais. Da perspectiva da vítima, define os locais a partir dos quais as demandas de reparações e indenizações por violações de direitos humanos podem ser interpostas. É precisamente nesse contexto que se insere a discussão sobre como responsabilizar empresas com matriz estrangeira por violações de direitos humanos ocorridas em territórios nacional.

Especialmente no Brasil em que se verifica um quadro social deficitário e uma baixa institucionalidade na proteção de direitos humanos, o país tem sido palco da atuação irresponsável de diversas organizações empresariais. Nesse aspecto, nosso Código Penal, especificamente no art. 5º, com fundamento no princípio da territorialidade, prevê a aplicação da lei brasileira ao crime cometido em território nacional.

A relevância do conceito de cumplicidade não se restringe apenas ao âmbito de aplicação do direito penal. Desde os julgamentos de Nuremberg em face de empresas que forneceram armas ou o gás letal Zyklon-B para os campos de concentração e partindo de um conceito de “ação neutra” enquanto contribuição que não necessariamente oferece um risco moral (*moral hazard*) a interesses protegidos e pode inclusive compreender práticas aprovadas pela comunidade internacional, Burchard analisa o tratamento conferido pelo Tribunal Penal Internacional²⁷² à cumplicidade de organizações empresariais. São

²⁷² O artigo é delineado pelos limites da competência atribuída ao Tribunal Penal Internacional (TPI) para julgamento dos crimes de guerra e agressão, crimes contra a humanidade e genocídio, nos termos do art.5(1)

individualizados quatro eixos de análise da cumplicidade corporativa. No primeiro eixo, há uma divisão entre envolvimento direto, indireto e auxiliar das organizações empresariais, sendo que o fornecimento de gás letal Zyklon B, um pesticida usado nas câmaras de gás por empresas como a alemã IG Farben poderia ser considerado uma contribuição indireta.

Por outro lado, o emprego de mão-de-obra em condições análogas às de escravo e maus tratos de trabalhadores por corporações varejistas de vestuário como a Zara compreenderiam uma contribuição direta. Do ponto de vista normativo, também haveria diferenças entre as contribuições socialmente danosas ou perigosas e as contribuições neutras, que não ofereceriam nenhum perigo de dano específico ou inaceitável grau de periculosidade.

O segundo eixo envolvendo a motivação, compreende a percepção do papel das empresas e possível sobreposição ideológica entre as práticas empresariais e as principais políticas criminais assumidas pelo Estado em que operam. O terceiro eixo, fundado na teoria organizacional, diferencia empresários individuais e grandes corporações, sendo que quanto maior a corporação, maiores são os obstáculos associados a governança corporativa, falta de agência e assimetria informacional, favorecendo a irresponsabilidade organizada e a impunidade. O quarto eixo, de natureza normativa, avalia a integração da organização empresarial em um Estado que tolera a violação de direitos humanos, medindo assim, a corrupção normativa das corporações.

Nessa perspectiva, a criminalização de uma contribuição para um crime exigiria, a princípio, uma relação socialmente inaceitável e prejudicial ao cometimento do crime. Porém ainda mais difícil seria atribuir responsabilidade quando a contribuição da organização empresarial equivale ao mero financiamento indireto de regimes políticos ou ainda o lucro com a venda de produtos criminosos, como os “diamantes de sangue”.²⁷³

Sob os contornos do conceito de “crime corporativo de núcleo político” ou *corporate political core crime*, Burchard interpreta a lógica lucrativa que orienta o *homo economicus* da mesma forma que a banalidade do mal cunhada por Hannah Arendt: neutralização do processo de desumanização. A existência de uma mentalidade amoral no comportamento corporativo criminoso reflete técnicas de neutralização e indiferença moral em face de uma série de escândalos corporativos, seja por meio da negação da responsabilidade ou da própria

do Estatuto de Roma. BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business contributions to Corporate-Political Core Crime *In Journal of International Criminal Justice*, vol.8, Issue 3, 2010, pp.919-946.

²⁷³ Refere-se aos diamantes extraídos sobretudos de áreas dominadas por guerras civis ou regimes ditatoriais, mediante uso de mão-de-obra escrava, com a finalidade de financiar grupos insurgentes ou tropas do governo. O diretor estadunidense Edward Zwick produziu o filme homônimo “Diamante de Sangue” em 2006.

negação da vítima.²⁷⁴

Do ponto de vista normativo, contudo, o Estatuto de Roma²⁷⁵ é conceitualmente rigoroso na análise da cumplicidade corporativa, exigindo para tanto um necessário conhecimento da organização acerca do crime que facilita com seu comportamento. Se de um lado, no entanto, a previsão do Estatuto cria amarras à configuração da cumplicidade corporativa, as iniciativas internacionais que o sucederam se dissolvem em fórmulas excessivamente vagas que também apresentam falhas.

Quando se observa, por exemplo, a experiência com o caso noticiado envolvendo a gigante francesa LafargeHolcim é possível compreender, no limite, o alcance do dever de vigilância que permeia as cadeias produtivas empresariais. O litígio envolvendo a Lafarge e sua subsidiária Lafarge Cement derivou de acusações apresentadas em 2016 por ex-funcionários sírios, juntamente com o Centro Europeu de Direitos Humanos acusando o grupo de fazer acordos com grupos armados para manter sua fábrica de cimento funcionando entre 2012 e 2014 na região nordeste da Síria.²⁷⁶

Nesse contexto, o grupo Lafarge teria pago milhões de euros a militantes islâmicos e em troca recebido licenças de funcionamento para que seus funcionários pudessem continuar a trabalhar em plena guerra civil, o que configuraria uma espécie de financiamento indireto aos grupos rebeldes armados. Recentemente, em setembro de 2021, o Tribunal francês decidiu que o grupo Lafarge poderia ser indiciado por crimes contra a humanidade praticados pelo Estado Islâmico.

O entendimento do tribunal comungou da ideia de que o grupo Lafarge tinha conhecimento preciso das ações da organização radical, que eram suscetíveis de constituir crime contra a humanidade, no que se refere à extensão dos crimes cometidos. O caso do grupo multinacional reflete a realidade de empresas transnacionais alimentando conflitos

²⁷⁴ KALECK, Wolfgang; SAAGE-MAAß, Miriam. Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: the *status quo* and its challenges. In *Journal of International Criminal Justice*, Volume 8, Issue 3, July 2010, pp. 699–724.

²⁷⁵ De acordo com o art.25(3) do Estatuto de Roma, “3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: (...)d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso”.

²⁷⁶ Vide: < <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/lafarge-lawsuit-re-complicity-in-crimes-against-humanity-in-syria/>>. Acesso em: 28/08/2021.

armados e contribuindo para graves violações de direitos humanos ainda que indiretamente, operando em regiões de conflitos. O litígio representa um precedente importante acerca da possibilidade de indiciar grandes organizações empresariais como cúmplices por crimes contra a humanidade em circunstância de violações de direitos humanos derivadas de guerra civil.

O problema da responsabilidade penal por cumplicidade em crimes praticados por outros reflete a necessidade de sofisticação do que compreende o dever de diligência das empresas pois, se a autoria criminosa da empresa já é complexa, a configuração da empresa como partícipe em crimes de terceiros é ainda mais desafiadora. Com o desenvolvimento das leis de devida diligência e tamanha descentralização das cadeias produtivas, é essencial a delimitação do que compreende o escopo de devida diligência das empresas com finalidade de prevenção de atos que possam pôr em causa os direitos humanos. E não somente em relação à sua atuação, mas também acerca do desenvolvimento de um certo dever de vigilância em relação às empresas que se relacionam.

Ao mesmo tempo, a partir do caso concreto resta necessário definir até que ponto, na análise das circunstâncias, a empresa está apenas fazendo negócios ou, de fato, está violando massivamente direitos humanos. Isto é, se as empresas, no exercício habitual de suas atividades, podem vir a ser responsabilizadas por anuir ou contribuir – ainda que indiretamente- para violações de direitos humanos.

Em que medida os programas de conformidade podem contribuir para impedir a caracterização de cumplicidade em hipótese de crimes praticados por terceiros, por sua vez, é elemento que certamente deverá ser alvo de maior desenvolvimento e considerações a partir do direito penal internacional. O desenvolvimento ulterior do conteúdo da devida diligência também se coaduna com a necessidade de superar a vagueza no conceito de cumplicidade que também dificulta maiores especulações sob que circunstâncias, comportamentos como o mero silêncio, presença em territórios assolados por regimes opressivos ou benefícios provenientes do abuso cometido por outrem poderiam implicar *non-complicity*. A ausência de dados e evidências práticas acerca do quanto a ação corporativa “auxiliar e neutra” efetivamente impacta, prolonga ou agrava a violação de direitos humanos dificulta também observações mais específicas sobre a gravidade da cumplicidade empresarial.²⁷⁷ Como consequência, há uma dificuldade inerente à determinação do escopo de *due diligence* que é necessária e de quais atividades corporativas e consequências social

²⁷⁷ BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business contributions to Corporate-Political Core Crime *In Journal of International Criminal Justice*, vol.8, Issue 3, 2010, pp.919-946.

e ambientalmente danosas precisariam ser evitadas.

Em muitas circunstâncias, a maior dificuldade associada às ações neutras se refere ao fato de que o comportamento com essas características geralmente não representar um risco legalmente reprovável e, portanto, mesmo que existisse algum grau de facilitação, isto não poderia ser objetivamente atribuído ao autor.

Diante do *trade-off* de criminalizar cada vez mais as contribuições secundárias e neutras de organizações empresariais e o risco de desestimular investimentos e aspectos positivos da atividade empreendedora, o Compacto Global²⁷⁸ propõe uma diferenciação entre cumplicidade direta, benéfica e silente. A primeira se caracteriza quando uma companhia auxilia diretamente um Estado a violar direitos humanos, a segunda, por outro lado, se concretiza quando uma companhia se beneficia diretamente de abuso de direitos humanos e a cumplicidade silente se manifesta quando uma empresa não levanta a questão da sistemática ou contínua violação de direitos humanos nas suas interações com terceiros, por meio de uma espécie de diplomacia do silêncio.

A julgar pela experiência dos tribunais internacionais, especialmente a partir do caso Furundzija, a cumplicidade é real quando contribui efetivamente para o cometimento do crime.²⁷⁹ Mesmo nesse raciocínio, todavia, há situações que ainda passam ao largo de qualquer responsabilização como acontece quando uma das empresas terceiras se beneficia da violação de direitos humanos. A possibilidade de reconhecer a violação de direitos humanos quando, por exemplo, um banco recebe e protege o capital derivado de grupos armados ou organizações criminosas ainda está longe de se concretizar.

Igualmente o raciocínio se aplica ao que Adán Nieto chama de “cumplicidade silenciosa”, quando as empresas estão presentes em países que toleram ou fomentam massivas violações de direitos humanos, como foi o caso da Volkswagen durante a ditadura

²⁷⁸ O Compacto ou Pacto Global é a tradução, em português, para a iniciativa *Global Compact* desenvolvida em 2000 pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletidos em 10 princípios. Vide: < <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/o-que-eh>>.

²⁷⁹ No caso Furundzija julgado pelo Tribunal Penal Internacional em 2004, no seu depoimento, uma das testemunhas descreveu a violência sexual que sofreu durante a guerra na ex-Jugoslávia. Foi violada durante um interrogatório em que o arguido, Furundzija, estava presente. Furundzija era o oficial responsável e foi acusado de tortura e atentados à dignidade pessoal, incluindo a violação, no âmbito de violações das leis ou costumes de guerra e nesse caso, o valor probatório do depoimento da vítima-testemunha constituiu uma questão central no julgamento. Foi arguido durante o julgamento que as múltiplas agressões sexuais à Testemunha e, a partir disso, a defesa procurou contestar o rigor da sua memória sobre a agressão sexual, argumentando que a sua memória tinha sido afetada pela sua experiência traumática e posteriormente influenciada pelo tratamento psicológico que tinha recebido após as agressões. Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (1998a), Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, 10 December 1998. Consultado em 16.09.2021 em <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

no Brasil.²⁸⁰ Anita Ramasastry,²⁸¹ ao refletir sobre os precedentes na questão da cumplicidade corporativa, esclarece que, quando uma empresa continua operando em um Estado em que ocorrem massivas violações de direitos humanos, torna-se ainda mais complexo estabelecer uma conexão entre as violações cometidas e o comportamento corporativo. Também existe, portanto, uma maior dificuldade em desencadear a responsabilização, tamanha a simbiose entre os atores transnacionais e o Estado.

Não é incomum, por exemplo, que corporações petrolíferas sejam frequentemente cúmplices de regimes ditatoriais ou opressivos, viabilizando o uso de sua infraestrutura para fomentar ambientes desorganizados e minimamente regulados (*poor regulation*).²⁸²

A concepção de um crime corporativo aplicável a organizações multi e transnacionais requer autoridade de uma entidade - seja um Estado ou uma entidade transnacional ou global - para fazer leis que regulem ou proíbam certas condutas por parte da corporação ou aqueles que agem por ela. Em geral, o direito internacional permite que os Estados exerçam jurisdição prescritiva sobre corporações, incluindo a autoridade para torná-las responsáveis por crimes, desde que sejam cumpridos alguns requisitos. O principal elemento envolve a capacidade de um Estado legislar para uma empresa que está fisicamente presente, por meio de diversas filiais ou subsidiárias ou parceiros em uma *joint venture* localizadas fora da jurisdição do Estado.

Ao mesmo tempo, a construção das ideias de *aiding and abetting* no direito internacional, ou seja, ajudar e incentivar o comportamento corporativo em desfavor dos direitos humanos revela um caráter bastante limitado. Primeiramente em decorrência da dificuldade do *standard* probatório, uma vez que nem sempre as evidências são tão facilmente apreensíveis. Outro fator limitador envolve a necessidade de a contribuição ser de cunho substancial, o que, no entanto, exclui contribuições que facilitem ou aumentem o dano.

Nas jurisdições, as vítimas de abuso corporativo podem escolher entre litígios civis, a fim de obter compensações civis por danos e sofrimento, ou procedimentos criminais, com o propósito de investigar a responsabilidade de gestores e da própria organização empresarial em algumas circunstâncias. Esses foros, todavia, estão longe de serem facilmente acessados

²⁸⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2020

²⁸¹ RAMASASTRY, Anita. Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon- An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations. *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 1, 2002, pp.91-159

²⁸² FRYNAS, Jędrzej George. Corporate Social Responsibility in the Oil and Gas Sector, *Journal of World Energy Law & Business* 2(3), 2009, pp.178-195.

para os potenciais requerentes nas cadeias produtivas, mas são opções para a litigância estratégica transnacional.²⁸³

Sob a perspectiva do crime corporativo de empresa nacional praticado em território estrangeiro, necessariamente a aplicação do direito penal envolve a ideia de extraterritorialidade traduzida como “a aplicação de uma lei nacional de um Estado a atividades que se realizem além de suas fronteiras, ou que ocorrem em território de outro Estado sem conexão com o dele próprio”.²⁸⁴ Embora, a princípio, a extraterritorialidade da lei penal possa suscitar discussões sobre soberania e territorialidade, pois implica a possibilidade de o Estado aplicar seu direito interno para tratar de violações ocorridas em territórios de outros Estados, a própria concepção de soberania deve ser ressignificada quando ocorre uma falha na proteção dos direitos humanos. Em outras palavras: quando um Estado não logra endereçar e tutelar os direitos humanos reconhecidos em caráter universal, o Estado da empresa-mãe estaria autorizado a exercer seu poder estatal para atuar em defesa dos compromissos sociais.

Do ponto de vista cível, as violações de direitos humanos também constituem, na maioria das vezes, um ato ilícito. Em casos de delitos ambientais, por exemplo, o Regulamento de Roma II na Europa prevê que a vítima pode escolher entre a *lex loci delicti* ou a lei do país em que ocorreu o fato que deu origem ao dano.²⁸⁵ Para as demais infrações existe previsão de aplicação da lei do país em que ocorre o dano (*lex loci damni*), sendo que o local do evento que deu origem ao dano geralmente é irrelevante. A ideia da *lex loci damni* é de favorecer a vítima e seu interesse de pleitear a devida reparação ou indenização.

Precisamente nesse contexto as vítimas de violações de direitos humanos cometidas por empresas subsidiárias no exterior, via de regra, só podem invocar o direito estrangeiro, não sendo abrangidas pela extraterritorialidade da lei do Estado em que se localiza a matriz. Essa limitação traz consideráveis prejuízos às vítimas que, quando inseridas na jurisdição de um Estado que não dispõe de legislação protetiva em face dos direitos humanos, têm sua possibilidade de reparação mitigada ou comprometida.

Em face desse nó de responsabilização, há quem sugira a liberdade da vítima escolher a lei de responsabilidade civil do país em que o dano ocorreu ou do evento que deu origem

²⁸³ SAAGE-MAAß, Miriam. Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers' Rights in Global Supply Chain. In *Interdisciplinary Studies in Human Rights* book series (CHREN, volume 6), 2021

²⁸⁴ KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. Transnational Corporations on Trial: on the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America. v. 4 in the Publication Series on Democracy. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung, 2008, p.27.

²⁸⁵ Article 7 Rome II Regulation (nota 133) (Environmental damage).

ao dano ocorrido.²⁸⁶ Essa possibilidade de escolha diretamente conferida à vítima é estratégica porque permite que, em circunstâncias de ausência de amparo legislativo doméstico, possa a vítima acionar a lei do local do evento ilícito. Mais recentemente, na jurisprudência internacional, especificamente no caso *Vedanta Resources PLC v Lungowe* julgado pela Suprema Corte do Reino Unido, restou definido que os próprios compromissos de responsabilidade social e as políticas internas da empresa são elementos relevantes para criar e definir deveres da empresa controladora em relação à prevenção de danos socioambientais provocados por uma de suas subsidiárias.²⁸⁷

O dever de cuidado que a matriz dispensa no particular processo de mitigação de riscos, todavia, nem sempre se estende a toda a cadeia produtiva, em face de subsidiárias, terceiros e fornecedores. A partir do *case* inglês *Chandler vs. Cape*, um dever de cuidado resultou na assunção de responsabilidade da matriz pelos atos das subsidiárias.²⁸⁸ O dever de cuidado, portanto, seria assumido pela empresa matriz toda as vezes em que houve uma influência significativa na gestão, tomada de decisão e assunção de riscos. A definição do que se concebe como uma influência significativa, porém, é um conceito que depende de abertura e desenvolvimento.

Ademais, mesmo na situação em que a empresa-matriz delega a responsabilidade de controle e supervisão, é razoável pensar que ela não pode se livrar de seus deveres delegando-os a um terceiro, sem garantir que o terceiro tem condições de exercer livremente seu dever

²⁸⁶ PETERS, Anne; GLESS, Sabine; THOMALE, Chris; WELLER, Marc-Philippe, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law* (March 26, 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-06.

²⁸⁷ Neste caso, a Suprema Corte do Reino Unido considerou que “a sua própria omissão (da controladora) pode constituir a abdicação de uma responsabilidade que assumiu publicamente”, de forma que “tudo depende da extensão e da maneira como a controladora se valeu da oportunidade de assumir, intervir, controlar, supervisionar ou aconselhar a gestão do operações relevantes da subsidiária”. *Vedanta Resources PLC v Lungowe*, 2019, UKSC20, §§49 e 53.

²⁸⁸ Nesse caso restou reconhecido que a empresa-mãe devia um dever direto de assistência a um empregado de uma das suas subsidiárias. O requerente era empregado por uma subsidiária da Cape plc por pouco mais de 18 meses, de 1959 a 1962. Durante o seu emprego, o empregado teria sido exposto a fibras de amianto e diagnosticado com asbestose. Apesar da dissolução da subsidiária, o Tribunal entendeu que a empresa-mãe tinha um dever de cuidado direto sobre os funcionários de suas subsidiárias. O Tribunal de Recurso sublinhou que o dever de cuidado de uma empresa-mãe para com os empregados subsidiários não existia automaticamente e só surgia em circunstâncias particulares. Ou seja, não houve imposição ou assunção de responsabilidade para o funcionário apenas pelo motivo de o réu ser a empresa-mãe, isto porque diante da existência de uma personalidade jurídica distinta, em regra, deveria não ser possível “romper o véu corporativo”. No entanto, no caso do Cape plc, o Tribunal de Recurso identificou deveres paralelos de cuidado entre a empresa-mãe e os empregados da subsidiária e a subsidiária e os seus empregados, porque a controladora e a controlada possuíam negócios relativamente semelhantes; a empresa-mãe sabia (ou deveria saber) que o sistema de trabalho da subsidiária não era seguro; e a empresa-mãe sabia (ou deveria ter previsto) que a subsidiária ou seus funcionários confiariam no uso desse conhecimento superior para proteção do funcionário. Ver *Chandler v Cape* [2012] EWCA (Civ) 525.

e, portanto, evitar danos. O alcance da legislação cível, portanto, depende em grande medida do entendimento de que a violação que ocorre na subsidiária ou subcontratada é um ato ilícito na jurisdição da empresa-mãe, que foi omissa na tomada de decisões organizacionais preventivas e no exercício do seu dever de zelo. Esta compreensão, todavia, ainda é bastante tortuosa e não parte de um consenso entre os Estados.

Por outro lado, Mongelard sugere que a responsabilização civil, em grande medida, seria mais promissora que a penal porque exige provas que indiquem a preponderância das evidências, afasta a dificuldade inerente à discussão da responsabilidade penal da pessoa jurídica e provocar condenações vultuosas que interferem no interesse de acionistas majoritários.²⁸⁹ Da perspectiva de um padrão no dever de cuidado que possa, de fato, ser exigível das corporações, quando transposto à realidade dos direitos humanos parece ser um tema problemático. A existência de padrões de dever de cuidado, em regra, está bastante associada a valores relevantes dentro da ordem jurídica nacional. A realidade da atuação das corporações multi e transnacionais associada à tendência universal dos direitos humanos exigiria assim um padrão de direitos humanos com elementos mínimos comuns a todos os Estados no que se refere ao dever de cuidado das empresas.

O relativismo cultural que valoriza e conceitua de forma distinta o que são os direitos humanos, franqueando a existência de uma concepção individualiza desses direitos não parece ser o modelo adequado de imposição de deveres às empresas. Permitir uma margem interpretativa acerca do conteúdo e significado dos direitos humanos, nesse contexto, certamente comprometeria a efetividade do dever de garantia desse *standard* mínimo, ao passo que ampliaria a capacidade de questionamento pelo ator corporativo.

Por outro lado, a definição do que constitui negligência, omissão ou comissão não tem respostas exclusivamente no contexto dos direitos humanos das vítimas. A aplicação desses institutos nem sempre acontece de maneira tão clara e evidente no contexto das obrigações empresariais, em que a rede de hierarquia e descentralização da informação e do processo de tomada de decisão dificultam reconhecer- de forma incontestável- qual é o exato ponto da cadeia produtiva em que se verifica a vulnerabilidade.

Os crimes corporativos ampliam significativamente a teoria geral do crime e levantam questões com cerne judicial controverso. Qualquer discussão sobre uma proposta de expansão da responsabilidade criminal das empresas deve, necessariamente, considerar a interação existente entre o direito penal e o direito regulatório. A questão central na

²⁸⁹ MONGELARD, 2006,p .666.

criminalidade de atores que violam direitos humanos em caráter transfronteiriço abrange uma avaliação acerca do potencial de os direitos humanos internacionais, traduzidos nos Princípios de Ruggie, estabelecerem uma obrigação relevante a ponto de conduzir a uma responsabilização criminal.

Nesse aspecto, existe uma necessidade de preenchimento de lacunas de responsabilidade criminal na cadeia produtiva e questões associadas ao alcance da jurisdição. Dentro da cadeia produtiva, o preenchimento de lacunas de responsabilização empresarial acerca de violações de direitos humanos ocorridas no exterior e ligadas a operações nacionais é um ponto em aberto.

Um desafio normativo compreende definir como a responsabilidade criminal deve ser estabelecida dentro de um grupo empresarial ou ao longo de uma cadeia produtiva que não necessariamente está incorporada a uma pessoa jurídica. No direito penal brasileiro ainda não está evidente um conceito legal capaz de evidenciar a responsabilidade penal e conceituar a culpa por meio de uma ação coordenada entre entidades que fazem parte da mesma cadeia produtivas, mas não integram a mesma pessoa jurídica.

O conceito jurídico potencialmente promissor para colmatar a lacuna de responsabilização empresarial é a compreensão das regras do direito penal por omissão (comissão por omissão). A iniciativa de uma lei para cadeias produtivas como tem feito a Alemanha com a *Lieferkettengesetz*, poderia prever a criação de deveres de cuidado à empresa, permitindo que a empresa-mãe fosse responsabilizada por irregularidades cometidas pelas subsidiárias ou subcontratadas.

Essa previsão seria capaz de contornar a imunidade do “véu corporativo” criando uma responsabilização indireta pela inércia da empresa-mãe em face do comportamento de sua cadeia produtiva. A possibilidade de conceber esse modelo de responsabilização depende, porém, da definição dos requisitos para o dever de agir da corporação (posição de garantia) e do *actus reus*.

O dever mais evidente da empresa-mãe é de monitoramento da cadeia produtiva em busca da prevenção a violações de direitos humanos. A concepção do conteúdo exato desse dever, no entanto, é bastante controversa. Ao mesmo tempo, o uso cauteloso do direito penal também se justifica, posto que, uma vez processada a empresa, a impossibilidade de sua condenação por questões processuais ou probatórias deslegitima a intervenção do próprio instrumento penal. Do mesmo modo, a amplitude excessiva do alcance penal, por meio da chamada doutrina de *novus actus interveniens* em que as empresas são punidas por ações de terceiros certamente provocaria discussões sobre a intervenção do direito penal.

Quando se observa, por exemplo, o caso Nestlé envolvendo as jurisdições da Colômbia e Suíça, é possível compreender a temática da dificuldade de averiguar intenção criminosa em nível internacional. Esse litígio transnacional que implicou a perseguição e morte de um funcionário sindicalista por um grupo paramilitar após uma série de ameaças derivadas da sua atividade sindical que foram corroboradas pelos gestores locais da subsidiária da Nestlé teve como veredito o reconhecimento do papel omissivo da empresa-mãe. O Tribunal Federal suíço entendeu, na ocasião, que a empresa-mãe estaria violando suas obrigações ao não prevenir e proteger adequadamente os funcionários sindicalistas, sem entrar mais especificamente na responsabilidade penal das subsidiárias de empresas fora do Estado.

Do ponto de vista da aplicação do direito penal a cadeias produtivas transfronteiriças, necessariamente há o envolvimento direto do conceito de jurisdição. A jurisdição do direito penal internacional remete à noção de territorialidade, isto é, o Estado pode processar crimes cometidos dentro de seu domínio. Todavia, no caso da criminalidade corporativa, nem sempre a determinação da ocorrência da infração se refere apenas a uma localização geográfica, abrangendo frequentemente questões legais.

O processo criminal corporativo transfronteiriço enfrenta, portanto, o desafio de ampliar a responsabilidade corporativa a ponto de provocar sobreposição entre jurisdições, minando a legitimidade da extensão extraterritorial das sanções. No que se refere à jurisdição extraterritorial do Estado que, especificamente no direito penal brasileiro está prevista no art. 7º do Código Penal, muitas vezes é exigida a dupla incriminação em que um mesmo fato é punível em um ou mais Estados acordantes.

Ao mesmo tempo, existe uma relutância dos Estados em processar empresas nacionais que atuem no exterior pela rejeição da ideia de que uma pessoa jurídica, em regra, possui uma nacionalidade. A questão da dupla incriminação está diretamente relacionada com elementos estruturais da responsabilidade penal corporativa. Isto porque, se alguns Estados, como a Alemanha, se abstêm de aplicar a lei penal, enquanto outros- como a França, têm uma abordagem ampla de responsabilidade penal corporativa, a dupla incriminação precisa ser melhor delineada.

Nesse contexto, a aplicação do princípio da personalidade ativa poderia oferecer recursos para que o Estado processasse as empresas nacionais por crimes cometidos no exterior. Por outro lado, a lógica que subsiste o princípio da personalidade ativa é justamente a capacidade de proteger os cidadãos e residentes da extradição. Uma empresa não pode ser extraditada, o que levante questionamentos sobre a legitimidade desse princípio quando

aplicado a pessoas jurídicas.

Em 2017, o desenvolvimento do Plano Nacional francês previa, de início, que a falha em estabelecer, publicar ou implementar o plano de vigilância desencadearia responsabilidade criminal em caso de danos à integridade física das pessoas em acidentes evitáveis com a implementação do plano. Essa disposição foi, no entanto, removida quando conduzidos os debates parlamentares, mitigando a chance de se construir uma conexão entre a obrigação de vigilância da empresa e a responsabilidade criminal. Esse episódio é sintomático acerca da resistência em inserir a responsabilização criminal no ambiente corporativo.

O regime regulatório contornou nitidamente o estigma particular associado ao direito penal, superando obstáculos judiciais e probatórios derivados da necessidade de provar a *mens rea* individual para entes coletivos. Apenas em circunstâncias de grave violação, o direito penal era invocado em um contexto no qual a culpa do transgressor individual era correlacionada com a falha organizacional da corporação.

Conforme a complexidade da estrutura corporativa aumentou, a correlação entre a organização empresarial e seus gestores tornou-se cada vez mais artificial e distante. Quanto mais remoto o ato condenável do centro de propriedade e gestão da empresa, mais difícil se tornou o ato de atribuição de responsabilidade. Nesse momento, o direito regulatório ofereceu uma solução prática para o problema de atribuição de falhas organizacionais, evitando a necessidade de comprovação da *mens rea*.

A extensão do alcance do direito penal para lidar com a má conduta corporativa não tem a mesma perspectiva remota de outrora. O cenário está claramente mudando a partir de infrações legais já decretadas no contexto de suborno, evasão fiscal e corrupção. A questão não é mais se deve ou não a corporação ser responsabilizada por uma grave violação, mas como.

Embora não atraia na mesma medida o grau de colaboração internacional que as iniciativas anticorrupção e evasão fiscal exigiram, o fundamento para criminalização das empresas por violações de direitos humanos também encontra paralelos nessas mesmas iniciativas. A limitação do uso do direito civil em grau reparador é evidente inclusive do ponto de vista internacional, especialmente à luz do *case Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. Nem todos os interesses são protegidos pela legislação de responsabilidade civil, mas tão somente um determinado rol de interesses. A maioria dos casos que se encaixam na categoria de “violação de direitos humanos” são transpostas dentro da categoria de “negligência” do direito civil.

De muitas maneiras, a resolução de disputas legais em tribunais civis representa o modelo ideal para os teóricos de “direito e economia”, propiciando o mínimo de interferência do Estado no mercado. Reflexo disso é claramente evidenciado no aumento das cláusulas de arbitragem em contratos, mantendo o Estado e as agências regulatórias de fora dos litígios. Por outro lado, é consideravelmente oneroso financiar um caso de litígio transnacional, sobretudo no que se refere aos custos envolvidos em coleta de evidências. A gestão das violações de direitos humanos no âmbito cível certamente tornaria os custos da disputa extremamente proibitivos. Para além dos custos, o alcance e coleta da prova seriam ainda mais remotos especialmente se os documentos relevantes fossem detidos pelas próprias organizações empresariais.

Acima de tudo, a principal crítica ao uso do direito civil na gestão do comportamento corporativo social e ambientalmente danoso é que ele subestima os diferentes simbolismos associados ao delito. Justamente porque essa forma de justiça depende de um processo altamente individualizado, é improvável que provoque o mesmo impacto sobre padrões normativos ou valores como quando são aplicados sob a ótica do direito penal. A transposição da lógica cível para a violação de direitos humanos reduz o problema a uma “disputa”, em vez de uma infração grave. Essa força simbólica não encontra paradigma no âmbito cível e torna as demandas contra corporações praticamente um desafio de Davi contra Golias.

No âmbito criminal, todavia, a criminalidade corporativa também não deixa de representar um desafio para a coesão da responsabilidade penal e a teoria do crime. O primeiro obstáculo remonta à causalidade. A relevância desse conceito para o direito penal exigiu anos de debate até a formulação do que se entende hoje como “ação” e “omissão”. A teoria da ação pessoal de Claus Roxin, por exemplo, define a ação como manifestação da personalidade, sendo a ação concebida pela sua natureza humana.²⁹⁰ Conceitualmente, Roxin exclui do que se entende por “ação” fenômenos que sejam isentos de julgamento criminal.

Em relação à causalidade, existe assim pelo menos dois níveis de análise que remontam à perspectiva ontológica e a normativa. Na primeira, a importância está diretamente relacionada à possibilidade de distinguir qual ação provocou o resultado, em sentido naturalista ou científico. A teoria dominante revela o que se conhece por “equivalência das condições” ou teoria da *conditio sine qua non*. Nesse contexto, toda ação que, sem o resultado não teria acontecido, seria causa do resultado. Apesar de a teoria não

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General: Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

explicar, por exemplo, os casos fortuitos, na sociedade de risco moderna conceituada por Ulrich Beck,²⁹¹ a lei estabelece certos níveis de risco tolerável que as pessoas podem assumir.

Sob a perspectiva da causalidade normativa, a conduta seria imputável a uma pessoa se seu ato ultrapassasse o risco socialmente tolerável e esse risco se materializasse em um resultado. As empresas, portanto, devem gerir dois riscos distintos: o risco econômico do modelo de negócio e o risco que suas atividades oferecem à sociedade e meio ambiente.

Nesse sentido, os Sistemas de Gestão de Conformidade ou *Compliance Management Systems* representam uma declaração normativa de risco tolerável, de forma que a inexistência desse sistema implicaria praticamente a assunção de responsabilidade pelo resultado do risco assumido.

Outro aspecto controverso da criminalidade corporativa se refere ao conceito de culpabilidade. Isto porque, se a responsabilidade criminal implica culpa moral, apenas sujeitos morais poderiam compreender as consequências de suas ações e assim, escolher se comportam em (des)conformidade com a lei.

Embora as organizações empresariais não possam ser “motivadas” a adotar parâmetros de moralidade e ética negocial, podem ser orientadas por eles. Nesse raciocínio, não seria irrazoável exigir que as empresas ajam de acordo com determinados *standards* éticos, responsabilizando-as por cobrir custos e arcar com as consequências de seu comportamento danoso. Dessa maneira, se houve um endosso ou apoio da empresa para a prática da ilegalidade, seria razoável processar a empresa e não o trabalhador.

3.2.3 O paradigma da supercriminalização corporativa

A sociedade no século XXI vem, cada vez mais, se aprofundando nas raízes do comportamento organizacional e seu sistema de incentivos e desincentivos, por meio das modernas teorias sociais. A sociologia organizacional, por exemplo, tem fornecido uma abordagem profunda da natureza das organizações empresariais e, portanto, do seu comportamento organizacional.

Gómes-Jara Diez sugere que estamos atravessando uma supercriminalização²⁹² da responsabilidade empresarial, na medida em que, na ânsia de dar conta do fenômeno da

²⁹¹ BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: SAGE Publications, Inc, 1992.

²⁹² A supercriminalização é um tema proeminente no direito penal, para uma crítica geral do excesso de regulamentação da governança corporativa, consulte PRITCHARD, A.C. *The SEC at 70: Time for Retirement?*, 80 *NOTRE DAME L. REV.* 1073, 1093, 2005.

criminalidade corporativa, muitas jurisdições têm ampliado o escopo dos crimes atribuíveis a empresas.²⁹³ Isso se reflete inclusive nas fortes medidas repressivas dos governos na medida que se deparam com novos escândalos e danos advindos da atuação das corporações.

Nessa concepção, Gómez-Jara Diez enxerga um paradigma de “*overcriminalization*” quando se permite que, em quaisquer circunstâncias, uma empresa seja responsabilizada. Na medida em que o grande desafio do direito penal parece ser lidar com a conduta organizacional das empresas, muito embora a ação do agente não deixe de ser relevante- inclusive para sua própria responsabilidade individual- a sua importância, para fins de responsabilização da empresa, só ocorre quando a ação individual reflete uma má conduta organizacional.

O grande desafio consiste em definir, do ponto de vista legal, quais os elementos-chave que permitem definir uma cultura organizacional. Alguns elementos parecem ser essenciais nesse sentido: conformidade corporativa, autorregulação e cidadania corporativa. Em uma avaliação da circunstância atual que o direito penal atravessa, entende que constitui uma supercriminalização inaceitável manter um sistema cuja culpabilidade das empresas se baseia em uma desligada da evolução social e jurídica.

A noção de *overcriminalization* refere-se ao uso excessivo de sanções criminais e adota, minimamente, cinco diferentes perspectivas sobre o crime:²⁹⁴

- 1) a multiplicação de tipos penais abertos e em branco, dependentes de regulamentação;
- 2) a natureza vaga e aberta que representa efetivo perigo de quebra de garantia do tipo penal em vista da ofensa direta ao princípio da lesividade;²⁹⁵
- 3) a ausência de consenso sobre o padrão de *mens rea* nas sanções criminais direcionadas às corporações;
- 4) a politização da criminalidade corporativa que sugere um fenômeno de criminalização reativa aos escândalos divulgados como mera conveniência política;

²⁹³ DÍEZ, Gómez-Jara. Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance, and Corporate Citizenship. *New Criminal Law Review* 14 (1): 78–96, 2011.

²⁹⁴ PARKER, Jeffrey S. Corporate Crime, Overcriminalization, and the Failure of American Public Morality F.H. Buckley, ed., *The American Illness: Essays on the Rule of Law*, pp. 407-431, Yale University Press 2013.

²⁹⁵ Nesse sentido, ressalta Silveira que “nesse passo, é sempre correta a assertiva de Jeschek e de Weigend, segundo a qual a teoria dos tipos abertos deve ser sempre rechaçada, especialmente porque a noção de tipo injusto encerra uma ideia fechada, contraposta que é a uma colocação aberta. O posicionamento defensivo dessa modalidade típica firmaria em si uma contradição em termos. Do mesmo modo que a doutrina há de se postar refratária ao perigo abstrato, também de se questionar, sob o prisma *ex post* relativo a uma lesividade, o tipo aberto. Vide: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo, p.175.

5) sanções excessivas que conduzem a ideia do “*policing for profit*”;

No confronto com o direito penal clássico, Hassemer²⁹⁶ acentua o aumento da moldura penal, por meio da qual se eleva o peso da resposta sancionadora aos crimes em vista da tentativa de o legislador- para dar conta da diversidade de riscos- abarcar todas as hipóteses imagináveis de determinada conduta a ser tipificada.

A condição de *overcriminalization*, segundo Parker, é bastante questionável dentro de uma cultura legal com excessivos procedimentos administrativos e regulatórios, além de permitir a execução civil privada. Isto porque, à medida que a regulamentação de negócios torna cada vez mais fluidos os conceitos de “culpa” e “dano”, os custos da conformidade tendem a se tornar proibitivos. Nessa lógica, como a empresa enxerga graves consequências associadas à aplicação da lei criminal, a saída seria direcionar ainda mais recursos ao cumprimento da legislação, minando uma preocupação real com a governança em direitos humanos.

Analisando como a estrutura da punidores e reguladores corporativos se sai no que concerne ao uso de recursos jurídicos, humanos e financeiros, Baer explora as marcas na governança corporativa que derivam do uso retórico da punição.²⁹⁷ Em muitas circunstâncias, as próprias agências reguladoras atuam como punidores retributivos. Haveria uma espécie de “psicologia da punição”, segundo Baer, que demonstra como a punição é mais intuitiva do que a regulamentação, uma vez que a punição não envolve um exercício de “pesagem de probabilidades”.

Por outro lado, o contexto reativo de multiplicação de estatutos e regulamentos, a exemplo do próprio *Dodd-Frank Act*, cuja abrangência foi modificada pelo Congresso para tratar de todas as companhias abertas, fomentou a criação de uma verdadeira indústria de advogados, contadores, consultores para ajudar empresas na conformidade com o volume de requisitos regulamentares e estatutários.²⁹⁸ Quando uma instituição absorve custos, tenta reabilitar a empresa ou restringir condutas indesejáveis, atua sob a perspectiva reguladora.

Por outro lado, quando o único objetivo é a condenação moral a aplicação de sanções, o viés é punitivo. A questão é que os infratores corporativos, mesmo conhecendo as regras e realizando uma análise de custo-benefício que incentiva a conformidade, não

²⁹⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal, out/dez, 1994, p.46.

²⁹⁷ BAER, Miriam. Choosing punishment. Boston University Law Review, Vol. 92, No. 2, 2012, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 272, 2012.

²⁹⁸ Para uma crítica à regulamentação excessiva de governança corporativa, ver: BAINBRIDGE, Stephen M. Corporate Governance and U.S. Capital Market Competitiveness, (forthcoming), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1696303,

necessariamente guiaram suas ações para o melhor interesse de seus stakeholders, em razão de uma série de fatores. A economia comportamental aplicada à dissuasão evidencia que há intuições sobre culpabilidade e indignação moral que parecem superar os elementos que, a princípio, seriam extremamente relevantes para um sistema dissuasivo.

Nas últimas décadas, com a intensificação do debate, alguns autores buscaram encontrar a culpabilidade corporativa em elementos como a política da empresa, o ethos corporativo ou a estrutura da empresa. Dentro de uma base epistemológica construtivista, a concepção da culpabilidade empresarial atrelada a elementos da cultura organizacional parece ser bastante convincente quanto à captura do elemento *personae* das corporações.²⁹⁹ Nessa mesma premissa, o *actus reus* estaria localizado na forma como a corporação se auto-organizou ao longo do tempo e não exatamente na expressão da sua capacidade de ação.

Conforme sugere Laufer, mediante a incorporação de uma “falha corporativa construtiva”, a existência de um programa de conformidade representa somente um ponto de partida para a investigação das intenções corporativas.³⁰⁰ Do ponto de vista prático, se um programa de conformidade for bom, irá efetivamente poupar a corporação de penalidades a ponto de justificar o investimento de tempo e dinheiro nesse projeto.

Subverte a lógica, no entanto, permitir que a corporação “escape” da sanção sem apontar quem ou qual circunstância efetivamente causou o dano. Dentro da teoria organizacional, Helmut Wilke com liderança nas conclusões esclarece que “o núcleo do conhecimento organizacional não está localizado nas “mentes” individuais de cada pessoa, mas sim nas relações e conexões entre elementos de conhecimento que constituem uma rede independente de conhecimento organizacional”.³⁰¹

Essa abordagem organizacional permite justamente diferenciar empresas com capacidade criminosa, daquelas cuja potencialidade de infração da lei é significativamente menor e que, portanto, uma vez “condenadas”, poderiam ser alvo de sanções menos severas. Isto porque, conforme sugere Gómez-Jara Diez, da mesma forma que nem toda pessoa pode ser responsabilizada criminalmente, por que o raciocínio deveria ser diferente no que concerne às empresas?³⁰²

²⁹⁹ Bernd Schünemann entende que o direito penal corporativo adotou como “princípio fundamental” a teoria dos sistemas. Em: *Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities*, CRIMINAL RESPONSIBILITY OF COLLECTIVE AND LEGAL ENTITIES at 230 (Albin Eser, Günter Heine & Barbara Huber eds. 1999)

³⁰⁰ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*, *op. cit.*, pp.728-729.

³⁰¹ WILKE, Helmut. *Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und organisationaler Wissenbasierung* 6 MANAGEMENTFORSCHUNG 263, 1996.

³⁰² GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Corporate Criminal Liability in the 21st Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?* (January 5, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1531468>

Nos Estados Unidos houve mudanças consideráveis desde a década de 90 na forma pela qual o direito penal era aplicado às empresas que derivaram sobretudo de novas estruturas de fiscalização.³⁰³ Até então, a execução criminal em face de empresas era rara e concebida, a princípio, como apenas um complemento ao *tort law* robusto aliado a uma estrutura regulatória frágil.

A difusão da responsabilidade dentro de grandes e complexas organizações empresariais todavia, foi um catalisador para a expansão dos limites da responsabilização, por meio da promulgação da *Sentencing Reform Act* de 1984 que recrudescer as sanções estatutárias e autorizou a imposição da sanção de liberdade condicional às empresas. Em 1991, as diretrizes federais levaram o modelo de conformidade ao extremo, caracterizando-se como uma abordagem *carrot and stick*.

A Lei Sarbanes-Oxley de 2002, que introduziu padrões de responsabilidade criminal para executivos de grandes corporações após os escândalos contábeis da Enron e WorldCom representa um passo em direção a um movimento no qual a regulamentação de negócios torna-se cada vez mais criminalizada, em conceitos abertos de “dano” e “culpa”. A partir desse marco normativo, houve necessariamente uma maior ênfase na conformidade dentro do setor privado, inclusive mediante a figura de “guardiões corporativos” que se comprometessem com a conformidade. Esse cenário, levado ao extremo, pode tornar o custo da conformidade proibitivo. A carga excessiva de conformidade, com especificidades para além do razoavelmente exigível, mina a competitividade global da empresa.

É pertinente observar que, sobretudo na cultura americana, em geral, existe um excesso de confiança na sanção penal. Diferentemente de outros sistemas que tratam a aplicação da lei penal com um maior viés moral, aliado a outras instituições de fiscalização e regulação dentro da realidade americana, a sanção criminal ainda é encarada como meio principal de se garantir a conformidade.

A inserção do elemento da cultura organizacional como critério decisivo para a construção da culpabilidade corporativa é que permite harmonizar e tornar coesa a relação entre autorregulação, relação com o Estado e governança interna.

A noção de autorregulação praticamente comporta um dever corporativo de direito penal bastante específico de criar, fomentar e manter uma cultura corporativa obediente às leis. Ainda resta pendente de maior desenvolvimento, por exemplo, a exploração de

³⁰³ Até a década de 80, os processos criminais contra organizações empresariais eram relativamente raros e as penalidades, quando aplicadas, bastante modestas e geralmente em face de empresas de capital fechado. COHE, Mark A. *Corporation Crime and Punishment: A Study of Social Harm and Sentencing Practice in the Federal Courts*, 1984-87, 26 Am. Crim. L. Rev. 605, 1989.

elementos objetivos para responsabilização com base na cultura organizacional da empresa, uma vez que a cultura de conformidade eficiente, portanto, também reforça os elementos da cidadania corporativa.

Mediante a análise de mais de 900 empresas australianas, Parker analisa criticamente o potencial de influência do *compliance* no comportamento empresarial, por meio da diferenciação entre as diretrizes formas do programa e a forma pela qual a conformidade é gerida na prática.³⁰⁴ A importância dessa análise crítica reside no fato de que em muitos regimes regulatórios, a extensão da implementação do programa de conformidade ser determinante na aplicação de uma sanção penal, concessão de licenças ou permissões ou funcionar como critério de elegibilidade.³⁰⁵

Um efetivo sistema de *compliance* não seria apenas uma declaração simbólica de compromisso da empresa com as normas legais, pelo contrário, envolve um conjunto de controles gerenciais organizados a fim de identificar, evitar e, em última instância, corrigir irregularidades na organização, que por sua vez, também deve fomentar e valorizar uma cultura de conformidade.

É a partir dessas constatações que a gestão e os bons valores seriam mais importantes do que os sistemas para influenciar o gerenciamento da conformidade na prática e gerar conformidade real. Faz sentido supor que sistemas de gestão adequadamente projetados e implementados deveriam, de fato, melhorar a conformidade na prática, contudo a evidência empírica está distante de sustentar essa conclusão. As pesquisas baseadas em evidência, pelo contrário, evidenciam que uma melhor performance do *compliance* empresarial está diretamente relacionada a melhores controles internos de gestão e culturas empresariais que apoiam o programa de conformidade.³⁰⁶

A literatura de regulação com frequência invoca o multifacetado conceito de “cultura corporativa” para justificar que não apenas o sistema de gestão de conformidade seria responsável por afetar diretamente o nível de *compliance*. Conforme Parker, na medida em que a “cultura de conformidade” compreende valores e crenças dentro da organização empresarial que devem apoiar a conformidade, cria-se um terceiro fator organizacional

³⁰⁴ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke L. Corporate Compliance Systems: Could They Make Any Difference? *Administration & Society*. 2009;41(1):3-37.

³⁰⁵ PARKER, Christine. Meta-regulation: Legal accountability for corporate social responsibility. In D. McBarnet, A. Voiculescu, & T. Campbell (Eds.), *The new corporate accountability: Corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006, pp.207-237.

³⁰⁶ BRAITHWAITE, John. *Corporate crime in the pharmaceutical industry*. London: Routledge Kegan Paul, 1984.

interno que representa o compromisso com os valores corporativos.³⁰⁷ A evolução de uma cultura produtiva ética deve fazer parte da estratégia de gerenciamento de risco.

A ideia de cidadania corporativa, por sua vez, também traz implicações relevantes para a construção do conceito da culpa. Em termos gerais, um bom cidadão corporativo se traduz em uma corporação cumpridora das normas. Para além disso, no entanto, é elemento que também sustenta a legitimidade de um direito penal corporativo. O significado político de uma corporação enquanto agente inserido na comunidade refere uma dimensão democrática fundamental de liberdade de expressão que legitima a sanção quando, usando essa liberdade, violam regulamentos e normas. Existindo meios democráticos de desafiar a lei, portanto, quando optam -dentro da sua liberdade de expressão- por fomentar uma cultura organizacional que não respeita a lei, legitimam a aplicação da sanção.³⁰⁸

A autorregulação reflete a incapacidade do Estado de lidar com certos riscos advindos da sociedade pós-moderna. Nesse sistema, parte da gestão de controle e risco são transferidos ao ator privado. A chave da autorregulação “regulada” é que ela está associada a um “dever” de responsabilidade pelas consequências da autorregulação. Ou seja, existe um dever conjunto de controlar e gerir os riscos da atividade empresarial. Precisamente em razão desse elemento, a capacidade das empresas de cumprir a lei, na medida em que, por meio de sua cultura corporativa, provoca um dano prejudicial ou cria um risco proibido, é razoável e necessária a persecução penal.

A próxima análise envolve entender em que medida os programas de *compliance* devem implicar a atenuação- ou ainda de isenção- de responsabilidade das corporações. Subverte a lógica do sistema responsabilizar igualmente duas corporações pela mesma infração quando uma delas possui um programa de conformidade verdadeiramente eficaz e a outra não. Na ausência, no entanto, de parâmetros sobre o que se entende por eficácia de um programa de *compliance*, corre-se o risco de *overcriminalization* ou subcriminalização.

De certa forma, não se coaduna com a lógica considerar programas de conformidade como elemento essencial para a exigir e impor sanção à corporação e não terem a mesma relevância para definir se uma empresa pode ou não ser considerada culpada. Ainda que seja um espaço aberto ao debate definir se a responsabilidade corporativa deriva de um *ethos*,

³⁰⁷ PARKER, Christinne; NIELSEN, Vibeke. Corporate compliance systems: could they make any difference? *Administration and Society*, 41(1), 2009, pp. 3 - 37.

³⁰⁸ Esse é o mesmo raciocínio do ensaio de Lawrence Friedman em relação ao caso First National Bank of Boston vs. Bellotti: corporações têm o direito de participar do debate da formulação de normas sociais, inclusive com significativa esfera de influência que, em muitas vezes, ultrapassa a capacidade de ação de um único indivíduo.

uma estrutura coletiva ou uma conformidade organizacional, no caso das empresas, a prova da uma cultura corporativa cumpridora da lei deveria ser elemento decisivo para os contornos da culpabilidade.

Sem uma definição clara de indicadores de desempenho e eficiência, o *compliance* continua a ser utilizado como estratégia de dominação de mercado, sobretudo porque favorece grandes empresas que “absorvem” pequenos *players* pelas exigências de *overcompliance*. E nesse contexto praticamente se exige do *compliance* uma resposta que deveria ser dada pelo direito penal, praticamente “colonizando” o os programas de conformidade e transpondo a linguagem punitivista de denunciar, sancionar, prevenir para o campo alargado da conformidade, que está para além do direito penal em si.

O grande desvirtuamento talvez possa ser apontado a partir da concepção dos programas de conformidade enquanto barreiras e impedimentos para que a empresa e seus dirigentes não fossem punidos pela prática do crime do que verdadeiramente interiorizar os valores éticos na cultura organizacional. Esse é o risco de trazer para o *compliance* a lógica do direito penal: não devemos transformar o *compliance* em uma espécie de responsabilização que não se pretendia. Rapidamente, porém, a ligação entre *compliance* e crime corporativo ou responsabilidade administrativa tornou-se óbvia: em alguns países, a falha em introduzir um sistema de *compliance*, tornou-se uma infração penal.³⁰⁹

O *compliance* ganhou distintas faces no direito penal: aplicado à pessoa jurídica, risco proibido, causa de responsabilização do ente coletivo, condição de negociação no processo penal. A busca por um programa efetivo de conformidade, no entanto, parece cada vez mais desviá-los da sua função ética. Com um certo desvio inserido pela lógica do *stick and carrot*, alargou-se os efeitos jurídicos dos programas de conformidade para além do seu propósito original. Esse fenômeno exige, portanto, uma resignificação da lógica penal inserida nos programas de conformidade, deslocando a reflexão das ciências criminais para as estruturas e oportunidades da própria organização empresarial.

3.2.4 Os dilemas da retribuição e dissuasão no âmbito corporativo

Dentro do direito penal corporativo, acadêmicos e legisladores têm se debruçado

³⁰⁹ A Lei Sapin II na França prevê especificamente que se uma entidade coberta não implementar um programa de conformidade anticorrupção eficaz, pode incorrer em multas administrativas (independentemente de qualquer processo criminal potencial) impostas pela Agência Francesa Anticorrupção (até € 1 milhão pessoas jurídicas e até € 200.000 para indivíduos). Além disso, podem ser impostas advertências ou ordens para adaptar as medidas anticorrupção e a Agência Francesa Anticorrupção e o Judiciário podem ordenar que a sua decisão seja publicada, divulgada ou exibida, causando potenciais danos à reputação. Vide Art. 17, V, para 1 e 2 da Lei Sapin II.

principalmente sobre o discurso da dissuasão e retribuição nas sanções às empresas. Diante do fato de a sanção penal ser instrumento institucional do Estado, o debate sobre o fundamento de sua legitimidade se torna ainda mais relevante. O discurso retributivo é fortemente embasado por uma crescente indignação moral em resposta aos graves escândalos corporativos que, por sua vez, fomentam motivações e clamores retributivos. Existem razões, no entanto, que sugerem implicações perniciosas de se viabilizar um sistema em que a responsabilidade criminal e respectiva sanção sejam mais matizadas por intuições sobre justiça do que efetivamente fundamentadas.³¹⁰

Existe uma explicação minimamente política para a predominância de abordagens do direito criminal que é o envio de um sinal positivo à sociedade de que “algo está sendo feito”. A dinâmica da escolha da punição torna cada vez mais evidente a tendência a busca de soluções *ex post*, do que efetivamente uma criatividade na dissuasão do comportamento corporativo danoso. Quando se observam as consequências da justiça penal negociada, por exemplo, na interface entre direito penal e direito civil, portanto, se verifica um fenômeno de sobreposição e vazamento entre ambos em que muitos acordos civis são negociados “às sombras” da responsabilidade penal.³¹¹

Tiedemann, tratando do tema das sanções dissuasivas e eficazes contra empresas, reconhece que até agora a sanção mais severa aplicada às empresas compreende a liquidação obrigatória das empresas que, por se tratar de espécie de “pena de morte” com efeitos drásticos, raramente foi aplicada.³¹² A própria abordagem da incapacitação das empresas influenciou significativamente as reformas após a Segunda Guerra Mundial, inclusive na Alemanha. Partindo da Inglaterra e Holanda, os países nórdicos na década de 90, seguidos da França, Bélgica, Suíça, Áustria, Portugal e Espanha introduziram a responsabilidade penal para pessoas jurídicas.

O anseio por sanções proporcionais, mas também eficazes e dissuasivas em face de organizações empresariais elucida o debate que existe ao redor da forte estigmatização em face do direito penal aplicado às empresas como reforço positivo do seu papel social perante o público em geral. No que se refere às opções regulatórias do direito penal corporativo, o foco da teoria clássica estaria na capacidade de agir e de ser culpado. Na Alemanha, por

³¹⁰ ROBINSON, Paul; DARLEY, John. *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*. Scholarship at Penn Law. 81, 2007.

³¹¹ BEALE, Sara Sun *What Are the Rules if Everybody Wants to Play? Multiple Federal and State Prosecutors (Acting) as Regulators*, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM

³¹² TIEDEMANN, Klaus. *Corporate Criminal Liability as Third Track*. In Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (Eds.) *Regulating Corporate Criminal Liability*. Springer, 2014.

exemplo, o Tribunal Constitucional Federal entende como ações atribuíveis à empresa (*unternehmensbezogene Handlungen*) descarte de resíduos tóxicos em lugares proibidos, manejo de produtos perigosos, entre outros.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu reforça a possibilidade de uma empresa responder de forma autônoma por uma infração e, além disso, há que se considerar que não existe apenas um único modelo organizacional dentro das empresas. Pelo contrário, os modelos organizacionais são altamente diversos e complexos a depender do porte, abrangência, mercado e segmento em que atuam.

Tiedemann conclui que o potencial dissuasivo das sanções administrativas apenas se verifica quando os julgamentos são públicos, pelo menos em casos graves. Dessa forma, a responsabilidade penal seria concebida como terceira via para punir e incapacitar as empresas, enquanto organizações incapazes de contrair culpa. Nesse contexto, é particularmente intrigante a percepção de que a despeito das ondas de escândalos públicos, as probabilidades de condenação de grandes organizações empresariais continuam reduzidas. Conforme Diamantis, no entanto, há um sentido palpável em se conceber uma teoria organizacional genuína cuja abordagem do sistema de justiça criminal seria focada na reforma e reabilitação.

Há quem sugira que o desafio do direito penal corporativo seria facilmente abordado e resolvido pela legislação civil e que a concepção de uma responsabilidade penal deveria se voltar para a correção de deficiências no sistema de responsabilidade civil.³¹³ Nesse sentido, Robinson e Darley³¹⁴ entendem que é provável que as mais importantes reformas sejam do sistema civil, isto porque ao utilizar a condenação criminal em casos desprovidos de natureza que justifique condenação moral, a sanção criminal acaba tendo seu efeito condenatório diluído. No que concerne à situação das corporações, concluem que será necessário debruçar-se sobre pesquisas empíricas acerca da reação social às condenações corporativas a fim de melhor compreender se a condenação moral de uma empresa mina o valor condenatório da sanção criminal em si.

O caráter retributivo desempenha papel relevante no discurso popular que trata da criminalidade corporativa. O caráter central do retributivismo envolve dar aos criminosos o

³¹³ FISCHER, Daniel R; SYKES, Alan O. Corporate Crime, 25 J. LEGAL STUD. 319, 321 (1996) (“[T]he case for corporate criminal liability must rest on the need to correct some deficiency in the system of civil liability. But a close look at the cases reveals no such deficiency most of the time.”); John Hasnas, The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability, 46 AM. CRIM. L. REV. 1329, 1329 (2009) (“[Corporate criminal liability] should be explicitly overruled.”).

³¹⁴ ROBINSON, Paul; DARLEY, Darley. Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy. Scholarship at Penn Law. 81, 2007.

que eles merecem, punindo assim, seus transgressores de acordo com a gravidade dos crimes praticados.³¹⁵ A noção retributiva remonta à própria *lex talionis*, conhecida como Lei de Talião, disposta no Antigo Testamento³¹⁶ é bastante significativo na imprensa popular e, ao mesmo tempo, exerce grande influência sobre o público e os atores políticos, dentro do que Kahan e Nussbaum³¹⁷ argumentam, nesse sentido, de que “a punição criminal transmite a condenação moral autorizada pela sociedade”.

Nesse contexto, as grandes corporações multi e transnacionais, em virtude de sua centralidade e poder econômico, assumem posição estratégica capaz de comprometer gravemente a comunidade em que se inserem. Segundo Diamantis, a estimativa do custo anual da criminalidade de colarinho branco ao sistema de justiça criminal estadunidense, por exemplo, de acordo com dados do FBI seria de U\$300 a 600 bilhões de dólares, em contraste com o custo anual de todos os demais crimes em torno de U\$15 bilhões de dólares.³¹⁸

Ao mesmo tempo, o efeito perverso da retribuição é exigir uma punição severa o suficiente para transmitir a mensagem apropriada, provocando, em alguns casos, a própria incapacitação da empresa. E nessa circunstância, os efeitos colaterais sobre toda a estrutura empresarial, com vínculos de dependência comunitária são bastante significativos conforme esclarece Saad-Diniz.³¹⁹ Há uma lógica perversa em que as atividades empresariais estão de tal modo tão imiscuídas nas relações sociais, que além de serem por estas legitimadas, também provocam uma dinâmica de agravamento da vitimização quando as empresas são alvo de sanções severas. Em última instância a dinâmica corporativa fragiliza potenciais formas de reinclusão das vítimas na vida em comunidade, demonstrando a real dependência que aniquila formas de sobrevivência e coesão social.

A lógica dissuasiva, por outro lado, é conceitualmente inaplicável às corporações, embora aplicável a indivíduos e compreende abordagem capaz de projetar políticas de justiça criminal. Em grandes corporações multi e transnacionais de capital aberto, o baixo risco de detecção torna ineficiente o esforço do governo de usar sanções criminais para dissuadir a má conduta, porque nessa circunstância, os funcionários geralmente se beneficiam

³¹⁵ Michael S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, in *RESPONSIBILITY, CHARACTER, AND THE EMOTIONS: NEW ESSAYS IN MORAL PSYCHOLOGY* 179 (F. Schoeman ed., 1987) (“Retributivism is the view that punishment is justified by the moral culpability of those who receive it.”).

³¹⁶ Êxodo 21:23 (“Mas se houver lesão grave, você deve tirar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão.”).

³¹⁷ KAHAN, M.; NUSSBAUM; Martha C. Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, 96 *COLUM. L. REV.* 269, 352, 1996.

³¹⁸ Kathryn E. McCollister et al., *The Cost of Crime to Society: New Crime-Specific Estimates for Policy and Program Evaluation*, 108 *DRUG & ALCOHOL DEPENDENCE* 98, 98 (2010), <https://doi.org/10.1016/j.drugalcdep.2009.12.002>

³¹⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

pessoalmente do proveito das ações e não são adequadamente desencorajados do cometimento da infração penal diante da mera ameaça de a empresa ser sancionada.³²⁰Do ponto de vista conceitual, a dissuasão se funda em preceitos da teoria econômica, na medida em que compreende as corporações criminosas como agentes buscando maximizar seu lucro e agregar valor.³²¹

O dilema conceitual da ideia da dissuasão, no entanto, se refere ao fato de que em algumas circunstâncias, pune-se inocentes, “precifica-se” o crime e é possível incorrer na punição excessiva de alguns atores corporativos. Em alguma medida, o fato de os indivíduos que compõem as corporações estarem situados em organizações capazes de absorver pressões que distorcem as vantagens e desvantagens da prática de ilícitos, faz com que as empresas respondam aos incentivos de forma tendencialmente mais racional que os indivíduos.³²² Por outro lado, nem todos os crimes são produto da irracionalidade corporativa. É preciso distinguir o ilícito que decorre de defeitos organizacionais (ausência de canais de denúncia ou mecanismos de conformidade cosméticos) daquele que deriva de condutas em que se averigua a responsabilidade de indivíduos que compõem a organização empresarial.³²³

A utilidade prática da sanção é baixa quando os proveitos do crime são altos o suficiente para que a iniciativa da sua prática seja algo racional. A grande dificuldade envolve identificar onde exatamente ocorre o ponto de inflexão no qual a severidade das sanções é suficiente para dissuadir a prática de novas infrações. Sujeitar as corporações e gestão a sanções mais expressivas e severas, no entanto, não necessariamente produzirá o esperado efeito dissuasor. Pelo contrário: a criminalização excessiva pode ter efeito rebote e provocar maior hostilidade e resistência à lei dentro das organizações empresariais. Na lógica exclusiva da dissuasão, o incremento e crescente gravidade da legislação criminal tratando sobre criminalidade corporativa não provocou melhoras significativas em vista da utilização insuficiente. Dessa forma, se as sanções criminais fossem aplicadas regularmente e as

³²⁰ ARLEN, Jennifer; CARNEY, William J. Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence, U. ILL. L. REV. 691, 1992.

³²¹ ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. The Causes of Corporate Crime: An Economic Perspective, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 11, 14

³²² SILETS, Harvey M.; BRENNER, Susan E. The Demise of Rehabilitation: Sentencing Reform and the Sanctioning of Organizational Criminality, 13 AM. J. CRIM. L. 329, 36, 1986. (“The corporation is a rational actor striving to maximize financial gain and minimize financial loss, and so can be manipulated most easily by imposing monetary penalties that affect these acts.”)

³²³ No caso *United States v. Bank of New England*, 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987), por exemplo, apurou-se a violação do dever de reportar transações monetárias por uma corporação, muito embora nenhum indivíduo tenha sido formalmente investigado ou indiciado.

corporações soubessem que as chances de escapar à persecução penal são baixas, a dissuasão seria mais eficaz.

Essa perspectiva resume a “armadilha da dissuasão” por meio do raciocínio de que o aumento na quantidade de punição é o elemento central, em vez de reconsiderar melhores formas de induzir a conformidade. Precisamente no sentido de buscar alternativas ao controle da criminalidade é que Braithwaite, em quase duas décadas de investigação empírica, organizou um modelo que envolveu autorregulação, controle social formal, uma pirâmide de fiscalização e regulamentação corporativa.

Dessa maneira, por meio de um modelo cooperativo, a conformidade seria melhor alcançada do que se utilizando de estratégias adversariais. A complexidade da ofensa corporativa exige, no entanto, esforços multifacetados de controle social, razão pela qual o modelo cooperativo de Braithwaite, quando aplicado a grandes multinacionais é dotado de uma fraqueza estrutural: os sistemas jurídicos atuais carecem de recursos suficientes para fazer cumprir a autorregulação.³²⁴ O modelo cooperativo, por vezes, ignora o papel essencial do capital em pressionar a contínua acumulação do capital. Logo, o mesmo poder corporativo que tem esforços empreendidos para “criminalizar as infrações corporativas” tem um efeito igualmente significativo nas medidas cooperativas. Paralelamente, existem uma série de custos ocultos econômicos, legais e morais associados a essa estratégia. O fato de os modelos cooperativos carecerem de exploração empírica sistemática também é um argumento importante para entender as possíveis deficiências na abordagem de outras variáveis explicativas (confiança, compromisso, ignorância, entre outros).

Naturalmente quando se fala em dissuasão do comportamento criminoso das empresas, sob a perspectiva da teoria da *deterrence*, via de regra, as sanções se materializam apenas em multas. Em 1909, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir do case *New York Central & Hudson River Railroad x United States*³²⁵ levantou a condenação de uma empresa por meio da aplicação de multa, por muito tempo essa foi considerada a única forma que o Judiciário podia sancionar organizações empresariais. Muito embora a robusta ficção legal da pessoa jurídica permita que empresas tenham propriedades e bens em seu nome, para além dessas funcionalidades, parece fazer pouco sentido falar do interesse da corporação como algo distinto do interesse das pessoas que a compõem. Ao mesmo tempo, assumindo a premissa de que não existe interesse financeiro em si e autônomo da corporação-

³²⁴ SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law, and social control*. Cambridge University Press, 2009.

³²⁵ A partir desse caso autorizou-se a aplicação de sanções penais para as pessoas jurídicas pela primeira vez. Isso permitiu que as autoridades atribuísem responsabilidade às empresas pelos atos de seus agentes, incluindo os funcionários e terceiros que agem em seu nome.

mas antes, dos indivíduos que a compõem- talvez o suposto mecanismo das multas não seja, portanto, tão eficaz.

Isto porque aplicando a teoria da dissuasão, corre-se grande risco de “punir” inocentes, já que não há garantias de que as pesadas multas possam afetar única e exclusivamente os indivíduos dentro da empresa que efetivamente concorreram para a conduta criminosa.³²⁶ Pelo contrário, existe um reflexo de mercado poucas vezes sopesado que indica o aumento do risco da inadimplência corporativa, a depender do montante da multa, que pode confluir na incapacitação da empresa ou ainda, no repasse dessa perda, em última instância, no valor pago por cada consumidor pelos preços de seus bens ou serviços. Embora historicamente concebida como a principal sanção direcionada a pessoas jurídicas,³²⁷ há poucas evidências empíricas de que o incremento das multas é capaz de dissuadir significativamente a prática de crimes corporativos. Pelo contrário, a realidade demonstra que a aplicação de sanções com alta expressão financeira tende a incitar a corporação a ocultar futuramente seus crimes. Assim como a corporação não tem “mente capaz de sofrer”,³²⁸ também não possui interesses econômicos independentes que dentro da ficção jurídica de sua existência possam ser atribuídos a quaisquer outros agentes, senão seus próprios acionistas e terceiros interessados.

Em uma análise crítica das teorias da dissuasão e retribuição, embora as corporações não sejam capazes de sofrer, elas possuem características em nível organizacional capazes de influenciar sua propensão ao cometimento de crimes. Os acionistas da Siemens, por exemplo, se beneficiaram indiretamente do lucro gerado pelos milionários contratos firmados a partir de suborno e propinas e, no entanto, nenhum acionista foi indiciado. Nesse contexto, há quem sustente que mesmo os acionistas de empresas que, a princípio, podem parecer consideravelmente distantes do núcleo duro de tomada de decisões no ambiente corporativo, teriam o direito de intervir nos planos de governança interna e, em alguma medida, afetar a (in)ocorrência do crime em si.

A problematização desse envolvimento dos acionistas em grandes corporações de

³²⁶ Alexander & Cohen, *supra* note 67, at 14 (proposing “to increase the ex ante probability of sanction among those individuals [best equipped to prevent a crime directly or indirectly], thereby concentrating the incentive to prevent the crime among those individuals” and noting that “[t]he challenge lies in distinguishing the individuals”).

³²⁷ “Uma corporação pode ser punida com multa; na verdade, a única punição que pode ser infligida a uma empresa por um crime é um multa ou apreensão de sua propriedade que pode ser cobrada por uma execução emitida pelo tribunal. ” (citando *N.Y. Cent. & Hudson River R.R. Co. v. Estados Unidos*, 212 U.S. 481 (1909)); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 168 (2d Cir. 2010), 569 U.S. 108 (2013) (“O único forma de punição prontamente imposta a uma empresa é uma multa. . .”).

³²⁸ COFFEE JR, John. “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 MICH. L. REV. 386, 1981.

capital misto, todavia, parece ainda menos provável e factível, sobretudo se considerada a dispersão de poder e, portanto, a heterogeneidade de interesses que permeia cada camada, bem como onerosidade da disputa travada para litigar contra um conselho diretor. O resultado desse fenômeno não parece indicar uma considerável esfera de influência exercida por acionistas- controle acionário- sobre os gestores e diretores da corporação.³²⁹

Há quem sugira, inclusive, que o crime corporativo afeta significativamente o valor das ações antes mesmo da sua detecção e apuração.³³⁰

Outra saída dogmática envolve admitir que os efeitos colaterais sobre terceiros é uma consequência inevitável das sanções corporativas e que, portanto, diferentemente das sanções individuais, é impossível conter a todo custo um efeito reflexo sobre terceiros inocentes- sejam eles funcionários, credores ou acionistas.³³¹

Do ponto de vista do sistema de incentivos, é difícil compreender como a dissuasão sozinha funcionaria para as empresas. A sanção estabelecida nesses parâmetros busca aumentar o risco do cometimento de crime para tentar desincentivar a conduta infratora. Nesse contexto, não é surpresa um cenário em que o próprio infrator corporativo visualize a sanção econômica como o “preço” do crime ou o “custo” para se fazer negócio naquele segmento. Criminosos individuais respondem a muitas outras implicações não econômicas da punição- força moral e cunho vergonhoso- que não estão presentes nas multas. Pelo contrário, a sanção financeira traduz os danos do crime em termos econômicos: ainda que exista uma narrativa sobre como a punição é capaz de dissuadir os indivíduos sem precificar o crime, a imagem trazida pela sanção financeira é moralmente repulsiva.³³²

Se considerada a indignação moral quando o público descobriu, por exemplo, a assunção de um risco no escândalo do carro Ford Pinto na década de 70³³³ ou ainda, mais

³²⁹ STOUT, Lynn A. The Mythical Benefits of Shareholder Control, 93 VA. L. REV. 789, 789 (2007)

³³⁰ ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. Cohen. Why Do Corporations Become Criminals? Ownership, Hidden Actions, and Crime as an Agency Cost, 5 J. CORP. FIN. 1 (1999).

³³¹ BEALE, Sara Sun. A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability, 46 AM. CRIM. L. REV. 1481, 1487, 2009.

³³² “Por meio da punição criminal estamos vingando o ultraje à moralidade” em DURKHEIM, Emile, URKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY 47, 1984.

³³³ Em 1977, a revista Mother Jones publicou uma reportagem sobre os casos de incêndio do Ford Pinto em que se obteve acesso a um documento que comprovava que a Ford havia descoberto a falha durante a pré-produção, fez as contas de quanto iria custar colocar um tanque de combustível mais seguro e achou que não compensava o gasto. Inclusive chegaram a calcular que os custos para trocar o sistema de combustível seria maior do que pagar indenizações após os acidentes. O National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA), responsável pela segurança viária nos EUA, na ocasião, concluiu que o sistema de combustível era perigoso e determinou o recall pela Ford de cerca de 1,4 milhões de veículos. O escândalo do Ford Pinto resultou em um processo criminal contra a Ford por homicídio doloso (*corporate manslaughter*), movido pela promotoria do estado do Indiana após três mulheres morrerem queimadas no veículo. O memorando tornou-se uma prova de que a Ford assumiu o risco, sabendo que poderia provocar fatalidades. Foi a primeira vez que uma empresa norte-americana foi acusada de homicídio, porém, o júri convocado absolveu a Ford.

recentemente em 2017, o escândalo *Dieseldgate*, em que se apurou manipulação de testes de emissão de poluentes por carros movidos a diesel pela Volkswagen, Diamantis reforça a necessidade de evitar adotar uma estrutura de sanções que ofenda valores amplamente defendidos e estimados pela sociedade.

Para além das multas, é possível pensar criativamente em alternativas estratégicas de sanção às corporações. Na França, por exemplo, existe a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica, proibição do exercício de atividades, encerramento de estabelecimentos, exclusão de mercado, proibições de oferta, revogações de licença, proibição de contratar com o poder público.³³⁴ Por outro lado, a multiplicidade de sanções só torna ainda mais necessária a sofisticação do argumento da criminalização, sobretudo se considerarmos que algumas das penalidades mais significativas às empresas são de cunho civil ou administrativo.

Em contraste, já se discute a possibilidade da aplicação da multa de capital, isto é, a multa de um determinado percentual de ações em circulação como possível estratégia. Nesse modelo, o produto da venda das ações seria direcionado para as vítimas ou um fundo específico para compensação pelos impactos adversos e a corporação seria impedida de recomprar essas ações em um determinado período de tempo.³³⁵ Embora haja posições divergentes sobre a compatibilidade dessa sanção com a Constituição, conforme recorda o autor, uma análise ponderada também deveria considerar o custo para a sociedade quando a corporação não é dissuadida e se torna reincidente.

Parte da necessária reforma do sistema de justiça criminal deveria abranger a inserção de elementos de estigma e vergonha, seja obrigando o CEO ou gestor da empresa a reconhecer e declarar a culpa publicamente ou aceitando a condenação. Outra estratégia seria a imposição de uma espécie de liberdade condicional mediante nomeação de um monitor corporativo, escolhido pelo Judiciário. Ambas as possibilidades visam também, sob a perspectiva da justiça de transição, viabilizar o reconhecimento da culpa como parte do processo transição que não deixe a coerência de lado.³³⁶ Nesse sentido, o caso da Volkswagen é bastante elucidativo. Em vista do relacionamento da Volkswagen com

³³⁴ ORLAND, Leonard; CACHERA, Charles. Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities (Personnes Morales) under the New French Criminal Code (Nouveau Code Penal), 11 CONN. J. INT'L L. 111, 1995.

³³⁵ COFFEE JR, John. Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

³³⁶KOEHN, Darryl. Why Saying "I'm Sorry" Isn't Good Enough: The Ethics of Corporate Apologies, 23 BUS. ETHICS Q. 239 (2013). O autor considera crucial que "aceitar a culpa é parte do que significa ser, de fato, responsabilizado".

inúmeras violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura, em 2020 foi firmado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público Federal para “reparar” sua conduta durante a ditadura no Brasil. O acordo, que envolve a doação de R\$36 milhões de reais a iniciativas ligadas à defesa de direitos humanos, no entanto, passo ao largo de qualquer reconhecimento de culpa e responsabilização.

Existe um viés cultural de reverência e postura moral na formulação de um pedido de desculpas pela corporação. Apesar dessa afirmação, existe um acirrado debate entre Herbert L.A. Hart e Patrick Devlin sobre se deve o direito penal ser instrumento para fazer cumprir as normas morais ou sociais. Enquanto Hart argumenta que o direito penal não deve ser usado para policiar a moralidade, especialmente no que diz respeito a atos que não criem danos para outros, por outro lado, Patrick Devlin sustenta o necessário uso do direito penal para reforço de normas morais. Esse debate, porém, independe da questão de se alguém pode ser responsabilizado sem culpa.³³⁷

O grande calcanhar de Aquiles atrelado à teoria da dissuasão, portanto, envolve pressupor que por meio das multas e sanções financeiras, existe um potencial de reforçar o cumprimento da lei, no entanto, negligencia a possibilidade de a empresa, em vez disso, investir ainda mais na ocultação e dissimulação.³³⁸ É inegável assim, que a corporação pode definitivamente influenciar a probabilidade de detecção interna e punição. Do ponto de vista prático ainda, em algumas circunstâncias, o limite legal das multas é consideravelmente menor do que a empresa tem condições de pagar. Por outro lado, aumentar progressivamente as sanções financeiras não parecer ser o caminho, sobretudo quando se percebe o risco que é colocado sobre o emprego de milhares de funcionários e sobre a própria comunidade em que a corporação se insere, “punindo” de forma reflexa e indireta, a comunidade, ao privá-la de empregos, acesso a recursos e incremento da qualidade de vida em alguma medida. No pior cenário, terceiros inocentes sofrem o impacto negativo da punição corporativa e as consequências são bastante severas quando a empresa é incapacitada ou dissolvida.

3.3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica e os modelos de imputação

O mais importante suporte empírico a embasar a natureza e características da criminalidade corporativa reside nas explicações de Sutherland. Partindo da perspectiva de que a infração penal sucede no ambiente empresarial porque gera dinâmicas internas que

³³⁷ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965, p. 22.

³³⁸ BAER, Miriam H. Too Vast to Succeed, 114 MICH. L. REV. 1109, 1119, 2016.

levam funcionários e gestores a se comportar de maneira irregular, as possibilidades de lucro a qualquer custo e competitividade seriam capazes de gerar uma cultura em dissonância da lei. A ótica da teoria da associação diferencial, portanto, sublinha a importância da atribuição de responsabilidade da organização como mecanismo de autorregulação preventiva voltada especificamente para a prevenção desse tipo de comportamento individual.

A sanção da empresa, nesse contexto, pode motivar comportamentos completamente diferentes. De um lado, a pena aplicada à empresa com a finalidade de prevenção especial ou inocuidade, por meio de multas e proibição de atividades e de outro, a sanção aplicada à pessoa física no sentido da prevenção geral. Na evolução da concepção de responsabilidade, para além da necessidade de a empresa receber algum tipo de vantagem econômica, algumas legislações passaram a prever que, independentemente de qualquer benefício à entidade, a responsabilização poderia ser desencadeada a partir do descumprimento da obrigação legal de prevenir determinados comportamentos.

Na tentativa de dar início a uma reflexão sobre como deveria ser a intervenção penal no campo da prevenção à violação de direitos humanos no âmbito corporativo, Adán Nieto Martín sugere a criação de tipos penais voltados a sancionar o descumprimento de obrigações positivas.³³⁹ O direito penal internacional, por sua vez, puniria o descumprimento de obrigações negativas, reforçando os limites fundamentais que o direito penal internacional teria na sanção de corporações. Nesse sentido, um importante escopo de aplicação estaria atrelado à circunstância de uma violação não necessariamente se caracterizar como uma ofensa criminal, mas se enquadrar como uma situação que a empresa deveria prevenir. Seria possível, neste caso, punir os líderes ou gestores da empresa que estava envolvida na violação.

Tratando de suas origens, o direito penal econômico internacional tem como marco os crimes de Nuremberg, a partir da busca na construção da responsabilidade de gestores e líderes corporativos por graves violações de direitos humanos como genocídio, crimes de guerra, tortura, escravidão e trabalho forçado. No campo dos direitos humanos, a autorregulação e sua correspondente sanção criminal precisaria, portanto, de uma supervisão pública- a semelhança do que ocorre com agências anticorrupção.³⁴⁰

A responsabilidade individual suscita questionamentos sobre a posição de garante e, portanto, à comissão por omissão, o que é ainda mais agravado pelo fato de as violações de

³³⁹ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2020

³⁴⁰ *Ibidem*.

direitos humanos ocorrerem majoritariamente na base da cadeia produtiva e, portanto, geograficamente bastante distantes da empresa-mãe ou matriz. Ademais, quando constatadas em maior nível de detalhamento, as violações repercutem dentro de estruturas de subsidiárias, por vezes, organizadas dentro de *joint ventures*.

Na perspectiva do direito penal, a fim de buscar solucionar essa controvérsia, emergem teorias como o domínio do fato e da organização³⁴¹ que já têm uma aplicação complexificada dentro do ambiente de grandes organizações empresariais nacionais e, portanto, quando aplicadas à cadeia produtiva multi e transnacionais, se tornam ainda mais desafiadoras.

A responsabilização penal empresarial se revela como uma forma de coagir ou incentivar a adoção de medidas de autorregulação pela empresa, com a finalidade de prevenir infrações. Dentro da ideia de criminalização do comportamento corporativo ambiental e socialmente danoso existem modelos de imputação e seus respectivos sistemas de sanções. Nas últimas décadas tem havido a reconfiguração da construção de um modelo de imputação criminal para estabelecer a responsabilidade dentro da empresa e, especialmente, a definição dos critérios de atribuição das responsabilidades dos sujeitos envolvidos na conduta criminoso.

Do ponto de vista organizacional, o núcleo problemático essencial da moderna concepção de responsabilização penal do ente coletivo compreende a imputação objetiva e subjetiva do fato criminoso à empresa. A complexa evolução histórica da responsabilidade da pessoa coletiva explorada por Salvador Netto retrata como a tendência para aceitar a responsabilização derivou da ideia de que grandes empresas, em áreas específicas como fiscal, ambiental, econômica mais delinquiram e, portanto, mais danos causavam.³⁴²

Na delimitação de conteúdo, Shecaira enumera quatro requisitos de aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.³⁴³ São eles: (i) a infração individual deve ser praticada no interesse da pessoa coletiva; (ii) a infração individual não pode se situar fora da

³⁴¹ O modelo teórico elaborado por Claus Roxin distingue entre o domínio do fato pela ação, o domínio do fato funcional e o domínio do fato pela vontade. Ao exercer o domínio da ação o sujeito, comissivamente, realiza um ato que se subsume ao fato típico, ele tem o domínio sobre sua ação e também sobre o resultado. O domínio do fato funcional, por sua vez, é caracterizado pela coautoria, ou seja, pela cooperação e divisão de trabalho entre os envolvidos, isto porque Roxin entende que a comissão conjunta pressupõe a existência de uma divisão de trabalho consciente entre as partes. ROXIN, Claus. *Sobre la autoría y participación en el derecho penal. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Pannedi, 1970.

³⁴² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

³⁴³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002, pp.115 e ss.

esfera da atividade da empresa; (iii) a infração individual deve ser cometida por pessoa física intimamente ligada à pessoa jurídica; e (iv) a prática da infração deve ter a contribuição ou auxílio da pessoa jurídica.

Dentre os modelos de imputação, o mais tradicional e intuitivo compreende tornar a empresa responsável pelos comportamentos adotados por seus empregados no exercício de sua atividade (heterorresponsabilidade). O fundamento do modelo de heterorresponsabilidade se encontra na possibilidade de imputar apenas os crimes cometidos por um grupo de pessoas- da alta administração- à organização coletiva. O segundo modelo busca a responsabilidade da empresa a partir da constatação de um defeito de organização que tenha propiciado ou estimulado a ocorrência da infração pelo indivíduo. Não havendo, no entanto, defeito organizacional, a pessoa jurídica careceria de responsabilidade, ainda que algum de seus funcionários tivesse praticado alguma infração (autorresponsabilidade ou culpabilidade por defeito de organização). A proposta de ambos os modelos tem a finalidade político-criminal comum de buscar sancionar as pessoas jurídicas para que promovam uma autorregulação interna e assim, possam detectar e sancionar o cometimento de futuros ilícitos penais.

No modelo de heterorresponsabilidade ou responsabilidade vicariante, a atribuição de responsabilidade à empresa aqui requer geralmente três condições: o cometimento da infração por um funcionário da empresa; que tal infração tenha sido cometida no exercício das funções ou atribuições do empregado; com a intenção de obter algum tipo de vantagem ou benefício para empresa ou infringindo uma obrigação. No plano das organizações empresariais, a corporação seria responsabilizada pela ação ou omissão de seus funcionários, sem que seja necessário comprovar culpa pessoal do sujeito responsabilizado.³⁴⁴

Há sistemas legislativos como o do Reino Unido em que a responsabilidade recai unicamente sobre o dirigente ou gestor da corporação, com exceção do *corporate manslaughter* e do *Bribery Act*. Nos Estados Unidos, por outro lado, a tese do *respondeat superior* permite que qualquer empregado, funcionários ou terceiros que trabalhem representando a empresa possam ser responsabilizados. O modelo vicariante ou de heterorresponsabilidade, no entanto, suscita questionamentos pertinentes sobre uma possível responsabilidade objetiva para os entes coletivos, porque é imposto às empresas uma espécie de “vigilância privada”.

Embora haja quem aponte uma violação em potencial do princípio da

³⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. 2nd Edition. Madrid: Edisofer S.L., 2016.

responsabilidade pelo fato próprio,³⁴⁵ é bastante questionável a aplicação do princípio da culpabilidade às empresas tal qual aplicado à criminalidade individual. Do ponto de vista do modelo de incentivos, porém, é de se reconhecer que a responsabilização da empresa nesses termos não incentiva a organização a dispender esforços na detecção e sanção das infrações na sua cadeia produtiva, além de atrair a gestão para a implementação de mecanismos de deslocalização do risco, a fim de dispersar a responsabilidade na base da cadeia produtiva.

Conforme ressalta Salvador Netto, a adoção de um modelo de heteroresponsabilidade também cria uma dependência de responsabilização da pessoa física (dupla imputação), restringindo o círculo de pessoas que representam a vontade do ente coletivo.³⁴⁶

Ao mesmo tempo, na lógica dos incentivos, o modelo de heteroresponsabilidade deixa de premiar as empresas que, de fato, envidam esforços para se alinhar à conformidade legal e implantar um programa de *compliance* efetivo. É esperado que se o direito sancionador não reconhece minimamente os esforços da corporação em cumprir o ordenamento jurídico e trata igualmente as empresas diligentes e imprudentes, não haja uma alocação de recursos privados razoável na garantia da conformidade.

Na proposta do modelo de autorresponsabilidade ou culpabilidade da empresa, por outro lado, a responsabilidade da empresa depende de um defeito organizacional ou da verificação de culpabilidade da própria empresa. Esse sistema foi acolhido pela Suíça, Itália, Reino Unido, Chile e Estados Unidos. A principal forma de manifestação desse modelo se traduz, diante da prática de uma infração delitiva por um membro da organização empresarial, para então comprovar se a empresa dispunha de um programa de *compliance* efetivo como elemento essencial para se definir a culpabilidade da organização.

Existem ainda modelos alternativos de responsabilização empresarial como a própria *identification doctrine* ou doutrina da identificação, cujo fundamento se desenvolveu a partir do *leading case* inglês *Tesco Supermarkets Ltd vs. Nattrass (1971)*, de acordo com o qual os atos e estados de espírito de certos gestores da corporação- enquanto mentes diretivas da empresa- são considerados atos e estados de espírito da empresa, como uma espécie de *alter ego*. A corporação fictícia é considerada diretamente responsável, em vez de indiretamente responsável, sendo assim, responsabilizada pelos ilícitos praticados por pessoas que se identificam com a empresa. Nem todos os funcionários, portanto, podem agir como se

³⁴⁵ NÍETO MARTIN, Adán. *Manual de cumplimiento penal em la empresa*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015.

³⁴⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2018, p.294.

fossem a empresa.

Dentro dos modelos de autorresponsabilidade, o enfoque da responsabilidade autônoma ou responsabilização pelo defeito ou falha organizacional, também se diferenciam porque enquanto nas teorias anteriores a responsabilidade da organização depende da apuração da responsabilidade de indivíduos, a noção de falha organizacional revela a culpa da própria empresa.

Ou seja, se refere à incapacidade de uma empresa prevenir crimes relacionados ao seu negócio, que poderiam ter sido mitigados ou evitados caso a empresa tivesse dado maior importância em relação aos riscos da criminalidade. A negligência da empresa aqui se revela na sua falha em evitar a negligência ou ilegalidade de seus membros. Nesse modelo se revela a ideia da autorregulação regulada em que a dimensão pública direciona e incentiva a cultura e organização da empresa, transformando a sanção no produto aferido a partir dos critérios de imputação que conformam as categorias de crimes.

3.3.1 Reinterpretando a *mens rea* da criminalidade empresarial

O conceito de criminalidade corporativa, embora frequentemente usado, pode se referir, minimamente, a três diferentes fenômenos. O primeiro é a responsabilidade criminal corporativa, segundo a qual uma organização empresarial pode ser diretamente responsabilizada por um fato caracterizado ou não como crime, a segunda concepção refere-se à responsabilidade criminal de um agente individual por uma ação ou omissão dentro do contexto das atividades da empresa e da relação de trabalho, e a terceira como um sinônimo de “crime de colarinho branco”, para materializar o mau comportamento de uma empresa do ponto de vista social e ambiental.

A partir da aproximação da criminologia com os delitos econômicos, é importante a distinção entre o que se entende por delito de colarinho branco, delito ocupacional e delito corporativo. O crime de colarinho branco moldado por Sutherland na década de 30 se refere ao crime cometido por uma pessoa de elevada reputação com marco na sua atividade profissional. No que se refere ao delito ocupacional, o fundamento reside no fato de a infração ter sido cometida no transcurso de determinada atividade. O crime corporativo ou *corporate crime*, por sua vez, remete à infração praticada no interior de uma organização ou corporação que pode assim, derivar responsabilização de ordem civil, administrativa ou penal.

A noção de crime de colarinho branco refletiu uma tentativa de organizar o

entendimento básico da definição de crimes organizacionais. Até então para responsabilizar uma corporação, era necessário eliminar o requisito da *mens rea* ou prová-lo por meio de imputação de responsabilidade a algum indivíduo. Buscar a *mens rea* nas complexas transações negociais de corporações multi ou transnacionais sempre representou assim, um grande desafio teórico e dogmático. Independentemente da definição e da existência do que se convém chamar de direito penal corporativo, o crime corporativo tem uma relação tangencial com o conceito de crime.

Se na criminalidade clássica, a marca da responsabilidade penal é a mente culpada ou *mens rea*, quando relacionada à entidade coletiva, a necessidade de demonstrar culpa pessoal é abrandada. Em uma análise superficial, sem a *mens rea*, no entanto, qualquer teoria ou abordagem para justificar a responsabilidade criminal não poderia escapar da realidade de que empresas estariam sendo punidas sem aferir sua culpabilidade. A releitura e os dilemas da responsabilidade corporativa derivam de uma suposição constante de que as corporações, enquanto estruturas únicas, precisariam de um tratamento jurídico diferenciado.

Historicamente, na tentativa de responsabilizar os membros de um grupo pelos atos da organização em si, a doutrina jurídica da *Joint Criminal Enterprise* (JCE), por exemplo, foi bastante usada durante os tribunais para julgamento de crimes de guerra. Na acepção da doutrina, cada membro de um grupo organizado é considerado responsável individualmente pela realização de um plano ou propósito comum.³⁴⁷ Tendo surgido a partir do processo conduzido pelo Tribunal Criminal Internacional para a ex-Iugoslávia contra líderes políticos e militares por crimes de guerra, a doutrina busca literalmente aplicar o conceito de responsabilidade coletiva por meio do reconhecimento da responsabilidade e punição de todos igualmente pelas consequências da ação coletiva, independentemente do grau de contribuição individual e da relação de coautoria. Inobstante a facilidade na apuração de responsabilidade dos participantes do plano comum, ainda assim essa doutrina levanta sérios dilemas em face do princípio da culpabilidade.³⁴⁸

Se, em um primeiro momento, buscou-se tentar adaptar o sistema de responsabilização do indivíduo à corporação, aparando suas arestas, progressivamente o processo de desenvolvimento de uma *mens rea* corporativa. O desenvolvimento de padrões de responsabilidade corporativa necessariamente caminha ao lado das discussões sobre a

³⁴⁷ CENCICH, John Robert. International Criminal Investigations of Genocide and Crimes Against Humanity: A War Crimes Investigator's Perspective, *International Criminal Justice Review*, 2009.

³⁴⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2020.

(in)existência de culpabilidade corporativa. Cientistas cognitivos e psicólogos sociais demonstram um entendimento das corporações enquanto “grupos de tarefas” quando apresentam um grau significativo de coerência que permitem que elas sejam percebidas como possuindo atributos essencialmente relacionados a indivíduos.³⁴⁹

As recentes descobertas da ciência cognitiva apontam assim, precisamente para a constatação de que culpar grupos e coletividades como corporações assemelha-se à prática de culpar indivíduos. Isto porque os seres humanos enxergam e valoram os comportamentos dentro de um sistema de conexões de crenças, intenções, circunstâncias, realizando inferências para agrupar comportamentos da mesma forma que o fazem com outros humanos. O que revela a psicologia social, portanto, é que os seres humanos assumem uma mesma “postura” que julga estados mentais para grupos coletivos e para indivíduos e que o processo de atribuição de culpa e estados mentais segue exatamente o mesmo caminho cognitivo.³⁵⁰

Ciente dessa similaridade, o direito penal deve endossar uma estrutura que, naturalmente parta de uma analogia com a criminalidade individual porque conforme esclarece Gerhard O. Mueller a comparação se funda na tendência psicológica em direção à personificação da pessoa jurídica e também reflete uma consequência da retórica de responsabilidade corporativa.³⁵¹

A prática de um crime, via de regra, exige dois elementos: *actus reus* e *mens rea*. Para superar a dificuldade inerente à aplicação da mesma lógica às corporações, desenvolveu-se o artifício do *respondeat superior*, que mantém as corporações em uma estrutura de culpabilidade vicariante ou por ricochete, na qual busca-se o elemento subjetivo (dolo ou culpa) na pessoa física (dirigente ou representante) para responsabilizar a pessoa jurídica.³⁵² Trata-se praticamente de responsabilização indireta atribuída à ficção moral da pessoa jurídica em decorrência de ação/omissão de pessoa física que age em interesse e benefício da própria pessoa jurídica.

³⁴⁹HAMILTON, David L.; SHERMAN, Steven J. Perceiving Persons and Groups, 103 PSYCHOL. REV. 336, 337-41, 1996

³⁵⁰MALLE, Bertram F. The Social and Moral Cognition of Group Agents, 19 J.L. & POL’Y 95, 100, 2010.

³⁵¹MUELLER, Gerhard O.W. Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability, 19 U. PITT. L. REV. 21, 38, 1957.

³⁵²Segundo Luiz Flávio Gomes, a Lei nº 9.605/98 consagrou a “chamada teoria da responsabilidade penal por ricochete (de empréstimo, subsequente ou por procuração), ou seja, a responsabilidade ‘penal’ da pessoa jurídica depende da prática de um fato punível por alguma pessoa física, que atua em seu nome e em seu benefício. É uma responsabilidade por ricochete, porque prioritariamente deve ser incriminada a pessoa física. Por reflexo a pessoa jurídica acaba também sendo processada, desde que preenchidos os requisitos legais (atuação em nome da pessoa jurídica, benefício da pessoa jurídica, etc.). Vide: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). Direito penal, v. 1: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007, p.526.

A responsabilidade vicariante passou a ser reconhecida, em meados do século XIX, em tribunais ingleses e estadunidenses viabilizando-se a responsabilização da corporação pelo ato de seus agentes. O desenvolvimento da responsabilização vicária foi um processo gradativo que acompanhou a lei de responsabilidade civil. Sob esse padrão de responsabilidade, as corporações podem ser responsabilizadas pelos atos criminosos de seus funcionários e agentes. Logo, se um funcionário infringir a lei dentro do escopo de sua atuação na empresa e este ato beneficiar a corporação, então a própria corporação pode vir a ser responsabilizada pela ofensa subjacente do funcionário.³⁵³ Até o século XX, no entanto, em poucas ocasiões uma corporação, de fato, responsabilizada por um crime que exigisse a comprovação da *mens rea*.³⁵⁴

Essa teoria de responsabilização corporativa, no entanto, já demonstra suas limitações quando se trata de grandes organizações empresariais em que o rastro da tomada de decisão é extremamente descentralizado, dificultando a identificação precisa de quem agiu em desfavor das normas. Ao mesmo tempo, essa abordagem teórica também parece não dar conta de circunstâncias que envolvam empresas criminosas, ou seja, organizações criadas com o propósito de lucrar e agregar valor à custa da violação massiva de direitos humanos.

A criminalidade corporativa levanta questionamentos sobre qual seria o papel mediador da *mens rea* entre o âmbito da ação e da condenação. Em um cenário ideal, uma empresa deveria ser capaz de se defender contra responsabilidade criminal ao demonstrar que possuía uma política clara e eficaz de cumprimento a lei em vigor no momento da violação. A ideia seria assumir postura mais comedida que evita alguns dos problemas que a defesa do programa de conformidade corporativa eficaz enfrenta (por exemplo, se cometeu um crime o programa de conformidade, por definição, não foi eficaz?). A presença de um programa de conformidade seria apenas uma da totalidade de circunstâncias a serem consideradas na avaliação da *mens rea*.³⁵⁵

Em consonância com as limitações impostas pela criminalidade clássica, Parker critica a responsabilidade vicária na medida em que viola duas leis fundamentais. A primeira compreende a ideia de que a responsabilidade indireta pode fundamentar a responsabilização civil, mas não penal. E a segunda ideia de que a responsabilidade criminal não deve ser imposta na ausência de culpa pessoal em grau suficiente para produzir condenação moral do

³⁵³ LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*, 43 EMORY L.J. 648, 655 n.32 (1994)

³⁵⁴ Hudson River R.R., 212 U.S. at 494–96;

³⁵⁵ WALSH, Charles J.; PYRICH, Alissa. Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?, 47 RUTGERS L. REV. 605, 676, 1995.

agressor.³⁵⁶

É indispensável ponderar, no entanto, que o cenário de um funcionário que, agindo sem o conhecimento do alto escalão, perpetra crimes por meio da estrutura da pessoa jurídica, em algumas circunstâncias pode ser algo inevitável, mesmo diante dos mais robustos critérios internos de conformidade e vigilância. À medida que a amplitude de atuação, geográfica e operacional, se torna mais complexa, descentralizada, mais desafiadora se torna a empreitada de encontrar o suposto grupo ou indivíduo culpado.

Se no século XIX, o adágio *respondeat superior* parecia, de fato, ser uma resposta intuitiva ao fenômeno de pequenas empresas de baixa complexidade,³⁵⁷ capital fechado e frequentemente familiares, o século XX testemunhou verdadeira reviravolta. O desenvolvimento de complexas cadeias operacionais, separando propriedade e controle viabilizou processos de tomada de decisão difusos em que, por vezes, resta difícil comprovar que a empresa agiu com conhecimento e intenção necessários para cometer a infração.³⁵⁸

Nessas circunstâncias, há quem sugira que o uso do *respondeat superior* mina os incentivos para as empresas implantarem canais de comunicação eficientes entre funcionários³⁵⁹. Isto porque, na linha da abordagem dos Estados Unidos para controle da criminalidade corporativa, o DOJ vem seguindo uma política que visa direcionar a responsabilidade para infratores individuais, estruturando a responsabilidade corporativa de forma a induzir as empresas a detectar e auto reportar a má conduta individual. Nesse modelo, existe um estímulo inquestionável para encontrar o “indivíduo culpado” que permitirá à empresa se beneficiar do compartilhamento dos resultados de sua investigação privada.

Essa diretriz endossa um modelo no qual o governo se vale do *stick and carrot*, usando a “vara” da sanção criminal corporativa junto com a “cenoura” da sua parcial ou total eliminação para extrair informações e evidências da má conduta corporativa. Precisamente na contramão dessa política, Laufer propõe o abandono do modelo vicariante- que estabelece níveis ineficientes de responsabilização corporativa- em favor da concepção de responsabilidade fundada em julgamentos objetivos de culpa, envolvendo atributos e

³⁵⁶ PARKER, Jeffrey S. Corporate Crime, Overcriminalization, and the Failure of American Public Morality F.H. Buckley, ed., *The American Illness: Essays on the Rule of Law*, pp. 407-431, Yale University Press 2013.

³⁵⁷ JOHN MICKLETHWAIT & ADRIAN WOOLDRIDGE, *THE COMPANY* 12 (2003).

³⁵⁸ Por meio de uma nova abordagem da ciência cognitiva, Diamantis propõe uma nova abordagem da *mens rea* corporativa, permitindo-se atribuir verdadeiros “estados mentais” às corporações. DIAMANTIS, Mihailis. *Corporate Criminal Minds* (January 1, 2017). *91 Notre Dame Law Review* 2049, 2016.

³⁵⁹ KHANNA, V.S., *Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea*, 79 B.U. L. REV. 355, 377-82, 1999.

características do juízo de reprovação.³⁶⁰

A proposta de abandono do modelo de responsabilização vicariante, portanto, exigiria a prova da “falha” organizacional na *mens rea* da corporação. Embora haja teóricos que proponham o abandono do direito penal corporativo que vem se construindo³⁶¹, Laufer entende que é possível conceber um modelo de responsabilização empresarial sem abandonar o direito penal vigente. Inclusive porque, em alguma instância, a punição às corporações é uma maneira de a comunidade também expressar o seu posicionamento no que se refere aos persistentes conflitos entre o lucro e a violação massiva de direitos humanos.

Recentemente, tem se desenvolvido a terceira via da doutrina do conhecimento coletivo (*collective knowledge doctrine*), em que se impõe a responsabilização da entidade mesmo quando nenhum indivíduo em específico é culpado.³⁶² Pela fusão imaginária do conhecimento detido individualmente por todos os agentes que integram a corporação, mas nunca comunicado completamente uns aos outros ou mesmo à empresa, impõe-se claramente um risco aberto de responsabilização às empresas pela mera ausência de manutenção de canais abertos de comunicação.³⁶³

3.3.2 A iniciativa alemã da *Verbandssanktionsgesetz (VerSanG)*

O direito penal alemão tem sofrido uma progressiva mudança de paradigma, com a possível introdução da responsabilidade penal das empresas na agenda da política criminal do país, a despeito das grandes discussões sobre sua compatibilidade com os princípios básicos do direito penal alemão. Em contraste, surgem uma série de questionamentos com grande relevância prática como: quais seriam os elementos substantivos de uma sanção à associação? Quais os direitos e obrigações de uma associação no processo penal? Essas questões não são passíveis de serem devidamente respondidas isoladamente, mas antes, devem ser consideradas na sua interação com outras consequências. A necessidade de pesquisas jurídicas cruzadas é assim, essencial para um desenvolvimento amplo da matéria.

³⁶⁰ A genuine corporate fault rejects vicarious liability and instead explores culpability in relation to features, aspects, and attributes of the corporate form”, LAUFER, William. Corporate bodies, guilty minds... cit., p. 7, 47 e 57.

³⁶¹ FISCHER, Daniel R.; SYKES, Alan O. Corporate Crime, 25 J. LEGAL STUD. 319, 319 (1996) (“We argue that there is no need for corporate criminal liability in a legal system with appropriate civil remedies”)

³⁶² 3 United States v. Bank of New England, 821 F.2d 844 (1st Cir. 1987).

³⁶³ Trs. of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. (“A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law.”)

Nesse contexto, em meados de 2015, um grupo de pesquisa interdisciplinar organizada na Faculdade de Direito da Universidade de Colônia, financiado pela Fundação Volkswagen, busca responder algumas questões sobre a criminalidade corporativa, com foco na maneira mais adequada de implementação das sanções às empresas.

Em meados de 2020, o Conselho Federal alemão deliberou sobre um projeto de lei para fortalecer a integridade empresarial, que contém a chamada Lei de Sanções à Associação ou *Verbandssanktionsgesetz*. O fundamento seria a criação de uma base jurídica independente para sancionar associações empresariais que cometem infrações criminais, em vista da necessidade de fortalecer a grande maioria das empresas que aderem à conformidade. Em sua exposição de motivos, resta claro que o fato de a infração ter sido desencadeada pela atuação de uma empresa não justifica a seriedade na reação para se evitar os ilícitos, pois mesmo em face de pessoas físicas existe ampla dificuldade em garantir o efeito

Conforme dispõe o §1^a do E-VerSanG expressamente “esta lei regulamenta a punição de associações por crimes (...)”. Apesar das pesadas críticas derivadas de grupos de associações e organizações empresariais, em junho de 2020 o projeto foi aprovado pela Assembleia Federal alemã (*Bundesrat*) intitulado “*Gesetzesentwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs*” (VerbStGB-E). Rübenstahl pondera que a versão do projeto de lei desencadeia mais efeitos negativos do que positivos, ante a previsão de sanções criminais dracônicas. Atualmente, não existe na Alemanha uma lei que obrigue- sob pena de sanção- a realização de avaliação de riscos de conformidade.

Apesar do escopo notável das multas administrativas na Alemanha, quando comparada a outras jurisdições, a expressão da condenação e o respectivo efeito preventivo que deriva da aplicação de sanções criminais tem base completamente distinta. Rübenstahl argumenta que a ausência de incentivos explícitos na legislação alemão para fomentar a conformidade não justifica a necessidade de uma legislação criminal corporativa. Na proposta do VerbStGB-E, o termo “associações” abrange todas as empresas e uma pluralidade de associações e órgãos corporativos com participação de capital público cujo objetivo seja a atividade comercial, não contemplando assim, as associações sem fins lucrativos.³⁶⁴ Dessa forma, conforme a Seção 3(1) do VerSanG-E, uma associação poderia ser penalizada se um ato foi cometido por um administrador ou líder da associação ou ainda se ele tinha poderes para ter evitado ou dificultado a prática da infração criminal e

³⁶⁴ VERBSTGB-E § 1 de 7–8.

permaneceu omissa, sem tomar qualquer medida razoável para evitar o resultado danoso.

O projeto define um “ato de associação” (*Verbandstat*) como uma infração penal por meio da qual foram violadas obrigações que afetam a associação ou que permitam seu enriquecimento. O ato de associação pode assim, constituir qualquer infração penal, desde que cumprido o critério de enriquecimento da associação ou violação de deveres associativos. Os delitos de associação, por sua vez, não se limitam a delitos de propriedade ou fiscais, podendo abranger violações de direitos humanos associadas a tráfico de pessoas, corrupção, crimes concorrenciais, apenas não considerando o enquadramento quando o ato criminoso for dirigido contra a própria associação. O crime contra a empresa se caracteriza quando o infrator busca sua própria vantagem e se comporta contra os interesses da empresa, como por exemplo, desviando recursos e capital às custas da empresa.

Se um gerente cometesse um ato de associação, portanto, isso seria diretamente atribuível à corporação. O pré-requisito conforme a lei é que o agressor tenha atuado na qualidade de gestor e, dessa maneira, haja uma conexão interna com a posição de gestor. Sendo o autor da infração um funcionário, no entanto, a Seção 130 da Lei de Contraordenações (OWiG) reconhece a existência da “falha organizacional”.³⁶⁵No texto do VerSanG, no entanto, a violação intencional ou por negligência do dever de fiscalizar seria suficiente para impor a sanção, o que conduz, em última instância, à possibilidade de violação objetiva de um dever e, portanto, padece de questionamentos sobre o afastamento do princípio da culpabilidade.

Essa concepção do “ato de associação” potencialmente poderia colocar em risco a própria sucessão empresarial, sobretudo pequenas e médias empresas, em vista da possibilidade de o sucessor ser responsabilizado por atos associativos praticados antes de a empresa ser adquirida.³⁶⁶ Ao mesmo tempo, a abertura e vagueza do termo, permitindo que a empresa seja sancionada diretamente por ato de terceiros, seria atribuível independentemente de culpa, respondendo a empresa por sua atividade econômica em si.

No que concerne à multa criminal, a seção 5 do projeto de lei estabelece um mínimo de 5 a 360 taxas diárias, de acordo com a infração, não podendo exceder a 10% do

³⁶⁵ A seção 130 da Lei de Contraordenações alemã estabelece que age indevidamente qualquer pessoa que, como proprietário de um negócio ou empresa, intencionalmente ou por negligência não tome as medidas de supervisão necessárias para a operação ou empresa para evitar infrações as obrigações que incumbem ao proprietário, cuja violação é punível com pena ou multa.

³⁶⁶ Com a diferença de que os destinatários da sanção, no projeto de lei, não são mais referidos como “pessoas jurídicas e associações de pessoas”, mas coletivamente como “associações” e a violação das obrigações relacionadas à empresa e o enriquecimento real ou pretendido da associação no § 2 Abs. 1 Nr. 3 E-VerSanG aparece como uma característica conceitual do “crime de associação”.

faturamento médio anual da associação. O montante da sanção monetária deverá assim, basear-se na força econômica da empresa. Rübenstahl, no entanto, considerando a existência de crimes corporativos que não trazem lucro como acidentes graves, crimes ambientais entre outros, sugere que esse patamar de 10% do volume de negócios anual médio para empresas com volume anual acima de 100 milhões de euros é desproporcionalmente alto para essas circunstâncias, sob pena de implicarem confisco (*Verfall*). Inclusive podendo chegar a 20% das vendas anuais da corporação nos últimos três exercícios em caso de várias violações. A previsão da “sanção monetária da associação”, no entanto, parece bastante semelhante à multa de associação por crime relacionado à empresa, já prevista no §30 da OWiG.³⁶⁷

Nesse cenário, as multas de associação, no caso de grandes corporações multi e transnacionais, facilmente chegariam à casa dos bilhões, sem qualquer relação determinante da efetiva vantagem econômica derivada do ato. A Volkswagen, por exemplo, que faturou cerca de 213 bilhões de euros com seus motores a diesel em 2015, por conta da manipulação dos testes de emissão de poluentes, de acordo com esse projeto de lei, teria que pagar uma multa de até 21 bilhões de euros apenas na Alemanha e, no entanto, a multa aplicada quando da ocorrência do escândalo foi de um bilhão de euros.³⁶⁸

Por essa razão, a previsão desse quadro de sanções não está imune a diversas críticas em comparação com outros países do círculo europeu. As diferenças são desproporcionalmente altas para empresas pequenas e médias, com pequena margem de faturamento. Do ponto de vista das grandes *holdings*, essa sanção pode potencialmente violar os princípios da proporcionalidade e responsabilidade, onerando subsidiárias que sequer estavam envolvidas com a infração apurada, sob a retórica de um massivo efeito criminalizador. O projeto deixa de lado qualquer diretriz especificando requisitos para um Sistema de Gestão de Conformidade (SGC) o que pode fazer com que o Judiciário alemão tenha grande dificuldade em avaliar, de maneira uniforme e coerente, as diretrizes vinculativas, abrindo grande margem para a influência de experiência pessoal.

³⁶⁷ Conforme tradução própria:

(2) *A multa é*

1. *em caso de crime doloso, até dez milhões de euros,*

2. *No caso de infração penal por negligência, até cinco milhões de euros.*

No caso de contraordenação, o valor máximo da multa é determinado pelo valor máximo da multa ameaçada para a contraordenação. Se a lei se referir a esta disposição, o valor máximo da multa conforme a sentença 2 para os fatos previstos na lei aumenta dez vezes.

A sentença 2 também se aplica no caso de um ato que é uma infração penal e uma infração administrativa ao mesmo tempo, se a multa máxima ameaçada pela infração administrativa exceder o máximo previsto na sentença 1.

³⁶⁸ Retirado de: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/strafrecht-fuer-unternehmen-die-angst-vor-us-verhaeltnissen-16913939.html>. Acesso em 21/02/21.

A necessidade de o acusado provar a eficácia do Sistema de Gestão de Conformidade a fim de ser isento de responsabilidade viola diretamente o princípio do *in dubio pro reo*. Ao mesmo tempo, o projeto carece de incentivos para a adoção de um sistema de conformidade preventivo, antes da identificação e apuração de uma ofensa corporativa. Dessa forma, um programa de conformidade, ainda que vigente, se não for capaz de evitar a ofensa corporativa, não irá abster a empresa de punição. Esse cenário revela uma grande insegurança jurídica, especialmente para empresas de médio porte e cria uma contradição, pois se a ausência de conformidade será capaz de ensejar responsabilização, as empresas precisam saber o que devem fazer para cumprir a lei e o exato conteúdo da conformidade em si, conforme concebida pelas autoridades públicas.

O fato de a conformidade precisar atender a requisitos diferentes dependendo da empresa e do respectivo setor em que se insere revela que provavelmente não só as empresas, mas também as autoridades públicas serão confrontadas com a definição do limite para o que se entende como “cumprimento suficiente” e, portanto, liminar para exclusão ou mitigação da sanção. Por outro lado, os esforços de conformidade da empresa devem receber maior consideração no futuro, sendo lançada mão da sanção apenas em última instância. As sanções aumentam significativamente quando a conformidade é negligenciada pela empresa. No que se refere à cultura de *compliance*, é preciso destacar que as mudanças partem, em geral, de atitudes e comportamentos da gestão, alinhados com o papel do órgão de fiscalização (*tone at the top*).³⁶⁹

De outro lado, a investigação interna fica sob responsabilidade da empresa sem que os direitos e obrigações dos envolvidos- parceiros de negócio, funcionários e gestores-sejam suficientemente claros. O sistema de incentivos escalonados permite questionar a problemática da privatização do processo de investigação. Muito embora as *naming* e *shaming sanctions* não estejam inseridas na cultura criminal europeia, o projeto de lei prevê sanções não criminais como a exclusão de subsídios e não concessão de contratos pelo prazo de, ao menos, um ano, o que certamente pode conduzir muitas corporações à insolvência. Por outro lado, a própria legislação administrativa alemã já prevê disposições específicas sobre proibição de exercício de atividades, recusa ou revogação de permissões e licenças e, em última instância, a dissolução forçada da associação.

Em relação a seu alcance, a *Verbandssanktionsgesetz (VerSanG)* teria abrangência

³⁶⁹ EWELT-KNAUER, Corinna; BAUER, Anastasia. *Compliance Management Systeme- Definition, Bedeutung und Berichterstattung*. In WAGNER, Udo et al. *Langfristige Perspektiven und Nachhaltigkeit in der Rechnungslegung*, Springer, 2017.

extraterritorial, incluindo a possibilidade de sancionar associações com sede na Alemanha por crimes praticados no exterior que não estejam sujeitos ao direito penal alemão. Dentro da proposta da lei, portanto, existe uma combinação de sanções e repreensões drásticas da corporação, com questões bastante significativas do ponto de vista constitucional, uma vez que poderiam conduzir crises desnecessárias, insolvências e desemprego em massa.

Ainda no que concerne à implantação de programas de integridade, o §15 do *VerSanG* incluiu como incentivo na redução da pena as medidas preventivas adotadas com a finalidade de evitar a ocorrência de infrações. Com isso, a implantação de sistemas de verificação de riscos permitiria mitigar penas a serem aplicadas, desde que ratificada a eficiência do programa implantado. Naturalmente esse benefício não se aplica para encobrir estruturas organizacionais delinquentes, pois o único efeito esperado seria agravar a sanção.

Rübenstahl sugere que modificações específicas e pontuais sobre a legislação administrativa- especialmente e Lei de Contraordenações- teriam um efeito melhor do que colocar em risco a economia processual e sobrecarregar o sistema de justiça alemão, pois diferente do que propõe, ao invés de fortalecer, a lei desafia a integridade comercial. Isto porque, dentro do próprio preâmbulo e justificativa da lei, consta expressamente a necessidade de lidar com o *déficit* do sistema alemão em gerir uma lei substantiva e processual de sanções para graves violações econômicas, o que em tese implicaria uma revisão da OWiG, todavia, optou o legislador alemão pela criação de um projeto de lei inteiramente novo, em vez de corrigir as deficiências prescritas pela legislação anterior.

3.3.3 A responsabilidade penal do agente corporativo (*responsible corporate officer*)

Embora o *locus* da culpa no direito penal tenha sido tradicionalmente alocado na *mens rea* ou estado mental, Amy Sepinwall questiona a racionalidade que permeia o que ela nomina de princípio da falha ou *fault principle*, segundo o qual nossa consciência coletiva não permite aplicar a punição onde não se verifica culpa de antemão.³⁷⁰ Partindo da crítica a essa premissa, Sepinwall esclarece que a possibilidade de um executivo corporativo ser responsabilizado por um crime da corporação- mesmo que não participasse diretamente do crime- reside em uma espécie de responsabilidade criminal baseada em relacionamento.³⁷¹

³⁷⁰ Mesmo a moderna concepção do que vem se construindo enquanto direito penal corporativo considera a falha como um predicado essencial para a culpa, responsabilidade e, conseqüentemente, punição. KADISH, Sanford H. Excusing Crime, 75 CALIF. L. REV. 257, 264, 1985.

³⁷¹ SEPINWALL, Amy J. Faultless Guilt: Toward a Relationship-Based Account of Criminal Liability,

Essa categoria compartilha alguns elementos da responsabilidade criminal vicária, porém não exige que o réu esteja envolvido com o crime do transgressor.

A reivindicação da categoria parte da constatação de que as noções de falha³⁷² e culpa estão tão entrelaçadas no direito penal, que é necessário construir a possibilidade de alguém possa ser censurado, mesmo que não haja culpa. Isto porque, no raciocínio inverso, é de se dizer que a conduta defeituosa e a conduta censurável teriam ambas o mesmo conteúdo e extensão. Um dos principais desafios impostos pela criminalidade das empresas implica justamente compreender em que circunstâncias o CEO ou gestor da empresa se declara culpado por um crime que ele, pessoalmente não se envolveu de forma direta. Ao mesmo tempo, Sepinwall sugere que a quantidade de culpa para além de estar ligada à gravidade da conduta, também pode estar igualmente ligada à natureza da relação entre vítima e transgressor.

Nessa esteira, a quantidade de culpa que a corporação mereceria depende, em parte, da extensão de sua culpa e em parte sobre o significado dessa falha de conduta para aqueles a quem afeta. Logo, a culpa não responderia apenas à falha. Julgar a culpabilidade, portanto, deveria considerar um senso de agência responsivo à relação entre vítima e corporação. Em analogia à relação parental e responsabilidade familiar é que Sepinwall defende a imposição da responsabilidade de base relacional para aqueles que se esquivam dela, especificamente na relação de um CEO com o comportamento corporativo social ou ambientalmente danoso. O CEO, assim como um comandante ou um pai de família, está sujeito a padrões mais rigorosos do que o normal. Partindo desse raciocínio, em uma circunstância em que a corporação perpetra algum tipo de violação, além da responsabilidade direta daqueles que se envolveram na ação ou omissão, a responsabilidade do CEO ou gestor estaria diretamente associada a uma sobreposição de agência, no sentido daquele que comanda e conduz, mesmo que não tenha sido diretamente aquele que autorizou determinada atividade.

O argumento central da responsabilidade do CEO reside, portanto, no fato de que toda a organização, formalmente, age sob a sua autoridade para concretizar uma missão e visão para a organização empresarial da qual o indivíduo atua como CEO. Naturalmente, esse raciocínio constrói apenas uma tênue relação de causalidade entre o CEO e seus funcionários. A tentativa de evidenciar sua responsabilidade partindo da análise da associação ao grupo se dá precisamente como percurso necessário para se abster de

AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW, 2017.

³⁷² A definição de falha de conduta aqui é concebida conforme descreve John Gardner como “conduta injustificável e indesculpável que inflige ou ameaça dano substancial ao indivíduo ou ao interesse público”. GARDNER, John. Wrongs and Faults, in APPRAISING STRICT LIABILITY 51, 63, A.P. Semester ed., 2005.

determinar sua responsabilidade partindo de uma avaliação meramente individualizada que provavelmente nada diria sobre a real responsabilidade que ele carrega como gestor da corporação.

Logo, em analogia à relação familiar dos pais em relação aos filhos, da mesma forma, o CEO deveria agir com uma espécie de concepção alargada de seu poder de agência, de tal maneira que os atos daqueles que integram a corporação poderiam assim, ser atribuídos à gestão. Essa forma de interpretar o poder e autoridade do CEO reforça o fato de que a corporação deve ser concebida de maneira distinta, em face dos laços de confiança e solidariedade que se estabelecem entre os membros. A interpretação desse poder do CEO é contemplada, por exemplo, na doutrina da responsabilidade do agente corporativo.

A assunção da culpa pelo gestor não deriva, portanto, da apuração do seu real envolvimento no ato transgressor, mas antes é consequência da reafirmação dos laços de solidariedade que o compelem a assumir a culpa pelos crimes cometidos em nome da corporação que ele conduz. As obrigações e normas que derivam da sua função exigem que ele reconheça a existência de um poder de agência que se reflita nos atos da corporação.

Uma maneira de compreender a atribuição de responsabilidade do gestor nessas circunstâncias seria, segundo a autora, substituir o princípio da falha (*fault principle*) pelo princípio da culpa (*blaming principle*), permitindo reconhecer a possibilidade de ser culpado sem ter cometido uma falha. Considerando que a sanção e a culpa têm ambas consequências regulatórias, quando uma organização empresarial pratica um crime, a doutrina do agente corporativo responsável permite processar e punir os executivos corporativos- ainda que não tenham consciência da transgressão. Nessa circunstância, pode o executivo vir a arcar com a responsabilidade pela ofensa de uma empresa da qual não participou nem culposamente e também não falhou em prevenir diretamente a ocorrência. A concepção da responsabilidade penal do agente corporativo representa um desafio em termos de responsabilidade moral e culpabilidade criminal- segundo a qual a responsabilização individual deriva apenas do erro pessoalmente cometido.

Reconhecendo as limitações que derivam da doutrina do agente corporativo responsável (*responsible corporate officer*) quando confrontada com a teoria do delito, Buell esclarece que mesmo as falhas de gerenciamento mais flagrantes e prejudiciais devem ser abordadas sob a perspectiva da entidade, em vez da imposição de responsabilidade individual.³⁷³ Sepinwall critica as justificativas existentes para a doutrina, argumentando que

³⁷³ BUELL, Samuel W. The Responsibility Gap in Corporate Crime (May 26, 2017). Criminal Law and Philosophy, 2017, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-42.

compreendem uma espécie de responsabilidade por negligência que priva a essência da doutrina do seu poder transformador. Em particular, o tema se desdobra para as circunstâncias em que a extensão da responsabilidade é permitida e quais são os fundamentos da permissibilidade.³⁷⁴

Por outro lado, se restringirmos a responsabilização dos executivos corporativos apenas às circunstâncias em que comprovadamente conseguirmos demonstrar que contribuíram culposamente para o crime, certamente haveria poucas condenações. Ao mesmo tempo, a possibilidade de responsabilizar os executivos também precisa ser capaz de evitar a colocação da culpa em qualquer pessoa da organização pelos riscos e decisões tomadas internamente.

Na avaliação dos princípios que regem o direito penal, a noção da pessoalidade das penas disposta no art.5, XLV da Constituição Federal, por exemplo, na medida em que restringe ao autor da conduta a punição e responsabilização pelo ato criminoso representaria uma aparente incompatibilidade. Os fundamentos da responsabilização do agente corporativo na experiência estadunidense passaram por uma considerável redução no poder e no alcance a partir do caso *Dotterweich-Park* em que apenas os réus efetivamente capazes de evitar o crime corporativo poderiam ser responsabilizados criminalmente.³⁷⁵

A grande preocupação que circunda o comportamento empresarial se consubstancia em uma “lacuna de responsabilidade”, em que as teorias convencionais sobre responsabilização criminal não são capazes de promover incentivos consideráveis de dissuasão e retribuição. Nessa circunstância, o direito penal é desafiado a lidar com a tessitura de infrações que não derivam direta e exatamente da vontade e intenção de uma pessoa específica.

Quando a infração deriva de uma falha organizacional generalizada, é possível conceber a responsabilização, ainda que em parte, da gestão. De todo modo, a lacuna de responsabilização é sintomática acerca de uma profunda dificuldade em gerenciar o comportamento corporativo social e ambientalmente danoso.

Imaginemos, por exemplo, a situação da empresa X, cujo objeto é produção de peças industriais para usinas sucroalcooleiras e cujo CEO, em determinado momento, resolve “tirar

³⁷⁴ SEPINWALL, Amy J. Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability, *University of Pennsylvania*, 2014.

³⁷⁵ A possibilidade de responsabilização de um executivo segundo a doutrina do *responsible corporate officer* se consubstancia quando existe responsabilidade e autoridade para prevenir o crime, o crime era passível de prevenção e o executivo falhou em fazê-lo. Nesse modelo, portanto, a culpa recai sobre a própria delinquência do executivo e não exatamente apenas em seu papel dentro da corporação.

férias” e se ausentar da empresa e de suas atribuições de monitoramento e fiscalização e, durante a sua ausência, ocorre uma falha no funcionamento das máquinas no setor de caldeiraria que inicia um incêndio e provoca a morte de alguns funcionários.

Nesse caso em específico, o CEO simplesmente não cumpriu suas atribuições no que concerne à fiscalização e garantir de padrões de segurança mínima dentro da empresa. A responsabilidade por omissão aqui não é de todo descartada, mas tão somente concebível em vista da expressa construção da omissão de ação ou ainda dever legal de ação nessas circunstâncias. Em qualquer situação, os princípios limitadores da responsabilidade por omissão trazem, por essência, a dificuldade de delimitar quando o legislador pode proibir uma omissão e quais deveres- entre os inúmeros possíveis- justificam legalmente a imposição de sanções em hipótese de descumprimento.

Do ponto de vista dogmático, o CEO no caso concreto não tem um dever expresso no direito penal de agir para evitar um incêndio em sua empresa. É possível enxergar, no entanto, um dever geral do gestor de evitar infrações criminais dentro da empresa, sob o aspecto indenizatório cível. Transformar esse dever geral em regra específica de imputação de responsabilidade criminal por omissão em evitar qualquer crime no âmbito da empresa é irrazoável do ponto de vista prático.³⁷⁶ Fosse este o real dilema, o cerne da missão de preencher a lacuna de responsabilidade seria tão somente especificar e designar qual função gerencial poderia dar ensejo a uma teoria da responsabilidade por omissão.

A *mens rea* do CEO, no exemplo prático, também é um problema, pois certamente não havia intenção ou conhecimento acerca do incêndio em potencial. Sob determinada perspectiva, é possível vislumbrar, no máximo, negligência em se ausentar das atividades profissionais, porém não é suficiente para justificar a responsabilização. Não se pode ser responsabilizado por negligência se não for apontado um risco específico, pois subverte a lógica entender que o CEO, se ausentando de suas atividades profissionais, deixou de considerar o risco de incêndio nas instalações da empresa.

Dessa forma, para responsabilizar o gestor, nessas condições, é preciso minimamente demonstrar que o CEO falhou em advertir o risco, que o risco de incêndio era substancial e injustificável, sendo que a falha em advertir poderia ser concebida como um grave desvio de conduta. Há quem sugira inclusive a ausência de escolhas pelo CEO, no caso concreto, significa que ele não teria cometido nenhuma falha moral.³⁷⁷

³⁷⁶ Conforme observa Leavens, “seria absurdo sugerir que toda violação de um dever civilmente imposto também deva ser punida criminalmente se essa violação levar a um dano criminalmente previsto em lei”. Vide: LEAVENS, Arthur. A Causation Approach to Criminal Omissions, 76 *CAL. L. REV.* 547, 555, 1988.

³⁷⁷ SHIFFRIN, Seana. The Moral Neglect of Negligence in 3 *OXFORD STUDIES IN POLITICAL*

Em um segundo exemplo, imaginemos uma grande instituição privada financeira que atua em caráter multinacional e realiza gestão de investimentos e patrimônios. Nessa empresa, a remuneração dos agentes de investimento, por proposição do próprio CEO, está diretamente atrelada ao lucro que proporcionam na gestão dos patrimônios e, naturalmente, um dos critérios para realizar dispensas seja justamente a ausência de lucratividade. Há literatura indicando que na crise financeira global, o programa de remuneração dos executivos teria sido um importante gatilho para a assunção de riscos excessivos.³⁷⁸ Isto porque, a política de remuneração também seria uma espécie de incentivo organizacional que trabalhou com objetivos dissonantes em relação à capacidade dos executivos de bancos de gerenciar o risco à medida que a crise financeira de 2008 se desenrolava.

Comparando o programa de remuneração dos executivos pré-crise, a depender do sistema adotado, os CEOs intencionalmente comprometem ou encorajam a estrutura da empresa a assumir mais riscos, desalinhando incentivos para uma possível falência ou crise estrutural caso. Dessa forma, em um sistema, por exemplo, em que a remuneração dos gestores está vinculada ao fluxo de caixa do ano corrente apenas, eles terão poucos incentivos para estimar mais diligentemente as probabilidades e consequências das alocações de capital para o fluxo de caixa contínuo e a longo prazo da empresa.

Dentro da corporação, existem evidências empíricas de que quando se utilizam incentivos de compensação financeira em face dos executivos, existe uma tendência natural de assunção de riscos maiores. Exemplificando o escândalo da WorldCom que representou o estopim da aprovação da *Sarbanes-Oxley Act*, as práticas de compensação que existiam internamente teriam “colocado os executivos sobre uma pressão irresistível para aumentar o preço das ações, usando uma variedade de truques e distorções contábeis”. Nessa realidade, uma possível medida envolveria a redução das políticas de recompensa financeira à alta gestão, para além do cálculo racional do valor agregado pelos executivos.

Justamente nesse sentido, existem proposições na literatura sobre uma remuneração de incentivos baseada em opções de ações restritas, no sentido de que o CEO, mesmo que saísse da companhia, não poderia vendê-las ou exercer as opções por um período de dois a quatro anos após sua saída.³⁷⁹ Sob a perspectiva das finanças, esse pacote incentivaria os gestores a focarem no longo prazo, desencorajando a investir em projetos de alto risco.

A estrutura organizacional de uma empresa, seu sistema de recompensa e a maneira

PHILOSOPHY (D.Sobel, P. Vallentyne & S. Wall, eds.), 2017.

³⁷⁸ BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO. Getting incentives right: is deferred bank executive compensation sufficient? Roberta 31 YALE J. ON REG., 2014.

³⁷⁹ Ibidem.

pela qual ela mede e acompanha o desempenho afeta significativamente o comportamento de todos os envolvidos no propósito. As ações e decisões da gestão devem refletir a cultura que se pretende inspirar, de forma que haja sistemas de gestão que sejam capazes de identificar, prevenir e sancionar o mau comportamento dentro da empresa.

Em um exemplo prático, imaginemos um grupo de agentes corporativos que decide arriscar uma parte dos investimentos a fim de obter maiores comissões e, no entanto, fazem uma aposta ruim em criptomoedas que despencam abruptamente em face da aversão ao risco por parte do mercado de investidores. Esse grupo de investidores, deliberadamente, esconde e manipula os dados e, quando as perdas alcançam o patamar de quase U\$1,5 bilhão, a fraude é descoberta e empresa é forçada a anunciar uma enorme perda que, em alguns meses, leva à sua falência. Com a falência, centenas de funcionários são dispensados e investidores têm seu retorno dizimado com a “quebra”

Neste exemplo, diferentemente do anterior, o CEO falhou diretamente em deixar de monitorar mais ativamente esse grupo de agentes de investimento de forma suficiente para detectar e prevenir a fraude. Por outro lado, o CEO não estava diretamente envolvido na tomada de decisão de investir em ativos sem lastro e, portanto, é irrazoável afirmar que faz parte do *actus reus* da fraude contábil caracterizada. Essa omissão, no entanto, é bastante semelhante à omissão do exemplo anterior, em que o CEO também não evitou a ocorrência do incêndio.

A fraude, todavia, que é o crime relevante do último exemplo, não se materializa por mera negligência. A *mens rea* exige a intenção específica de defraudar a vítima e não acontece, portanto, por engano, ou em caráter negligente. Em outros crimes de colarinho branco como suborno, obstrução da justiça, na maioria das vezes, se exige, pelo contrário, um evidente propósito de defraudar, obstruir o processo legal, influenciar a tomada de decisões. Não há materialização concreta das condutas típicas exemplificadas em situação de negligência.

Em um terceiro caso, consideremos um gestor de uma grande transnacional alimentícia que produz, em um de seus segmentos, derivados de amendoim e oleaginosas. Com a finalidade de atender a uma demanda específica de um comprador que tinha urgência na aquisição de um grande lote de produtos alimentícios, o gestor ordena à equipe “dê um jeito” de produzir em tempo recorde a demanda exigida. A equipe não informa o gestor, mas decide “encurtar” a operação de produção da pasta e derivados de amendoim, deixando de passar pelo teste de segurança e monitoramento de micro-organismos, a fim de, em tempo útil, conseguir atender à demanda. Em face da ausência de inspeção de qualidade nessa etapa,

no entanto, o lote produzido foi distribuído contaminado com uma cepa da Salmonella e provocou um surto no país de destino, seguido pela morte de 10 crianças que consumiram diretamente os produtos.

Em termos gerais, comparados os três exemplos, neste último exemplo o gestor aparentemente teve mais intenção e *mens rea*. A morte das crianças, no exemplo dado, foi resultado da diretriz expressa da gestão em “encurtar” as etapas de produção e colocar o tempo acima da qualidade do produto. O gestor aqui fez muito mais do que simplesmente omitir para evitar a diretriz em desacerto com os padrões de segurança alimentar. Esse exemplo levanta diretamente a dificuldade de determinar as lacunas de responsabilização.

A ausência de interesse do gestor em saber como a equipe faria para produzir em tempo recorde a demanda do grande comprador, além da ausência de monitoramento e fiscalização torna o gestor, neste exemplo, mais culpado do que nos exemplos anteriores. Kenneth Simons nomina essa circunstância de “indiferença imprudente”, uma situação moralmente questionável acerca das consequências que eleva e agrava a culpa para além da culpabilidade mínima exigida para caracterização de imprudência ou negligência.³⁸⁰

Embora o gestor, em nenhum dos três casos mencionados, tenha agido com intenção ou conhecimento acerca das mortes, a abordagem de gestão do último caso, praticamente “garantiu” que o gestor não tivesse conhecimento suficiente sobre a etapa de produção abandonada, mitigando-se a exigência de demonstração desses estados mentais. Era razoável esperar que como o gestor especificou que precisaria da produção em tempo recorde que necessariamente estaria envolvido o risco de abandonar uma determinada etapa relevante de produção ou descalibrar os níveis de controle.

Independentemente do estado mental do gestor, no entanto, o risco deve ser substancial e injustificável. No último exemplo, definir em que momento exatamente a diretriz do gestor torna o risco injustificável envolve uma difícil avaliação de custo-benefício, prescrições regulatórias e padrões da indústria alimentícia sobre o que era possivelmente razoavelmente esperar da esteira de produção dos derivados de amendoim em termos de controle e segurança alimentar.

Esse problema é particularmente complexo no âmbito de atribuição de responsabilidade criminal. Em muitas circunstâncias o evento danoso envolve níveis razoáveis de risco assumido pela empresa, sendo atribuição da alta gestão, na maioria das vezes, definir quanto e quais riscos assumir. Por outro lado, quando as consequências tomam

³⁸⁰ SIMONS, Kenneth W. Rethinking Mental States, 72 B.U. L. REV. 463, 1992.

um curso de ação prejudicial, nem sempre intencional, e matam, contaminam ou causam danos a pessoas, a questão sobre a razoabilidade do risco assumido de início pela corporação parece ficar mais nebulosa.

O problema da lacuna de responsabilidade deriva, portanto, de dois principais elementos. O primeiro remonta ao tamanho e complexidade da organização empresarial em relação à divisão de atribuições e responsabilidades. Quanto mais divididas as tarefas, mais difícil se torna criar um fluxo de responsabilidade que leve diretamente à gestão. É especialmente difícil construir o relato da culpabilidade dentro de uma estrutura com extrema separação e diluição de responsabilidades.

Um segundo elemento se refere à assunção de riscos no ambiente empresarial. É inerente à atividade privada a tomada de decisões que envolvam riscos, o que torna ainda mais difícil definir, com exatidão, quais os riscos estão realmente fora da jurisdição da empresa assumir e, portanto, sujeitos à punição se ultrapassados. Basta considerar, por exemplo, o maior escândalo ambiental ocorrido no Brasil em 2015, com o rompimento devastador da barragem do Fundão, da mineradora Samarco, em Minas Gerais. A alta gestão da empresa de mineração sabidamente tem o dever de “extrair minérios com lucro sem violar a lei”. O grande problema, para além da descrição do dever, resta em especificar como determinar, para fins de responsabilização penal, se houve, de fato, cumprimento de tal dever.

No contato de uma grande corporação, como é o caso da Samarco, é esperado que a alta gestão esteja imbuída mais da delegação de tarefas associadas a “extrair minérios com lucro sem violar a lei” do que propriamente exercer isso por si só. Se não há problemas nessa delegação, parece irrazoável punir a alta gestão se houver alguma consequência danosa no futuro, sob pena de subverter a lógica dos princípios fundamentais da culpa dentro do direito penal. E ainda assim, haveria grande dificuldade em adotar um conceito de imprudência ou negligência dentro de grandes corporações, em vista da assunção de riscos em tudo o que a empresa faz, seja pela alta gestão ou ainda pela delegação de responsabilidades.

Na experiência norte-americana, desde o Memorando Yates em 2018 claramente restou reforçada a política de persecução individual da alta gestão envolvida na infração criminal corporativa. Esse memorando, publicado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, foi uma disposição que visava reforçar e redobrar os esforços na persecução da fraude e suborno nas empresas. Nessa ocasião, a implementação das recomendações envolve a personalização do criminoso individual em empresas, ainda mais do que o próprio ente coletivo.

O memorando descreve etapas que os promotores federais devem se embasar para perseguir a responsabilidade criminal individual: as empresas só podem ter atenuação na penalidade caso cooperem e forneçam informações relevantes para identificar os indivíduos responsáveis pela infração, qualquer que seja sua responsabilidade ou posição dentro da empresa. Além disso, mesmo quando iniciada a ação penal em face do indivíduo, irá persistir a pesquisa corporativa mais ampla. Os promotores e advogados devem estar em contato permanente para atuar coletivamente com eficácia e prontidão em face da investigação de ilícitos. Mesmo após a resolução do processo contra a empresa, deverão ser prosseguidas as investigações para identificação da responsabilidade penal individual e respectivas sanções e qualquer decisão sobre algum caso corporativo deve buscar a responsabilidade individual antes da expiração do prazo.

As disposições do memorando buscar ter um efeito dissuasor e determinar a responsabilidade nas empresas, tanto para indivíduos quanto para pessoas coletivas. Logo, nenhuma das formas de responsabilização é exclusiva. É precisamente nesse contexto que o *compliance officer* deve assegurar que a gestão desenvolva políticas internas e dispendam esforços em um programa de conformidade destinado a detectar irregularidades na empresa, cooperando com a boa governança corporativa e punindo os infratores, tudo por meio de uma boa comunicação com as autoridades judiciais. A cultura interna de tolerância zero em face de desvios de comportamento deve fortalecer o ambiente ético e de integridade para o interior da empresa.

A partir da perspectiva estadunidense, é possível identificar, por exemplo, uma relutância do sistema de justiça criminal em dar seguimento a persecuções individuais por crimes corporativos principalmente em decorrência de um problema de escala: o órgão de persecução deve enfrentar uma grande corporação com dezenas de altos gestores com diversos graus de culpabilidade. No sistema brasileiro, no entanto, o panorama ainda parece menos promissor, ante o baixo grau de condenações penais conduzidas em face de empresas e seus respectivos dirigentes.

Para além desse fato, as tomadas de decisão estratégica dentro de uma corporação geralmente não passam pelo principal executivo de uma divisão. Esta alegada dificuldade de identificar e retroagir ao curso de ação, a fim de assertivamente definir quem realmente fez o que tem sido a principal justificativa para evitar a responsabilização individual.

Basta hipoteticamente imaginar uma grande corporação transnacional acusada de suborno e fraude em licitação de contratos públicos que atua em, pelo menos, seis diferentes jurisdições. É irrazoável crer que algum órgão de persecução penal de qualquer país, por

mais desenvolvido que seja, tenha recursos e tempo suficiente para conduzir sozinho uma investigação relevante diante dos indícios apontados. Nesse sentido, parece compreensível o alto número de DPAs e NPAs: a empresa faz um acordo com a justiça criminal e tem sua investigação interna terceirizada e conduzida por um grande escritório de advocacia.

Coffee Jr sustenta, porém, que a dissuasão adequada depende muito mais da persecução do indivíduo do que da entidade corporativa em si. Os incentivos existentes poderiam ser capazes de encorajar muitas empresas e identificar indivíduos envolvidos. A corporação poderia ser motivada a melhorar seus controles internos de monitoramento, principalmente quando os interesses do suposto envolvido não se coadunam com aqueles da corporação. Nessa circunstância, a corporação já tem incentivos para identificar o oportunista e a oportunidade de cooperação com as autoridades públicas reforça isso.

A ideia principal para dissuadir a empresa de início é oferecer um incentivo capaz de superar os custos à reputação. Coffee Jr argumenta que a responsabilidade penal da empresa, se adotada, deve servir não como objetivo, mas sim como meio de promover mudanças na governança interna da empresa. Basicamente, essa estratégia serviria para três propósitos.³⁸¹ Quando não existe precisamente nenhum indivíduo que possa ser identificado como responsável, a responsabilização empresarial carrega consigo a possibilidade de minar um risco residual, promovendo maior transparência. Ao mesmo tempo, a responsabilização tende a estimular a empresa a assumir as rédeas do controle interno de seus funcionários- principalmente para os casos em que a infração criminal não se coaduna com os interesses da corporação. E como último propósito, serviria também de estímulo à organização empresarial para que entregasse todos os possíveis responsáveis pelas violações identificadas.

Se utilizada, a responsabilização criminal deve servir como meio de fomentar mudanças na governança corporativa a ponto de a empresa ser suficientemente induzida a monitorar seus funcionários e evitar reincidência. Se o objetivo maior, portanto, é induzir a empresa a monitorar seus funcionários e alinhar a cultura corporativa a padrões éticos de conformidade- viabilizando a prevenção criminal- talvez muito menos seja necessário do que a utilização da responsabilidade penal da pessoa jurídica como um fim em si.

Para estimular a empresa a indicar e entregar as pessoas efetivamente envolvidas na infração, é preciso que o incentivo supere o ônus e desvantagens associadas aos danos reputacionais à imagem da corporação e impacto da perda de seus funcionários e/ou

³⁸¹ COFFEE JR, John. *Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

executivos. Motivando a corporação dentro do “dilema do prisioneiro” em que ela se vê obrigada a cooperar, de fato, aumentam as chances de conduzir a persecução penal para o aspecto individual, em um cenário muito mais factível às possibilidades de atuação de disponibilidade de recursos dos respectivos órgãos públicos nacionais.

No tradicional dilema dos prisioneiros, hipoteticamente, duas pessoas de uma mesma organização criminosa são presas e garantida sua incomunicabilidade. Como não há evidências suficientes para condenar ambos, as autoridades públicas propõem o seguinte acordo: se um dos acusados confessar, recebe uma pena de um ano, no entanto, se não o fizer e o outro acusado decidir confessar o crime, receberá uma pena de cinco anos. Se, todavia, ambos deixam de confessar, nenhum deles será condenado. Se ambos confessarem, a penalidade é de três anos, portanto, menos gravosa do que a situação em que apenas um deles confessa. Sob essas circunstâncias, a lógica da decisão aponta que ambos os acusados tendem a confessar, a fim de evitar o pior resultado possível (pena mais gravosa de cinco anos).

Quando transposto à realidade das corporações, o dilema dos prisioneiros pode oferecer raciocínios interessantes para embasar a tomada de decisões. Muito embora seja irrazoável garantir a incomunicabilidade entre os executivos e a corporação, é possível conceber um sistema de incentivos em que algumas pessoas sejam estimuladas a cooperar e assegurar a condenação da corporação. Lado outro, nas hipóteses em que existem determinados executivos ou funcionários envolvidos que não representam a vontade e objetivo da corporação, é possível pensar em uma imunidade à corporação que identifica os responsáveis pela infração.

A proposta da doutrina do *responsible corporate officer* ou a doutrina Dotterweich-Parker,³⁸² segundo a qual um gerente corporativo pode ser considerado criminalmente responsável, sem demonstração de culpa ou ação/omissão pessoal, meramente em virtude da posição que ocupa dentro da gestão da corporação, visa preencher justamente as lacunas de responsabilização. Nesse contexto, seria dispensada qualquer exigência de “consciência da transgressão” e culpabilidade, baseando-se tão somente na omissão de agir. A doutrina varre os problemas de investigar estados mentais, satisfazendo a ocorrência da infração na medida

³⁸² United States v. Dotterweich, 320 U.S. 277 (1943); United States v. Park, 421 U.S. 658. Justamente a partir desse precedente, um agente corporativo foi condenado por uma contravenção com base exclusivamente na sua posição de controle e responsabilidade para evitar a situação subjacente de violação ao FDCA. Não havia a exigência de que o agente, nessa circunstância, tivesse agido pessoalmente na transgressão ou mesmo que tivesse conhecimento dela, porque seria dever do *compliance officer* não só remediar as violações quando ocorrerem, mas principalmente o dever de implementar medidas que irão garantir que as violações não ocorram. Existe uma problemática, no entanto, que perfaz a possibilidade de que, nesse entendimento, uma categoria muito ampla de pessoas poderia ter relação de responsabilidade com a violação ou com a conduta vista como causadora da violação em si.

em que existem evidências suficientes de que o gestor teria responsabilidade e autoridade para prevenir ou corrigir a falha.³⁸³

A prática de responsabilização de agentes corporativos individuais por crimes cometidos no decorrer do poder de agência, embora pareça não se afastar dos conceitos tradicionais do direito penal, representa uma mudança para um modelo de responsabilização mais vicária e estrita. A ideia de responsabilizar agentes individuais pela prática de infrações durante sua agência não se afasta das noções do direito penal clássico. A responsabilidade de agência corporativa, enquanto ofensa do que Sayre nomina de “ofensa ao bem-estar público”, impõe proibições criminais que envolvem padrões regulatórios que tendem a mitigar ou deixar de exigir a presença da *mens rea*.

Na leitura do Judiciário estadunidense, a flexibilização da exigência do estado mental, apesar de inquestionavelmente onerosa, não seria tão rigorosa quanto o papel que a sociedade e, sobretudo a comunidade em que se insere a corporação, espera daqueles que assumem um papel relevante na gestão e condução dos negócios da empresa.³⁸⁴

Por outro lado, o modelo de responsabilização nessa proposta ocorre apenas em nível de contravenções penais. Logo, o entendimento acerca da possibilidade de caracterização da culpa na ausência de *mens rea* fundamentou-se em um corpo histórico de casos que não envolvia infrações criminais graves. Nesse aspecto, uma questão pertinente à lacuna de responsabilidade é se essa doutrina serviria para justificar, em maior abrangência, a prática de crimes por empresas.³⁸⁵ Para além do raciocínio utilitarista de que punindo inocentes também se dissuade o crime, existe uma falha central na crença de que a responsabilização, como condição para aplicação da sanção restringiria o poder do Estado no que concerne à prevenção e dissuasão.

Há quem entenda que essa proposição abrange um modelo de responsabilidade vicária reversa, pois torna o agente vicariamente responsável pela ação da empresa dentro da doutrina *respondeat inferior*. Em *United States vs. Dotterweich* julgado em 1943, a Suprema Corte nos Estados Unidos condenou um gestor corporativo que não tinha “nenhuma ligação pessoal” com os fatos do crime, porém assumia a posição de gestor dos negócios da empresa *Buffalo Pharmacal Inc.* Naquela circunstância, o tribunal entendeu que, em face de um bem maior seria justificável colocar o ônus do perigo sobre uma pessoa aparentemente

³⁸³ A responsabilidade do gestor por violações antitruste também foi considerada aplicável de acordo com a o *Sherman Act*, vide: *United States v. Wise*, 370 U.S. 405, 1962.

³⁸⁴ *Park*, 421 U.S. at 672.

³⁸⁵ BUELL, Samuel W. The Responsibility Gap in Corporate Crime (May 26, 2017). *Criminal Law and Philosophy*, 2017, Forthcoming, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series* No. 2017-42.

inocente, mas que assumia a posição de gestão.

Na teoria da responsabilização do *compliance officer*, a delegação de atividades como fonte de responsabilidade penal faz com que a ausência de controle do delegante ou ainda o descumprimento das funções pelo delegado possa conduzir à responsabilização criminal pelo resultado. Naturalmente se trata de questão bastante complexa que exige, no mínimo, uma definição muito clara e precisa da origem e do conteúdo do dever de garante que se delega ao agente corporativo. É irrazoável que o agente corporativo seja responsabilizado quando o dever violado é apenas uma função genérica de fiscalização ou controle, sem qualquer domínio potencial do resultado. Dessa forma, a omissão só teria caráter penalmente relevante quando o dever assumido correspondesse diretamente ao cuidado de um interesse jurídico-penal relevante.

E mais do que isso, complementa ainda Susana Aires de Sousa que esse dever deve estar disponível e confira meios e instrumentos necessários ao cumprimento daquele dever.³⁸⁶ O ponto mais emblemático sempre irá remontar à necessidade, portanto, de identificar se a gestão e os dirigentes da empresa têm e qual seria o escopo desse dever de controlar os riscos criados pela empresa, o que não deixa de ser um desafio. Do ponto de vista do sistema econômico capitalista, Henderson busca resgatar o paradigma da redução do risco como um caso econômico para buscar valor compartilhado.³⁸⁷

Sob o exemplo dos riscos ambientais, reforça que quando os riscos são inteiramente novos, é consideravelmente mais difícil estimar o quanto se deve pagar para evitá-los. Por essa razão, em alguma medida, várias empresas ainda não desenvolveram iniciativas para conter riscos ambientais, embora tenham consciência da escala de danos ambientais. Logo, nem sempre a mensuração dos riscos é tão delineada e evidente em todos os segmentos.

Uma estratégia sugerida por Henderson é pensar no investimento em sustentabilidade, por exemplo, não como um salto para o desconhecido, mas sim como um *hedge* estratégico.

Nesse sentido, o garante se equipara a um “gestor do risco”,³⁸⁸ que do ponto de vista prático, porém, precisa ter bem delineados os riscos dos quais é efetivamente gestor, para evitar situações de responsabilização por omissão. Se o *compliance officer* é responsável tão somente por mitigar os riscos de corrupção e lavagem de dinheiro, não pode ser

³⁸⁶ SOUSA, Susana Aires de. Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa. Almedina, 2019, p..138 e ss.

³⁸⁷ HENDERSON, Rebecca. Reimagining Capitalism in a World on Fire. PublicAffairs: New York, 2020, p.75.

³⁸⁸ Expressão utilizada no caso Tyssenkrup pela *Sezione Unite dela Corte di Cassazione* em decisão de 24 de abril de 2014 em que discutiu o problema do dever de garante e sua delegação.

responsabilizado por desastres e acidentes na cadeia produtiva. Igualmente é irrazoável o alargamento do seu círculo de responsabilidade, tornando-o responsável por praticamente tudo o que ocorre no âmbito da empresa, quando não dispõe de ferramentas, recursos e instrumentos necessários para efetivamente exercer controle sobre tudo.

Da mesma forma, na delimitação de sua esfera de responsabilidade, é preciso se atentar ao tipo de controle que lhe é exigido. Isto porque se a ele couber somente investigar e denunciar violações de direitos humanos na cadeia produtiva, o descumprimento desse dever não pode torná-lo responsável por aquele crime em paralelo ao reconhecimento da violação ao dever de garante.

A própria definição do que se entende por violação de direitos humanos que deva ser alvo de controle e monitoramento depende de uma rica participação da comunidade em que se inserem as atividades da corporação, nos mais diversos elos da cadeia de valor, para que haja, de fato, uma definição clara de deveres e competências. Sem essa definição, é possível imaginar circunstâncias em que determinadas violações de direitos humanos passariam a largo do agente de conformidade, que não teria minimamente mapeadas as situações que se caracterizam como eminentes violações. Dessa forma, é possível afirmar que o critério delimitador da autoria por omissão do *compliance officer* depende da elaboração de um mapa de riscos penais dentro da cadeia produtiva, que aponte inclusive quais elos e fases da cadeia produtiva envolvem maiores riscos, delimitando sua esfera de atuação e quais os riscos são protegidos pela norma incriminatória.

Conforme observa Coffee Jr, entender pela prevalência do “bem maior” em face da responsabilização individual do gestor inocente não poderia deixar de ser interpretado em consonância com o momento histórico da Segunda Guerra Mundial que, por múltiplas razões, tornava facilmente aceitável a busca pelo bem, independentemente do custo.³⁸⁹ A questão central, portanto, envolve entender como uma análise da doutrina do agente corporativo responsável, exigindo negligência ou imprudência, poderia, de fato, ser aplicada a organizações empresariais. No Reino Unido, por exemplo, Buell exemplifica a adoção de um estatuto prevendo a aplicação de até sete anos de prisão para o que se convém chamar de “falência imprudente de um banco”.³⁹⁰ Esse tipo penal, para sua caracterização, exigiria os seguintes elementos: o réu deve ser alto executivo da empresa e deve ter participado de uma decisão ou falhou em adotar uma decisão, que, por sua vez, causou a falência da instituição

³⁸⁹ COFFEE JR, John. *Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2020.

³⁹⁰ BUELL, Samuel W. *The Responsibility Gap in Corporate Crime* (May 26, 2017). *Criminal Law and Philosophy*, 2017, Forthcoming, *Duke Law School Public Law & Legal Theory Series* No. 2017-42.

financeira, estando o réu estava ciente, no momento da decisão, de que a falha na decisão arriscaria a saúde financeira da empresa consideravelmente.³⁹¹

É difícil imaginar, nessas circunstâncias, como definir se o risco assumido pelo gestor realmente colocava a empresa em risco de insolvência. A criminalização do ato de “levar um banco à falência” exige determinada imprudência no comando, nos termos do que propõe essa previsão legal, porém, é indiscutível que no contexto do mercado financeiro, regido por alta competitividade e busca por lucros astronômicos, a alta gestão assume quase que diariamente- ou com maior frequência do que se imagina- um risco de alavancagem que pode, potencialmente, levar a organização empresarial à falência.

Embora simbólico, esse tipo de criminalização dificilmente irá conduzir à efetiva dissuasão do comportamento corporativo danoso ou ainda à persecução penal individual. Existe uma ampla variedade de riscos, no exemplo acima, que são assumidos diariamente por grandes gestores de bancos- riscos conhecidos e desconhecidos- de forma que não poderia ser censurável. O setor bancário sempre lidou com alavancagem e riscos e isso faz parte do negócio, logo, a conduta do gestor que arrisca os investimentos da instituição não poderia ser encarada como elemento de falha ou desvio de conduta.

Conforme reforça Buell, a criminalidade corporativa está embutida nas atividades econômicas, desde fabricação de produtos até produção de alimentos, atividades que agregam alto valor e, ao mesmo tempo, envolvem riscos significativos.³⁹² Alegar imprudência na assunção desses riscos, sabidamente assumidos pelo mercado em geral e, ainda mais, utilizar esse comportamento para aplicação de sanção criminal parece não se sustentar.

3.3.4 Limites à justiça penal negociada no âmbito empresarial

Em cerca de 15 anos, entre 2002 e 2016, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos firmou pouco mais de 400 acordos de não persecução com empresas. Muitas, porém, são as críticas estendidas a ambos os instrumentos de negociação, que vão desde a violação à separação de poderes, na medida em que excluem o Judiciário da punição; ofensa ao Estado de Direito, uma vez que não há consenso sobre como usar essas ferramentas com consistência, além do fato de impactarem menos que a adjudicação do crime realizada pelo

³⁹¹ UNITED KINGDOM FINANCIAL SERVICES ACT 2013 § 36.

³⁹² BUELL, Samuel W. The Responsibility Gap in Corporate Crime (May 26, 2017). Criminal Law and Philosophy, 2017, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-42.

Judiciário.

Muitos acordos ou negociações com empresas não são divulgados e, sem essas informações, formuladores de política criminal, em alguma medida, perdem uma vasta quantidade de dados- inclusive sobre a taxa de reincidência corporativa atrelada a cada ilícito penal- que podem viabilizar melhores estratégias de conformidade e de fiscalização. Para além disso, Diamantis menciona que a negociação ou a justiça penal negociada “diminui a catarse de ver a justiça feita em face da criminalidade corporativa”.

Nesse contexto, Buell³⁹³ sugere um reforço normativo do sistema civil que permitiria ajustes que o aproximassem do sistema penal, muito embora minasse, sob algum aspecto, a possibilidade de a sociedade expressar sua reprovação de determinada conduta.³⁹⁴ Kahan³⁹⁵ acrescenta ainda que o rótulo “criminoso” às corporações reafirma os valores denegridos pela prática do crime e que foram sacrificados pela “ganância corporativa”, de forma que atribuir essa expectativa ao direito civil, implicaria um reforço da lógica de que o crime está sendo cobrado e precificado, em vez de punido e prevenido. Garantir uma estrutura das sanções criminais que seja capaz de evitar a punição de terceiros inocentes, dessa forma, conduz a uma força expressiva da condenação pública que as sanções cíveis não possuem.³⁹⁶

Diante da necessidade de sopesar o “caráter” da corporação, a determinação de culpa e inocência tem uma finalidade diferente da determinação da punição. Algumas das melhores evidências contra a possibilidade de mudança de personagem vem da experiência dos EUA com punições criminais voltadas para a reforma. A partir do final do século 19, a maioria dos estados adotou medidas para passar de uma abordagem retributiva para uma abordagem reabilitadora.

Na década de 1970, a lei começou a mudar novamente, em grande parte por causa da sensação esmagadora de que a reabilitação não era capaz de provocar mudanças na cultura organizacional. Apesar de os DPAs permitirem ao Ministério Público declarar uma antecipação de vitória na condenação, na maioria das vezes não alcançam a dissuasão pretendida. Brandon Garrett reforça essa conclusão em *Too big to jail*, demonstrando como grandes empresas, apesar de inúmeras violações foram capazes de escapar à persecução

³⁹³ BUELL, Samuel W. Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 87, 89 (Anthony S. Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011)

³⁹⁴ SUSSTEIN, Cass R., On The Expressive Function of Law, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2044–45 (1996) (“The criminal law is a prime arena for the expressive function of the law . . .”).

³⁹⁵ KAHAN, M; NUSSBAUM, Martha C. Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, 96 COLUM. L. REV. 269, 352, 1996.

³⁹⁶ EMILE DURKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY 47, 1984. (Through criminal punishment “we are avenging . . . the outrage to morality.”)

penal por meio de DPAs.

O modelo de conformidade legal contrasta com uma abordagem de integridade e gestão de ética para a administração corporativa. No cenário estadunidense, por exemplo, as *Guidelines* permitem um aumento da punição de empresas por falharem para tomar iniciativas de “bom cidadão” que não estão claramente definidas pelas autoridades públicas. Embora as empresas sejam legalmente obrigadas a cumprir a lei, a adoção de uma estratégia de integridade mais ampla, profunda e exigente do que a mera conformidade legal.³⁹⁷

É questionável a real eficácia de um programa de conformidade quando não tem um componente ético. Quando se considera que, em termos gerais, o uso exclusivo do direito penal não tem trazido resultados de reabilitação ou reforma, as exigências do programa de conformidade se tornam ainda mais questionáveis. A exemplo da situação da Boeing, que implementou um extenso programa de conformidade antes de 1998 e, no entanto, entre 1998 e 2001, experimentou três grandes incidentes de infrações éticas que causaram significativos prejuízos ao setor aéreo.³⁹⁸

Diamantis sustenta a adoção de uma espécie de teoria da virtude ou caráter corporativo como elemento que abre caminho para uma teoria da punição efetivamente capaz de melhorar as práticas corporativas, preparando terreno para uma nova forma de cooperação público-privada para lidar com a criminalidade corporativa³⁹⁹. No cerne do embate entre teorias da retribuição e da dissuasão, a teoria do caráter representa uma terceira via de oportunidade ao discurso dominante em termos de política criminal. Abre-se a oportunidade de um novo espaço conceitual para tratar do grande desafio do direito penal corporativo sobre como punir adequadamente as empresas.

Se do ponto de vista da criminalidade clássica centrada no indivíduo a neurociência parece cada vez mais assumir um papel-chave na evolução do direito penal, questionando a transposição de concepções sobre a liberdade, livre-arbítrio e responsabilidade, no âmbito da criminalidade corporativa, a principal ferramenta é o programa de *compliance*, que visa criar condições para que a empresa tenha menor probabilidade de violar a lei.

Seria possível, dessa forma, cultivar o caráter corporativo através das sanções criminais. Enquanto a teoria da dissuasão tenta, de maneira simplista, prevenir o crime por

³⁹⁷ PAINE, Lynn Sharp, *Managing for Organizational Integrity*, HARV. BUS. REV. Mar.-Apr. 1994, at 106, 111-17.

³⁹⁸ DELIGIANNIS, Amalia. *Executives Blamed for Boeing's Ethical Missteps*, CORP. LEGAL TIMES 18, Abril/2004.

³⁹⁹ DIAMANTIS, Mihailis. *Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment*, 103 IOWA L. REV. 507, 2018.

meio da ameaça da sanção, seja dissuadindo as empresas criminosas e reincidentes de cometer crimes ou induzindo-as a se tornarem novos espaços de valor. A teoria do caráter, nessa circunstância, enxerga a necessidade de reforma das práticas corporativas em direção a um novo *status quo* como a punição em si, sem maior preocupação sobre o alcance de seu efeito retributivo ou dissuasivo geral ou especial.

Isto porque diferencia circunstâncias em que a má conduta corporativa resulta de um desvio único e, portanto, não exigiria uma sanção capaz de prevenir futura má conduta, como o caso de um funcionário desonesto que pratica um crime e é imediatamente dispensado da empresa, eliminando-se assim a possibilidade de reincidência do comportamento criminoso. Não importa o quão bem administrada a empresa, é irrazoável crer na possibilidade de monitorar singularmente cada um de seus milhares de funcionários e, portanto, punir a corporação em toda circunstância em que a prática do ilícito derivou tão somente da má conduta individual de uma pessoa.⁴⁰⁰

O núcleo duro de diferenciação, portanto, estaria na capacidade de se identificar se o crime praticado é um desvio único e isolado no histórico de práticas da empresa ou revela uma disposição criminal mais profunda e inserida no modelo de negócio da própria corporação. Em outras palavras: definir quando o crime deriva de um defeito organizacional e, portanto, de uma disposição orientada para a prática de ilícitos e quando é um acontecimento isolado e temporário, cuja chance de reincidência é significativamente menor do que no primeiro caso.

Do ponto de vista ético, parece ser um consenso que as propostas e medidas devem ser encabeçadas *from top to bottom*.⁴⁰¹ Embora parece haver certa concordância sobre a eficácia potencial de fomentar uma cultura ética entre funcionários de uma empresa para prevenir a criminalidade corporativa, existe grande discordância sobre a melhor forma de realizar essa promoção da ética empresarial.

Dentro do espectro desse nível de identificação e diferenciação, a “existência e adequação do programa de conformidade da corporação” é apenas um dos elementos a serem analisados para definir se o ilícito representa ou não uma vulnerabilidade organizacional e programática da corporação.⁴⁰² A teoria do caráter, dessa forma, canaliza a possibilidade de

⁴⁰⁰ SCHWARTZ, Irwin. *Toward Improving the Law and Policy of Corporate Criminal Liability and Sanctions*, 51 AM. CRIM. L. REV. 99, 112, 2014.

⁴⁰¹ MARSHALL B. CLINARD, *CORPORATE ETHICS AND CRIME: THE ROLE OF MIDDLE MANAGEMENT* 54, 1983. (apontando que mais de 50% dos gestores de empresas listadas na Fortune 500 identificam o comportamento da alta gerência como fator mais significativo que afeta a cultura do comportamento ético dentro das organizações).

⁴⁰² A orientação do DOJ (Department of Justice) nos Estados Unidos sobre a formalização de acusações pelos

justiça penal negociada cuja contrapartida seja exigir que a empresa concordasse em alterar ou interromper linhas de negócio para desenvolver ou fortalecer seus mecanismos de governança interna e assim, aprender a evitar novas violações. As multas corporativas, ainda que sejam o principal recurso do qual se lança mão nas condenações corporativas têm pouco valor do ponto de vista da dissuasão e incentivo à reforma/reabilitação da corporação.

Por outro lado, é certo que existem circunstâncias em que a prática de infrações penais permeia de forma de profunda a operacionalização das atividades da corporação, quase que como parte de suas diretrizes internas em um modelo de “corporação com propósito criminoso”, no qual a reabilitação ou reforma são impossíveis.⁴⁰³

3.4 Sanções corporativas monetárias e não monetárias

Nos últimos anos, a discussão teórica sobre a criminalidade corporativa deferiu considerável atenção aos modelos de responsabilização e imputação das empresas, sua relação com o direito penal e a principiologia básica. Pouco se tratou, porém, até o momento, sobre os elementos de política criminal e critérios para elencar quais infrações ou crimes é conveniente que se estabeleça a responsabilização da empresa.⁴⁰⁴

Uma das razões que suscita o uso do direito penal, em vez de depender exclusivamente de sanções cíveis ou administrativas, é que as sanções penais podem servir a uma espécie de propósito de “educar” os potenciais violadores sobre as consequências morais de suas ações. Além disso, este objetivo está associado a uma visão tradicional de que o crime envolveria maior grau de culpabilidade.

Arlen e Kraakman argumentam, por exemplo, que ao permitir que as corporações

promotores incluem, além da existência de programas de conformidade, a difusão de irregularidades dentro da empresa, a disposição de cooperação da empresa, as ações reparadoras e mitigadoras de risco já adotadas pela empresa, a difusão da prática de ilícitos dentro da empresa, incluindo a cumplicidade ou ainda tolerância de irregularidades dentro da corporação. Vide: Memorandum from Larry D. Thompson, Deputy Attorney Gen., U.S. Dep’t of Justice, to Heads of Dep’t Components & U.S. Attorneys, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (Jan. 20, 2003). Disponível em: <https://www.nacdl.org/getattachment/23127f84-1fe4-4e26-83c4-1424d4cb2edd/jlep-7-4-577-585.pdf>. Acesso em: 30/12/20.

⁴⁰³Em tradução própria: “ Se, considerando a natureza e circunstâncias do crime e a história e características da organização, o tribunal determinar que a organização operou principalmente para fins criminosos ou principalmente por meios criminais, a multa será fixada em um valor (sujeito ao teto legal) suficiente para alienar a organização de todos os seus ativos líquidos”. Em: GUIDELINES 2016, supra note 180, § 8C1.1 (“If, upon consideration of the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the organization, the court determines that the organization operated primarily for a criminal purpose or primarily by criminal means, the fine shall be set at an amount (subject to the statutory maximum) sufficient to divest the organization of all its net assets.”).

⁴⁰⁴MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In* Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, ISSN-e 0718-3399, N.º. 5, 2008.

escapem da responsabilidade vicária em algumas circunstâncias, a organização é induzida a se tornar um monitor eficaz do comportamento do funcionário, auxiliando na denúncia voluntária das ilegalidades.⁴⁰⁵ Quando tratamos, no entanto, da criminalidade praticada pela própria organização enquanto entidade coletiva e, não necessariamente por um de seus funcionários, a fim de impedir de maneira otimizada que o comportamento ilegal resultem em danos muito significativos, impor uma multa criminal em face da empresa pode ser mais interessante do que propriamente apenas sancionar a alta gestão.

A grande desvantagem associada à métrica da dissuasão a partir da gravidade da multa corporativa imposta, no entanto, se deve à impossibilidade de determinar ao certo o ganho esperado da corporação com a infração penal. Conforme Brandon L. Garrett, no entanto, há dados empíricos suficientes demonstrando que, historicamente, as multas são suficientemente pequenas e são facilmente absorvidas como um “custo de fazer negócio”. Em resumo, é extremamente difícil estimar qual a “quantidade” exata da multa que deve ser aplicada a fim provocar o efeito dissuasivo esperado e, ao mesmo tempo, evitar a falência ou crise sistêmica do segmento em que se insere a corporação.

E parece ser o mesmo raciocínio aplicado à sanção: sabemos pouco sobre o real ganho da corporação com a infração criminal e, provavelmente, menos ainda com a expectativa da sanção esperada. Justamente nesse sentido, Garrett verificou que existe uma alta taxa de reincidência nas empresas públicas e isso seria uma grande evidência do fenômeno de *underenforcement*.⁴⁰⁶

Na medida que se impõem sanções puramente monetárias que são praticamente indistinguíveis das multas civis, no entanto, o legislador embota seu propósito condenatório. Justamente nesse sentido, Diamantis argumenta que “a imagem do crime corporativo que a teoria da dissuasão pura incentiva é moralmente repulsiva”.⁴⁰⁷ Coffee Jr há muito já havia identificado que a natureza do crime corporativo- sua complexidade, dificuldade de detecção e custo para investigar e processar- cria condições para uma baixa dissuasão ou *underdeterrence*.⁴⁰⁸

As multas têm se mostrado inadequadas especialmente porque são arcadas por partes

⁴⁰⁵ ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. "Controlling corporate misconduct: An analysis of corporate liability regimes." NYUL Rev. 72: 687,1997.

⁴⁰⁶ GARRETT, Brandon L. TOO BIG TO JAIL: HOW PROSECUTORS COMPROMISE WITH CORPORATIONS 5, 2014.

⁴⁰⁷ DIAMANTIS, Mihailis. Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment, 103 IOWA L. REV. 507, 2018.

⁴⁰⁸ COFFEE JR, John C. “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 MICH. L. REV. 386, 1981.

que não foram envolvidas na transgressão, ou seja, acionistas, consumidores e funcionários. Ao mesmo tempo, na sua concepção tradicional, a aplicação de sanções monetárias não necessariamente desencadeará investigações internas e medidas de reparação, trazendo a impressão de que a multa representa o “custo de se fazer negócio”.

O modelo de sanções não monetárias representa uma alternativa à punição das corporações, de forma que esse modelo serve, em grande parte, ao propósito de incapacitação. Da mesma forma, as organizações podem ser colocadas em uma espécie de “liberdade condicional”, em que seu comportamento é monitorado ou aferido por uma agência reguladora ou pelo próprio Poder Judiciário. Dentro desse rol, é possível conceber medidas como, por exemplo, a criação de uma linha direta com um *ombudsman* ou ainda para facilitar denúncias internas, violações ao código de ética e procedimentos de auditoria. Na realidade estadunidense, por exemplo, a frequência e amplitude das medidas de vigilância são maiores do que em confissões de culpa.

Nos DPAs e NPAs, por exemplo, as empresas podem ser proibidas de desenvolver iniciativas em determinados segmentos de negócio ou parcela de mercado, ou ainda de negociar com determinados consumidores/clientes. O escândalo de fraude de paraísos fiscais envolvendo a grande empresa de auditoria KPMG no início de 2003, por exemplo, culminou em um DPA em que a empresa se comprometeu a submeter suas atividades a monitoramento externo contínuo, bem como cessar sua prática fiscal ilegal com clientes privados, sob pena de as acusações serem reintegradas.⁴⁰⁹

Para além dessas medidas, existem outras propostas que se concentram em reformas na gestão, criando novos cargos de diretoria com autoridade e responsabilidade para reportar ao conselho diretor, revisando programas de remuneração com previsão de políticas de compensação e cláusulas *clawback*.⁴¹⁰ Outras propostas abrangem ainda a reestruturação de conselhos de diretores e gestores, removendo determinados assentos ou criando outros cargos para profissionais independentes, viabilizando comitês de auditoria e conformidade.⁴¹¹ Além disso, os DPAs e NPAs, com frequência, preveem também a inserção

⁴⁰⁹ Deferred Prosecution Agreement at 4–6, *United States v. KPMG LLP*, No. 1:05-cr-00903 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2005), <http://lib.law.virginia.edu/Garrett/corporate-prosecution-registry/agreements/kpmg.pdf> [<https://perma.cc/B4AE-WJUN>].

⁴¹⁰ As cláusulas ou provisões *clawback* geralmente são aplicadas a contratos de grandes executivos e alta gestão que obrigam os gestores a devolverem o bônus ou a restituir as empresas o valor que por ventura tenham recebido antecipadamente, desde que caracterizada a fraude em sua gestão ou seja, comprovada a imprudência ou negligência na condução dos negócios ou até mesmo se o diretor empregado pedir demissão para trabalhar em uma empresa concorrente.

⁴¹¹ GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance, 57 WM. & MARY L. REV. 2075, 2133, 2016.

de um auditor ou grupo de auditoria externo para fins de monitoramento, com amplos poderes de investigação e relatório. Essa autoridade disponível pode variar desde uma estrutura suplementar de apoio à tomada de decisões internas até uma estrutura mais robusta, com discricção para supervisionar amplamente a corporação e conduzir a reestruturação de seus processos internos.

Na avaliação de Shecaira, existem diversas reações penais adequadas ao amplo instrumento penal de repressão às pessoas jurídicas para além das penas pecuniárias, como a dissolução, a perda de bens e proventos ilicitamente obtidos, a injunção judiciária, o fechamento da empresa, a publicação da sentença em veículos de grande circulação e às expensas da condenada.⁴¹²

Para além das sanções monetárias e não monetárias, existem inegáveis efeitos colaterais que decorrem de processos criminais corporativos que envolvem desde perda de participação em mercado, danos à reputação, investigações subseqüentes e litígios privados. Adán Nieto propõe as “sanções de fortalecimento” com a finalidade de remover os líderes e gestores de empresas, empoderando a estrutura da empresa em favor das vítimas.⁴¹³ É possível conceber a divisão das consequências colaterais informais- como aquelas descritas acima- e as formais, que se aplicam automaticamente em decorrência da aplicação de determinada sanção à empresa. No que se refere às consequências formais, geralmente envolvem a exclusão de programas federais, participação em licitações, revogação ou cassação de licença para exercer determinada atividade, proibição de contratar com o poder público ou ainda usufruir de incentivos fiscais e linhas de crédito.

Há muito tem sido suscitada a necessidade de desenvolver o campo de justiça restaurativa corporativa, aliado à nova geração de estudos transicionais.⁴¹⁴ É precisamente na ressignificação da cumplicidade corporativa que novas iniciativas poderiam ser suscitadas, partindo-se do reconhecimento do papel histórico das corporações e, no cenário brasileiro especificamente, da grande afinidade com regimes autoritários. Intrinsecamente ligadas à noção de *corporate accountability*, a pauta de pesquisas empíricas acerca do papel do setor privado na promoção e reconstrução da democracia ainda é deficitária. E, no entanto, concebê-la como nova categoria analítica de estudos nas ciências criminais certamente traria

⁴¹²SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002. pp.107 e ss.

⁴¹³ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2020

⁴¹⁴ SAAD-DINIZ, Eduardo. Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCrim*, São Paulo, v. 28, n. 167, p. 71-128, maio 2020.

uma perspectiva plural e inovadora- permitindo repensar inclusive o modelo de sanções não monetárias ainda tão engessado e pouco desenvolvido no Brasil.

Inevitável reconhecer que as sanções não monetárias ainda representam um campo aberto à criatividade do legislador brasileiro. Experiências internacionais como o modelo de multa patrimonial incorporada pela legislação australiana demonstram as possibilidades de atrelar mecanismos de incentivos e desincentivos às sanções. Neste modelo, por exemplo, a reincidência da empresa na prática de infrações diminui progressivamente o valor de suas ações. Logo, a partir do cometimento de uma infração, existe uma redução do valor das ações e um pacote delas é criado e colocado à disposição das vítimas, incorporando uma tentativa de absorver os interesses.⁴¹⁵

Também é possível recordar as possibilidades de proteção aos direitos humanos viabilizadas de maneira indireta. Na legislação alemã, por exemplo, com as penalidades e multas previstas na legislação contábil, a proteção dos direitos humanos é complementada de uma perspectiva bastante inesperada. Por meio da "Lei para fortalecer os relatórios não financeiros das empresas em seus relatórios de gestão e de grupo (Lei de Implementação da Diretiva de RSC)", cumpriu-se a chamada "Diretiva RSE" (Diretiva 2014/95 /UE).⁴¹⁶ Por meio dela, as empresas-mãe e grupos corporativos já foram obrigados a fornecer informações sobre "indicadores de desempenho não financeiros" em seus relatórios de gestão. No entanto, essa obrigação limitava-se a divulgações sobre questões ambientais e de funcionários e só era obrigatória na medida em que fossem relevantes para uma compreensão do desempenho empresarial ou posição da corporação.

Agora, a partir da nova legislação, a violação da obrigação de relatório agora estendida leva à imposição de multas, por exemplo, sobre os membros do órgão autorizado a representar a empresa e a própria empresa também pode estar sujeita a uma multa regulamentar. Dessa forma, pode-se dizer que existe uma obrigação de organizar as demonstrações financeiras e não financeiras, de maneira que aqui a conformidade com os direitos humanos se confere de forma indireta por meio do cumprimento da legislação contábil.

⁴¹⁵ JEBBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015.

⁴¹⁶ A diretiva impõe a determinadas grandes empresas- com mais de 500 trabalhadores- a obrigação de divulgarem informações não financeiras relevantes, com vista a proporcionar aos investidores e a outras partes interessadas um quadro mais completo sobre a evolução, desempenho, posição e impacto das suas atividades. As empresas abrangidas têm de fornecer uma descrição do seu modelo empresarial, políticas, resultados, principais riscos e indicadores-chave de desempenho acerca de questões ambientais, aspectos sociais e relacionados com os trabalhadores, direitos humanos e combate à corrupção e às tentativas de suborno.

Para ilustrar a complexidade e os *trade-offs* associados à imposição de penalidades corporativas, um dos maiores casos de fraude corporativa no setor da saúde revela a inefetividade das sanções monetárias. Em 2009, a empresa *Pharmacy & Upjohn Company Inc* incorreu na aplicação de uma multa criminal de quase 1.2 bilhões de dólares por propaganda ilegal e propinas relacionadas à venda de medicamentos não regulamentados pelo Departamento de Saúde dos Estados Unidos, com um adicional de 1 bilhão em pagamentos civis pela sua controladora Pfizer. A Pfizer assinou um acordo de compromisso de integridade corporativa, porém nenhum gestor ou líder da empresa foi indiciado e não houve divulgação quanto às medidas que a empresa tomou- e se tomou- contra os funcionários que participaram ou toleraram a prática da atividade ilegal.

Quanto ao real impacto que a sanção monetária teve sobre o faturamento e o valor das ações da empresa, sabe-se que o total das multas equivaleu, na ocasião, a três meses de lucros corporativos. Todavia, a própria Pfizer não foi impedida de comercializar seus medicamentos no futuro para quaisquer clientes e, embora seja difícil de quantificar, a Pfizer não parece ter sofrido com a sua reputação no longo prazo. Este exemplo revela a insuficiência do efeito preventivo das sanções monetárias na capacidade de dissuadir o comportamento corporativo danoso e, ainda mais distante de provocar mudanças significativas na cultura organizacional.

3.5 Sanções reputacionais

Em alguma medida, as corporações parecem evitar confissões de culpa em parte devido a um maior dano à reputação. Atualmente, os crimes cometidos no interior da empresa tendem a afetar o prestígio da empresa e a boa reputação corporativa. A partir de um experimento empírico de pesquisa de opinião pública, Matthew Kim se propôs a investigar nos Estados Unidos se uma confissão de culpa e um acordo de não persecução afetava de forma semelhante a percepção pública das empresas.⁴¹⁷

Sem uma compreensão sistemática do efeito das sanções criminais corporativas sobre a reputação, simplesmente se presumirá- talvez erroneamente- que as sanções reputacionais de fato prejudicam a imagem da corporação e incentivam a conformidade.

O efeito reputacional das sanções pode causar problemas sob diversas perspectivas.

⁴¹⁷ KIM, Matthew D. Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct (July 9, 2020). *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 29, No. 3, 2020.

Cindy Alexander e Jennifer Arlen discutem a hipótese de que as empresas buscam soluções mais lenientes e brandas porque os acordos de confissão fornecem mais informações para terceiros interessados sobre a extensão da conduta criminosa da empresa.⁴¹⁸ De acordo com essa hipótese, as empresas são mais suscetíveis a investir em sua defesa para evitar a divulgação “desnecessária” da má conduta corporativa.

O efeito substancialmente negativo da má-conduta corporativa sobre consumidores, no entanto, é ainda menos claro do sabido efeito sobre investidores. A abordagem dessa lacuna empírica permitiria desenvolver uma compreensão sistemática sobre os efeitos das sanções criminais sobre a reputação corporativa de forma ampla. Isto porque a maioria dos estudos até o momento sobre os efeitos das sanções criminais sobre a reputação corporativa, na maioria das vezes, se baseiam em suposições dos investidores sobre a reação dos consumidores.⁴¹⁹

Na tradição *common law* dos Estados Unidos, por exemplo, assim que o DOJ inicia a investigação contra uma corporação, geralmente surgem cinco possíveis desfechos: recusa, NPA, DPA, confissão de culpa (*guilty plea*) ou julgamento. O próprio United States Attorney’s Manual⁴²⁰, no que parece demonstrar a adoção de uma dinâmica de evitar danos reputacionais e seus efeitos colaterais, sugere, de início, a adoção de medidas mais brandas sob a perspectiva reputacional.

Os efeitos de uma sanção reputacional são bastante imprevisíveis pois dependem de uma série de fatores controláveis e incontroláveis como: natureza da violação, segmento de atuação da corporação e abrangência de mercado, além das circunstâncias políticas e econômicas no momento, o que permite dizer que essa estratégia carece de significativa previsibilidade. Até o momento, porém, há pouca evidência empírica de que o público é

⁴¹⁸ ALEXANDER, Cindy R; ARLEN, Jennifer. Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime, in RESEARCH HANDBOOK ON CORPORATE CRIME AND FINANCIAL MISDEALING 87, 109–12 (Jennifer Arlen ed., 2018).

⁴¹⁹ AGGARWAL, Reena; EREL, Isil; STARKS, Laura. Influence of Public Opinion on Investor Voting and Proxy Advisors (Charles A. Dice Ctr. for Research in Fin. Econ., Working Paper No. 2014-12, 2015), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2447012 (finding that institutional investors are influenced by the changing opinions of their beneficiaries and shareholders and that the public can influence corporate behavior accordingly).

⁴²⁰ O Manual dos Procuradores dos EUA do Departamento de Justiça dos EUA (“USAM”) declara em seus Princípios para o Ministério Público Federal de Organizações Empresariais que “onde a doutrina *respondeat superior* reconheça a corporação como criminalmente responsável por atos ilegais de seus diretores, executivos, funcionários e agentes. Para responsabilizar uma empresa por essas ações, o governo deve estabelecer que as ações do agente corporativo (i) estavam dentro do escopo de suas funções e (ii) visavam, pelo menos em parte, beneficiar a corporação. Em todos os casos que envolvam irregularidades por parte de agentes corporativos, os promotores não devem limitar suas análise apenas em indivíduos ou na empresa, mas devem considerar ambos como alvos potenciais.” DEP’T dos EUA DE JUSTIÇA, MANUAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS UNIDOS § 9-28.210 (B) [doravante USAM]. USAM, supra note 11, at § 9-28.700(B).

menos propenso a desaprovar uma empresa e mais disposto a ser patrocinador de uma empresa que obteve um acordo de não persecução, em vez de uma confissão de culpa. Ao mesmo tempo, as sanções reputacionais têm um potencial de alcançar acionistas e credores que sequer deveriam ser afetados pelo mau comportamento corporativo, com maior potencial dissuasor sobre os gestores do que propriamente as sanções formais.⁴²¹ Karpoff, em uma análise comparada, evidencia por meio de dados de mercado que os efeitos reputacionais sobre corporações após acusações de fraude são significativamente maiores do que em acusações por crimes ambientais.⁴²²

Nesse contexto, uma sanção reputacional pode ganhar um contexto e proporção incontroláveis a ponto de afetar a competitividade e desempenho da empresa em relação a toda a sua cadeia de fornecedores, terceiros interessados (*stakeholders*) e acionistas. Nessa lógica, a punição com base no caráter é capaz de mudar a narrativa do processo criminal, em que a adjudicação do crime é encarada como uma oportunidade de reforma e não apenas exposição das falhas e defeitos.

Dessa forma, o cerne da proposta reflete na substituição das multas por sanções exclusivamente orientadas a catalisar reformas corporativas. Isto baseando-se na lógica de que a multa é um “peso-morto” que é repassado a terceiros inocentes, enquanto as propostas de reforma exigem, necessariamente, o envolvimento da própria corporação que, sob o monitoramento de um terceiro independente, deverá conduzir uma transformação no seu modelo de negócios.

Na proposta de lei alemã para sanções corporativas (*Verbandssanktionengesetz*), existe a previsão de que o tribunal possa impor restituição às vítimas, além de ordenar que uma empresa institua um sistema de gestão eficaz, cuja eficácia pode ser provada pela certificação de autoridades competentes, ou seja, auditores de negócios, contadores e advogados.⁴²³ Também é possível emitir uma advertência acompanhada de uma sanção monetária em hipótese de a empresa reincidir em alguma violação em determinado espaço

⁴²¹ FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. THE IMPACT OF PUBLICITY ON CORPORATE OFFENDERS 227–45, 1983.

⁴²² Compare Jonathan M. Karpoff & John R. Lott, Jr., The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud, 36 J.L. & ECON. 757 (1993) (discussing the drastic reputational harm criminal fraud creates), with Jonathan M. Karpoff et al., The Reputational Penalties for Environmental Violations: Empirical Evidence, 48 J.L. & ECON. 653 (2005) (discussing the less significant reputational harm environmental violations create).

⁴²³ No original: § 13 Weisungen bei Verbandsgeldsanktionsvorbehalt (1) Das Gericht kann dem Verband für die Dauer der Vorbehaltszeit Weisungen erteilen, wenn diese erforderlich sind, um der Begehung von Verbandstaten entgegenzuwirken. (2) Das Gericht kann den Verband namentlich anweisen, bestimmte Vorkehrungen zur Vermeidung von Verbandstaten zu treffen und diese Vorkehrungen durch Bescheinigung einer sachkundigen Stelle nachzuweisen. Die Auswahl der sachkundigen Stelle, die der Verband getroffen hat, bedarf der Zustimmung durch das Gericht. (3) Die Weisungen dürfen nicht unzumutbar in den Betrieb oder das Unternehmen des Verbandes eingreifen.

de tempo ou repetidamente desrespeita ou descumpre a ordem do tribunal sobre as providências em relação às vítimas. E, por último, em apenas circunstâncias mais gravosas, pode o tribunal determinar a liquidação da organização empresarial criminosa.⁴²⁴

De acordo com a legislação existente, as sanções corporativas geralmente não são divulgadas publicamente. O §14 do projeto alemão, porém, propõe que nos casos que haja grande número de vítimas, o tribunal possa divulgar publicamente as sanções impostas à empresa pelo prazo de um ano.⁴²⁵

O dilema da aplicação de um modelo clássico de sanções voltadas à criminalidade individual levante a questão sobre a possibilidade de se conceber uma estratégia de responsabilidade corporativa que alcance a dissuasão a um custo menor do que a responsabilidade penal da pessoa jurídica.⁴²⁶ Ou ainda, se o sistema penal brasileiro realmente deveria se preocupar em desenvolver um sistema de justiça criminal individual de colarinho branco. Os próprios reguladores estão sujeitos a uma influência de captura, em vista da ocupação de posições de liderança pela própria elite corporativa, dessa forma, levanta-se um espectro de considerações sobre como as grandes corporações, em alguma medida, estariam projetando aspectos da punição para si mesmas.

A ausência de dados empíricos evidencia também que nos tribunais, a análise da criminalidade corporativa se depara com um cenário de completa ausência de experiência nos diferentes setores e negócios, movimentando um mercado bastante lucrativo de governança, risco e *compliance*.⁴²⁷ Em que medida podemos conceber a reforma como

⁴²⁴ Conforme dispõe, no original, o §39 Absehen von der Verfolgung bei Insolvenz

Die Vorschrift schafft einen fakultativen Einstellungsgrund für den Fall der Insolvenz des Verbandes. Denn insbesondere in Fällen, in denen der Verband im Rahmen des Insolvenzverfahrens liquidiert wird, dürfte es regelmäßig nicht geboten sein, ein Verfahren gegen einen aufgelösten Rechtsträger, der demnächst vollendet wird und gegen den eine Sanktion voraussichtlich nicht mehr vollstreckt werden kann, durchzuführen. Die Situation kann sich vor dem Hintergrund der Vorschriften zur Rechtsnachfolge (§§ 6, 30) allerdings auch anders darstellen, wenn der Verband im Insolvenzverfahren zwar liquidiert, dessen Geschäftsbetrieb aber im Wege einer übertragenden Sanierung vollständig oder zumindest teilweise auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Insbesondere in Fällen, in denen der übernehmende Rechtsträger in Verbindung mit den Geschäftsführern oder Gesellschaftern des nunmehr insolventen Verbandes steht, kann es auch trotz einer Insolvenz geboten sein, das Verfahren mit Blick auf die Rechtsnachfolge fortzuführen. Für Verfahrensgestaltungen, bei denen das Insolvenzverfahren beendet wird, ohne dass es zu einer Liquidation des Verbandes kommt, besteht die Möglichkeit, das Verfahren innerhalb bestimmter Fristen wieder aufzunehmen.

⁴²⁵ No original: Öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes Bei einer großen Zahl von Geschädigten kann das Gericht neben der Verhängung einer Verbandssanktion nach § 8 zur Information der durch die Verbandstat Geschädigten die öffentliche Bekanntmachung der Verurteilung des Verbandes anordnen. Art und Umfang Drucksache 440/20 - 10 - der Bekanntmachung sind im Urteil zu bestimmen. Erfolgt die Bekanntmachung durch Veröffentlichung der Verurteilung im Internet, so ist die Bekanntmachung spätestens ein Jahr nach der Veröffentlichung zu entfernen.

⁴²⁶ KHANNA, V.S. Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 HARV. L. REV. 1477, 1477 (1996) (noting the expansion of corporate criminal liability).

⁴²⁷ O mercado de GRC está se expandindo a uma taxa exponencial (29 de junho de 2015), <https://www.lockpath.com/blog/general/grc-market-expansion-exponential-rate> (“[P] redições mostram que o

“sanção” como uma espécie de justiça restaurativa, cujo propósito, de fato, abrange restaurar as vítimas, as corporações infratoras, levando em conta as características e circunstâncias do infrator em si.⁴²⁸ Na ideia de rejeitar uma justiça que “equilibre a dor do crime com uma punição proporcionalmente prejudicial”⁴²⁹, muito embora a proposta de justiça restaurativa de Braithwaite rejeite a noção da punição em si, essa parece ser um concepção pouco atraente à dogmática jurídico-penal brasileira, cujo ímpeto de sancionar transgressões graves está profundamente enraizado na sociedade.

E, no entanto, determinar qual a punição adequada para cada tipo de crime tem perturbado grandes filósofos de justiça criminal. A partir de uma revisão multicultural, é possível afirmar que a maior parte das culturas humanas compartilham a intuição de que delitos graves devem ser punidos.⁴³⁰ Existem implicações perniciosas de se viabilizar um sistema em que a responsabilidade criminal e respectiva sanção sejam mais matizadas por intuições sobre justiça do que efetivamente fundamentadas.

3.6 Responsabilidade social corporativa e a cultura do *business ethics*

A riqueza da sociedade, desde o âmbito local até global, é entendida como uma combinação de riqueza pública e privada, não apenas como riqueza privada agregada. A criação de riqueza privada depende da disponibilidade de riqueza pública e vice-versa. Essa dependência mútua implica para a responsabilidade corporativa que as empresas não apenas têm que criar riqueza privada, mas também devem contribuir com a riqueza pública.

Em um paralelo com o escândalo brasileiro envolvendo Samarco, Vale e BHP Billinton, o ganho de escala de produção, ou seja, a ampliação da escala operacional da empresa condicionou e interagiu com determinantes geográficos que implicaram aumento significativo do uso de recursos naturais (em especial da água, nos processos de beneficiamento primário de minérios). Entre 2013 e 2014, por exemplo, a Samarco aumento em 50% o seu consumo de água e a consequente disposição de rejeitos em cursos d’água, demonstrando o privilégio do uso industrial- e, portanto, da criação de riqueza privada- em detrimento do consumo humano ou riqueza pública.

GRC [governança, risco e conformidade mercado atingiria US \$ 31,77 bilhões até o ano de 2020 com o gasto do mercado de conformidade atingiu US \$ 2,6 bilhões somente em 2015 ”)

⁴²⁸ BRAITHWAITE, John. A Future Where Punishment Is Marginalized: Realistic or Utopian?, 46 UCLA L. REV. 1727, 1743, 1999.

⁴²⁹ BRAITHWAITE, John, *op. cit.*, 1999.

⁴³⁰ ROBINSON, Paul H.; KURZBAN, Robert. Concordance and Conflict in Intuitions of Justice, 91 MINN. L. REV. 1829,2007.

Contribuir para a criação de riqueza pública naturalmente tem seus limites. A responsabilidade corporativa não pode – e não deve- substituir o dever público do governo em todos os níveis da sociedade. Empresas e governo desempenham papéis complementares, o que permite uma gama de colaborações e, ao mesmo tempo, exclui os dois extremos: que as empresas devem ser as principais criadoras de riqueza pública e, por outro lado, que as empresas não têm qualquer responsabilidade na criação de riqueza pública.

Responsabilidade corporativa requer inovação ética em nível organizacional, logo, a responsabilidade corporativa pela criação de riqueza é também sobre inovação ética. Por muito tempo vários modelos ilusórios de responsabilidade social corporativa foram mantidos, sem atender qualquer anseio da vida comunitária. Somente no final dos anos 2000 é que o rótulo de “liderança responsável” se tornou um termo comum na literatura. O conceito ético de responsabilidade, relativamente novo na história da ética, foi desenvolvido no século XX, remontando ainda à famosa discussão de Max Weber em 1918 que opôs a ética da condenação contra a ética da responsabilidade.

Hoje, tal estrutura está disponível, consistindo em direitos humanos que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU 1948), foram desenvolvidos em direção a um suporte de caráter global com o reconhecimento da “indivisibilidade, interdependência, e interrelação” dos direitos humanos. Porém, a adoção desse paradigma internacional praticamente direcionou o patamar de discussão para a ampliação do catálogo de *accountability* empresarial acerca de violações de direitos humanos.

Publicado em 2018, o Guia da OCDE de Devida Diligência para uma conduta empresarial responsável está alinhado com outros instrumentos multilaterais, como os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, as Convenções e Recomendações da OIT referidas nas Diretrizes da OCDE para EMNs e a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da OIT.⁴³¹

Dentro deste contexto, as Diretrizes da OCDE preveem a criação do chamado Ponto de Contato Nacional (PCN) que compreende uma representação institucional em cada país, responsável por atuar para a implementação das Diretrizes para Empresas Multinacionais. Trata-se de um mecanismo de reclamação não judicial que pode ser acionado por qualquer pessoa, desde que envolva empresas multinacionais e trate de um dos temas abordados pelas Diretrizes. O PCN localizado em cada país tem como finalidade promover as Diretrizes

⁴³¹ OCDE. Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável, 2018.

dentro das empresas, incentivando sua adoção e implementação, bem como mediando conflitos entre multinacionais e sociedade civil.⁴³²

Até 2021, conforme consta do site da OCDE, houve 42 acionamentos do PCN no Brasil, sendo que das 42 reclamações-chamadas de alegações de inobservância, 11 não foram aceitas, 26 concluídas e 5 estão em curso.⁴³³ É perceptível que grande parte das reclamações foram apresentadas por Sindicatos, associações e organizações da sociedade civil.

Reconhecendo o impacto adverso que a atividade empresarial pode provocar, na perspectiva da OCDE, a devida diligência aborda os impactos reais ou potenciais relacionados a direitos humanos, incluindo relações laborais, meio ambiente, suborno e corrupção e interesses do consumidor.

O Guia compreende ainda a noção de “relacionamento comercial” enquanto “relacionamentos com parceiros de negócios, entidades na cadeia de abastecimento e qualquer outra entidade não estatal ou estatal diretamente ligada às suas operações comerciais, produtos ou serviços”.

Ruggie complementa que muitos desafios permanecem no que se refere à implementação.⁴³⁴ De início, muitos Pontos de Contato Nacionais (PCN) receberam apenas uma ou mesmo nenhuma reclamação e é irrazoável supor a ausência de violações de direitos humanos. A conscientização sobre os PCNs cabe aos governos nacionais, que podem conferir contornos menos voluntaristas à observância das recomendações. Exemplo disso é o Canadá que em novembro de 2014 anunciou que as empresas que se recusassem a observar o PCN como resolução de disputas, a não participação seria levada em consideração na busca das Agências de Crédito à Exportação (*Export Credit Agencies*).

A ideia, portanto, seria criar um desincentivo à não participação das empresas, evitando também que o governo nacional exija mais da organização empresarial do que ele exige, por exemplo, de si mesmo.

⁴³² O Ponto de Contato Nacional brasileiro foi criado pela Portaria nº 92, em 12 de maio de 2003, pelo então Ministro de Estado da Fazenda (BRASIL, 2003), atribuindo a sua direção à Secretaria de Assuntos Internacionais (SAIN) do Ministério da Fazenda e admitindo a possibilidade de convite de participação de representantes de outros Ministérios no PCN. Posteriormente, a Portaria nº 92 foi revogada pela Portaria Interministerial nº 37, de 19 de fevereiro de 2013 que trouxe novas disposições sobre a organização e estrutura do PCN, instituindo-o como Grupo de Trabalho Interministerial, a ser composto por vários órgãos. A Portaria ainda admite a possibilidade de convidar outras entidades da Administração Pública, representantes da comunidade empresarial, sindicatos e ONGs para se engajarem com as atividades do PCN.

⁴³³ Disponível em: < <https://www.gov.br/produktividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn>>. Acesso em 28/12/2021.

⁴³⁴ RUGGIE, John G; TAMARYN, Nelson. Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges. *In* Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2015.

O potencial das Diretrizes da OCDE tem caráter limitado por se tratar de *soft law*, porém é reconhecível o potencial de apontar caminhos para evitar problemas causados pelas empresas multinacionais. As previsões trazidas pelas Diretrizes desmistificam a ideia de que a devida diligência seria objeto de consideração apenas de grandes organizações empresariais e, ao mesmo tempo, reafirmam que o envolvimento significativo das partes interessadas, por si só, é elemento essencial da devida diligência.

Embora naturalmente o tamanho e alcance da empresa afetem a extensão da devida diligência, resta claro que seria a exposição ao risco o elemento mais significativo da necessidade de conduzir processos de devida diligência. Desta maneira, a ausência de consulta não apenas compreende falha na devida diligência, mas também caracteriza uma violação de direitos humanos em si.

Outro ponto de diferenciação se refere ao dever de comunicação que é incorporado como parte do dever de devida diligência. Assim, a OCDE, por meio das Diretrizes, entende que a comunicação sobre o processo de devida diligência, contabilizando como as empresas identificam e abordam impactos reais ou adversos sobre direitos humanos, faz parte do dever de devida diligência.

Se, em um primeiro momento, isso atraiu a mobilização de atores no sentido de tornar mais robusta a própria justificação moral e responsiva de as empresas repararem os danos, em um segundo contexto, a discussão foi direcionada para a formulação de alternativas prontas e engessadas à violação de direitos humanos no âmbito corporativo, favorecendo o surgimento do *compliance* de direitos humanos. A perspectiva de inserção do paradigma dos direitos humanos na conformidade empresarial representa um *turnover* na tomada de decisões no ambiente empresarial associada à noção da devida diligência. Na convergência entre esses elementos, porém, reside o desafio de prevenir o ciclo de violação massiva de direitos na cadeia produtiva.

3.6.1 Cidadania corporativa: responsabilidade, performance e responsividade social

Na década de 70, por meio de um espaço reservado no *The New York Times*, a corporação petrolífera Mobil Oil se tornou uma voz corporativa proeminente, engendrando uma estratégia inovadora para promover interesses para além de seus negócios. O papel corporativo foi consistentemente associado ao papel do cidadão no processo democrático.

A década de 70 representou, historicamente, a virada dos interesses comerciais para

afirmar uma voz mais influente no discurso político americano. O século XX reforçou assim, o papel do que se veio a chamar como “discurso corporativo”, referindo-se a esforços de mídia por grandes empresas que buscavam moldar o clima político e social, em contraposição ao tradicional discurso comercial, voltado para a mera promoção de produtos e serviços.

A evolução dos esforços corporativos para influenciar a opinião pública tem profundas raízes na história americana. Nos Estados Unidos, já desde *First National Bank v. Bellotti* em 1978, a Suprema Corte reafirmou a proteção constitucional- por meio da Primeira Emenda- do discurso corporativo enquanto prática robusta, proporcionando-lhe maior legitimidade e proeminência. Embora nesse contexto o tribunal não tenha expandido o alcance do conceito de personalidade corporativa, o raciocínio serviu para fortalecer o papel da cidadania corporativa na sociedade e reafirmar a concepção de que sufocar qualquer voz, necessariamente distorce o processo democrático.

Nesse esforço concentrado para conceber, simbolicamente, as corporações como uma espécie de cidadão moderno, a prática das relações públicas foi produzida diretamente desse conflito entre o exponencial crescimento do poder corporativo e a respectiva preocupação acerca da influência desse poder sobre a sociedade.⁴³⁵ Ao longo dos anos a agenda da cidadania corporativa foi desenvolvida interagindo com elementos de responsabilidade social corporativa, responsividade e desempenho social.

Para o conceito de cidadania corporativa, a importância do desenvolvimento de jurisprudência relacionada à proteção constitucional do discurso corporativo se reflete em um profundo debate acadêmico sobre se esse discurso promove ou enfraquece os processos democráticos. Essa preocupação revela uma indicação considerável sobre o significado histórico dos esforços de grandes empresas para assumir voz racional e construtiva na sociedade.

Adam Smith, já desde o século XVIII, no entanto, sustentava que para manter os mercados realmente livres era preciso garantir que interesses comerciais poderosos não fossem capazes de usar sua influência para sobrepujar a liberdade de mercado.⁴³⁶ Nesse ponto de vista, à medida que grandes corporações viessem a dominar a arena política, o sistema chegaria a tal ponto que não seria verdadeiramente um livre mercado. Precisamente nesse raciocínio houve a imposição de políticas sancionando monopólios, introduzindo cotas

⁴³⁵ CUTLIP, Scott M. *The Unseen Power: Public Relations, A History* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum, 1994), pp. 1-3.

⁴³⁶ SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1 (1776; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Classics, 1976), p. 267.

sobre importações e restringindo aspectos do comportamento econômico.

As preocupações que circundam os potenciais efeitos distorcidos da atividade corporativa no processo democrático se estendem assim, para muito além do protagonismo corporativo no mercado mundial. Como as sociedades democráticas modernas irão estruturar o papel da política corporativa de maneira benéfica à sociedade ainda é um questionamento aberto a reflexões. Fato é que as corporações estão há muito sob pressão para exibir “boas práticas” de cidadania corporativa, sendo cada vez mais monitoradas por autoridades, credores, investidores, clientes, comunidade e terceiros.

A despeito das conclusões sobre os inúmeros estudos empíricos que exploram atitudes e percepções de indivíduos em relação à cidadania corporativa, na tentativa de compreender qual o *standard* de um “cidadão responsável”,⁴³⁷ a confiabilidade desses índices e suas respectivas construções subjacentes permanecem questionáveis. Ao mesmo tempo, é difícil conceber uma métrica capaz de fundamentar conceitualmente as dimensões econômica, legal, ética e discricionária da construção da cidadania corporativa.

3.6.2 Estratégia de autorregulação regulada e a vigilância corporativa

Em um paralelo com a experiência estadunidense, Arlen expõe as deficiências das *Sentencing Guidelines* que, mesmo mitigando as sanções para empresas que adotam programas de conformidade, cooperação e autorrelato, revela que essas disposições seriam insuficientes para, de fato, encorajar corporações a detectar, relatar e cooperar.⁴³⁸ Na agenda dos direitos humanos, o grande desafio se reflete na ausência de transparência das corporações sobre seu próprio sistema de autorregulação preventiva. A expansão gradual dos deveres de autorregulação empresarial precisa ser capaz de distinguir a situação de um fornecedor da indústria têxtil que presta serviços com exclusividade e, portanto, está sujeito à pressão direta sobre o volume e o preço do serviço pela multinacional e, de outro lado, um profissional autônomo que presta serviços de forma independente e sem qualquer dependência ou exclusividade da organização empresarial.

Adán Nieto difere, nesse contexto, três formas de autorregulação.⁴³⁹ Na primeira

⁴³⁷ BUTLER, Tom *et al.*, *A Systematic Approach for Managing and Supervising Conduct Culture and Risk 2–3* (Governance, Risk, & Compliance Tech. Ctr., 2017),

⁴³⁸ ARLEN, Jennifer. Arlen, Jennifer, *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines* (August 2, 2011). University of Miami Law Review (Symposium issue), Forthcoming, NYU Law and Economics Research Paper No. 11-21.

⁴³⁹ MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *In* Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, ISSN-e 0718-3399, N.º. 5, 2008.

delas, o Estado delega poder normativo público em assuntos privados, implicando a atribuição de determinadas funções públicas para atores privados. Essa perspectiva desencadearia um tratamento do direito penal equiparando o destinatário do dever à figura do funcionário público. De outro lado, a autorregulação puramente voluntária em que padrões privados de conduta também são capazes de integrar elementos normativos do tipo, ensejando consequências criminais, por exemplo, desde a perspectiva do direito do consumidor. E, por fim, a terceira modalidade que envolve a autorregulação incentivada pelo próprio Estado, que mais interessa ao campo da criminalidade corporativa e que suscita, minimamente, dois problemas. O primeiro associado ao grau de autonomia organizacional perante o Estado, pois a liberdade de definição do escopo e conteúdo dos programas de conformidade pelas empresas naturalmente impacta a regulamentação penal. E o segundo desafio está relacionado aos meios pelos quais o Estado incentiva a adoção da autorregulação eficaz pelas corporações. E, especialmente nesse contexto, é possível distinguir dois principais tipos de incentivos.

Existem incentivos não punitivos e punitivos, os primeiros são delineados, por exemplo, pela priorização na contratação pública de empresas que possuem sistemas de autorregulação notadamente eficazes ou ainda pela transparência na exigência de *disclosure*, ou seja, a obrigação de comunicar ao mercado e à sociedade os impactos danosos.⁴⁴⁰ Por outro lado, dentro da categoria de incentivos punitivos, se destaca o uso de sanções administrativas e criminais em face das organizações empresariais e/ou seus respectivos gestores ou conselho de administração. Neste caso, há que se distinguir as sanções que buscam mitigar o risco do comportamento corporativo socio ambientalmente danoso daquelas que perseguem a prevenção do comportamento intencional de pessoas físicas.

O necessário compromisso das corporações com a autorregulação e a cooperação deriva da evidência empírica de que a maioria das transgressões corporativas não são detectadas. Dessa forma, a maneira mais eficaz de melhor identificar os desvios corporativos é induzindo as empresas a ajudar na detecção e *self-report*. das evidências de transgressão e o envolvimento dos atores privados pode se dar *ex ante* por meio de programas de conformidade capazes de apontar a vulnerabilidade que viabilizou o crime ou *ex post* colaborando na investigação e identificação dos erros.

Do ponto de vista prático, para aumentar as possibilidades de detecção de infrações

⁴⁴⁰ Algumas diretivas europeias sobre contratação pública, como as Diretivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, exigem, por exemplo, que as empresas publiquem em suas demonstrações não financeiras anuais seus respectivos programas de devida diligência, tratando sobre questões ambientais e sociais.

corporativas, o governo precisa estimular as empresas a autorrelatar violações, implementar programas de *compliance* efetivos e cooperar com as autoridades públicas. Há que se reconhecer ainda a autorregulação como elemento essencial no delineamento do escopo do risco permitido em relação ao campo de atuação das empresas. Quando as sanções direcionadas às empresas pelo descumprimento dessas medidas que Arlen nomina de “vigilância corporativa”, no entanto, são mais gravosas do que a sanção pela prática do crime em si, a lógica de incentivos se desnatura.

Muito embora a vigilância corporativa tenha se iniciado voluntariamente no setor privado, nos Estados Unidos, por exemplo, a Comissão de Penas incorporou essa ideia às *Sentencing Guidelines*, ou Diretrizes Federais de condenação para organizações empresariais.⁴⁴¹ As Diretrizes incorporaram critérios para se estabelecer um “programa de conformidade eficaz”. Esse cenário era possível sob a regra tradicional do *respondeat superior*, por meio da qual as empresas poderiam ser estritamente responsabilizadas por crimes praticados por funcionários, ainda que a empresa tentasse prevenir e detectar as infrações, relatando sua ocorrência. A justificativa para a responsabilização vicária, na realidade, é quase uma analogia ao princípio do *respondeat superior* no direito civil: considerando que o ato do funcionário beneficiou a empresa, a justiça exige que, de alguma maneira, a corporação assuma a responsabilidade pelos danos advindos da conduta do funcionário.

A adoção das *Sentencing Guidelines* conformou a responsabilidade empresarial justamente à necessidade de dissuasão da criminalidade corporativa, dispondo que, caso a empresa adotasse as medidas de vigilância e supervisão corporativas mencionadas, seria beneficiada com redução do montante da multa aplicada. É verdade que existem alguns crimes que não podem ser imputados às corporações, pela sua natureza. No âmbito da responsabilização vicária, no entanto, o fardo é significativamente mais leve ao Ministério Público, que precisa provar que o ato do agente se deu nas circunstâncias da relação de trabalho e foi concebido para beneficiar a corporação.

Arlen critica a proposta das Guidelines na medida em que desencorajam as empresas de se comprometer com monitoramento, *self-report* e cooperação com as investigações e conclui que são impostos mais custos às empresas que se envolvem com as atividades de supervisão e vigilância, o que naturalmente ameaçaria prejudicar o objetivo central da

⁴⁴¹ HON, Eleanor Hill. *Coordinating Enforcement Under the Defense Department's Voluntary Disclosure Program*, in THE GOOD CITIZEN CORPORATION, 1995.

prevenção à criminalidade corporativa.⁴⁴²

Nessa sistemática, quando ocorressem violações, teoricamente o sistema de conformidade deveria detectá-los e a corporação deveria “voluntariamente” divulgar às informações colhidas à autoridade pública. A grande deficiência dessa estratégia das *guidelines* se resume à inexistência de parâmetros objetivos de avaliação da efetividade de programas de conformidade, pois, em última instância, muito embora as diretrizes organizacionais prevejam a redução da culpabilidade para organizações que mantêm programas de conformidade, depende de o Judiciário determinar “se os programas são eficazes” ou se ocorreram “autorrelatos dentro de um prazo razoável”.

E, no entanto, a complexidade de se avaliar a eficácia de um programa de conformidade representa um problema significativo para o Judiciário, sobretudo diante de uma cultura corporativa que, aparentemente, buscou incorporar a ideia de *compliance* apenas para que as empresas fossem incentivadas a adotar estruturas de conformidade internas. Se esse for o único objetivo a ser alcançado, a consequência é apenas a imposição de conformidade cara e complexa em corporações, sem qualquer benefício considerável à sociedade.

Nesse sentido, nos Estados Unidos o *Department of Justice* (DOJ) criou um sistema alternativo para sancionar empresas que, mesmo ao adotar estratégias de vigilância, tenham sido alvo da identificação de algum crime ou infração. Esse viés da supervisão exercida pela empresa tem moldado significativamente o setor privado. A política de fiscalização nos Estados Unidos tem buscado induzir cada vez mais a vigilância corporativa oferecendo acordos sem condenações criminais (DPAs e NPAs) e com multas reduzidas para as organizações empresariais que decidem, ainda que tardiamente, relatar e remediar os danos. Para além disso, a cooperação das empresas permite evitar, em alguma medida, reformas internas intrusivas na estrutura, bem como a inserção de um monitor externo de suas atividades.⁴⁴³

Se, inicialmente, responsabilizar empresas quando a infração não decorre da atividade de seus acionistas ou gestores, mas antes, de um funcionário, pode parecer ilegítimo, a necessidade de responsabilidade corporativa nesse contexto revela-se justamente porque a empresa- enquanto organização- pode se estruturar de maneira a impedir o

⁴⁴² Garrett pontua que várias empresas que enfrentam investigações por violações ao FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), violações ambientais ou legislação antitruste e, no entanto, permanecem vulneráveis à condenação a despeito da cooperação. Ver: GARRETT, Brandon L. Globalized Corporate Prosecutions, 97 VA. L. REV., 2011.

⁴⁴³ BUELL, Samuel W. Capital offenses: Business crime and punishment in America's corporate age, 109-75, 2016.

cometimento de infrações pelos seus funcionários. E precisamente porque pode intervir em suas próprias atividades de forma otimizada para investigar e detectar ações suspeitas é que se justifica uma estrutura de responsabilidade empresarial nesse contexto. São evidentes as dificuldades de agências e órgãos públicos conduzirem investigações dentro de grandes organizações empresariais.

As empresas, no entanto, são relutantes em se engajar proativamente na detecção e investigação proativa da má conduta, a menos que possam controlar o acesso ao fruto de tais investigações internas.⁴⁴⁴ Esse cenário permite as investigações com mais liberdade e pode viabilizar um ambiente em que as pessoas possam contribuir francamente com a coleta de informações. Isso suscita um primeiro obstáculo relacionado à necessidade de se viabilizar um espaço de segurança para a colaboração da corporação, sem a ameaça severa de sanções. Esse é um privilégio que se aplicaria às corporações- e não aos funcionários- sendo opção da gestão divulgar ou não, de imediato, as informações brutas colhidas pelo conselho corporativo.⁴⁴⁵

A necessidade de engajar as empresas nas estratégias de vigilância corporativa se revela cada vez mais pungente quando se observa que as empresas, na maioria das vezes, são mais capazes de identificar operações suspeitas e detectar crimes em sua cadeia produtiva do que o próprio governo, uma vez que já têm ciência e coletam muitas informações estratégicas em suas operações, que permitem entender quando o curso de uma ação é desviado. Como parte da atitude de conformidade, as corporações devem se tornar agentes da lei que investigam infrações e crimes que ocorrem dentro de sua própria organização.⁴⁴⁶

Ademais, a detecção das atividades ilegais no âmbito dos negócios, dentro das empresas e, principalmente, em grandes organizações multi e transnacionais costuma ser tardia. Quando existe uma reação judicial, as possibilidades de parar ou mitigar a atividade danosa são menos eficazes. Em parte, porque o dano já foi consumado e também porque as possibilidades de reparação são escassas em comparação à magnitude do dano e suas

⁴⁴⁴ ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement (October 30, 2019). University of Southern California Law Review (vol. 93, 2020, Forthcoming), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-43, NYU Law and Economics Research Paper No. 19-40, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2019-69.

⁴⁴⁵ Nos Estados Unidos, por exemplo, as empresas tendem a não divulgar esse material “bruto” colhido de imediato a partir das investigações, justamente porque a divulgação a uma das partes implica renúncia do privilégio entre advogado e cliente, expondo as informações ao setor privado e reguladores.

⁴⁴⁶ Gómez-Jara Díez, em uma analogia, sugere que a promoção do cumprimento da lei e a investigação pela violação da lei são as porcas e parafusos de um programa de conformidade eficaz e, portanto, são elementos que podem, verdadeiramente, refletir a cultura corporativa de uma organização empresarial. GÓMEZ-JARA, Carlos. Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship (October 21, 2010). New Criminal Law Review 2010.

consequências.⁴⁴⁷

Além disso, a responsabilidade corporativa pode dissuadir, aumentando o custo esperado da má conduta. Isto é, os funcionários enfrentam uma ameaça substancialmente maior de punição quando as empresas têm fortes incentivos para detectar, relatar, investigar e fornecer evidências sobre a má conduta envolvendo infratores individuais.

Isso também implica um custo da investigação conduzida pela própria empresa significativamente menor do que o governo, sobretudo quando se tratam de grandes corporações multi e transnacionais com operações complexas e descentralizadas. Dessa forma, para evitar a transgressão à própria lógica de responsabilização empresarial, Arlen, que se baseia no modelo vicariante, sugere que a atuação do governo deve garantir que haja benefícios à empresa que se envolve com a vigilância *ex ante* em face daquela que não o faz e precisa lidar com *self-report* e cooperação nas investigações.

Nessa lógica, para induzir as empresas a monitorar e prevenir a ocorrência de infrações, as autoridades precisariam organizar o sistema de sanções de maneira que o custo para investir em medidas de prevenção *ex ante* fosse menor do que quando deixam de fazê-lo. E, dessa forma, a estrutura de responsabilidade empresarial envolveria um esquema de deveres, fundamentando medidas que incentivassem uma vigilância efetiva *ex ante*.

Isto porque, se a vigilância impõe custos extras às empresas, o caminho para estimular a assunção desse “ônus” implica necessariamente uma mitigação das sanções aplicáveis caso, a despeito dessas medidas, o crime venha a ocorrer. Não se espera que as empresas massiva e voluntariamente adotem medidas onerosas *ex ante* se não houver a garantia de um benefício posterior. Por outro lado, implementar medidas de conformidade efetivas, *self-report* e colaboração também representa um desafio à empresa, porque aumenta a probabilidade de detecção de alguma infração e, ao mesmo tempo, fornece “de bandeja” elementos probatórios bastante consistentes ao governo para conduzir uma persecução criminal.

Sob a perspectiva dos programas de conformidade, na ausência de parâmetros efetivos para sua elaboração e mensuração, também resta desafiador determinar se um programa é efetivo ou cosmético, quando são, de fato, identificadas irregularidades.

⁴⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B. El delito corporativo en el Código Penal Español, ed. Civitas, 2016, pp. 109 e ss..

4. ABORDAGEM PARA UMA LEGISLAÇÃO DA CADEIA PRODUTIVA

4.1 A descolonização dos direitos humanos na narrativa das violações e o *regulatory rollback*

De acordo com Michael Sandel, “se você acredita em direitos humanos universais, provavelmente não é um utilitarista”, na ideia subjacente de que ao se prestigiar o bem-estar geral, há uma lacuna no reconhecimento da autonomia individual.⁴⁴⁸ A filosofia contemporânea e constitucionalista, no escopo daquilo que menciona Sandel, tem enxergado a necessidade de um equilíbrio dos direitos humanos com outros interesses paralelos e concorrentes.

Já desde John Locke e a deontologia utilitarista de Kant é possível encontrar raízes intelectuais dos direitos humanos enquanto reivindicação categórica. Em ambos os autos, é possível conceber um rol de direitos reconhecidos negativamente como limites ao poder do Estado. Sob a chave de leitura da existência de um dever do homem de autopreservação, Locke desenvolveu o conceito de propriedade enquanto Kant secularizou os direitos naturais, substituindo a ideia de um plano divino da teoria do direito natural pelo elemento da razão.

Especialmente pela grande contribuição teórica dos autores na construção da moderna teoria dos direitos humanos é que grande parte delas recorre a justificativas deontológicas ou fundadas no dever de moralidade de Kant. Assume centralidade ainda nos trabalhos de Kant a noção do imperativo categórico, enquanto noção vinculada ao conceito de autonomia, exigindo que os indivíduos nunca sejam usados como meio, apenas como fim.⁴⁴⁹

Na ética kantiana, portanto, qualquer valor instrumental é inaceitável, na convicção também de que a punição em si é uma obrigação moral absoluta. Nigel Walker em notável crítica ao modelo retributivista, porém, sugere que a linguagem dos direitos humanos permitiria àqueles “humanitários” fundamentarem a impossibilidade de determinadas punições tão severas ou degradantes que ninguém jamais pudesse ser alvo delas.⁴⁵⁰

Ao mesmo tempo, o comportamento corporativo responsável não é mais um fardo, pelo contrário, tornou-se uma grande oportunidade de negócio. Sem mecanismos de

⁴⁴⁸ SANDEL, Michael. *Justice: What's the Right Thing to Do?* Penguin: 2009, pp. 103 e ss.

⁴⁴⁹ A noção de autonomia também padece de críticas consideráveis no que se refere a servir como justificativa para negar autonomia e, portanto, direitos a crianças, pessoas com deficiência, entre outros, além de privilegiar a teoria colonial do progresso, em que se pressupunha que o nativo carecia de autonomia que apenas o homem branco detinha. PAREK, Bhikhu. *Finding a Proper Place for Human Rights* in Kate E. Tunstall (ed), *Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004*, Oxford University Press: 2006.

⁴⁵⁰ WALKER, Nigel. *Why Punish? Theories of Punishment Reassessed* (Oxford University Press 1991) 133

enforcement, a conformidade não pode funcionar de maneira eficaz. A abordagem do direito internacional para empresas e direitos humanos flui, essencialmente, por pelo menos quatro atores: o Estado de origem da corporação, o Estado que hospeda a cadeia produtiva e as filiais, a corporação em si e a população e *stakeholders* afetados pelas atividades da empresa.

A estrutura do relacionamento entre esses atores mudou significativamente nas últimas décadas, refletindo as transformações normativas, políticas e econômicas. Em um primeiro momento, a dinâmica desses relacionamentos se deu através de mecanismos de relação colonial que foram reconhecidos e aprovados pelo direito internacional.⁴⁵¹

Dentro de cerca de trinta anos após a Primeira Guerra Mundial, a transformação global que resultou na independência de quase todos os territórios coloniais alterou consideravelmente o relacionamento entre esses atores. Esse processo de descolonização aconteceu em paralelo à criação de um organismo que fosse capaz de atribuir deveres direitos aos Estados em face de pessoas.⁴⁵² Do ponto de vista normativo, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, codificando muitos princípios presentes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966.

A descolonização também provocou efeitos diretos sobre a relação entre as corporações e os Estados anfitriões, porém ainda há lacunas sobre qual seria o papel do direito internacional na relação entre corporações e pessoas dos Estados em que operam. Isto é, em que medida, por exemplo, existiriam obrigações sob a lei internacional regendo a relação entre pessoas e corporações, para além do contrato de trabalho?

O campo dos direitos humanos tem atravessado uma mudança de ordem eminentemente discursiva, na transição da concepção de “direitos humanos como tática” para “direitos humanos como soberania e ruptura”. Enquanto “tática”, os direitos humanos englobam a crença de serem inerentes e servirem de preâmbulo para novas possibilidades de emancipação. Nesse contexto, os direitos humanos são usados como tática por agentes, organizações e grupos independentes de indivíduos para reivindicar um conteúdo protetivo para certas demandas.

Os “direitos humanos como soberania”, por outro lado, refletem a existência de entidades como o Estados e outras organizações conservadoras que embutem na leitura dos

⁴⁵¹ RATNER, Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *The Yale Law Journal* Vol. 111, No. 3 (Dec., 2001), pp. 443-545.

⁴⁵² Para uma evolução histórica do papel da ONU na criação e implementação de tratados e mecanismos de proteção de direitos humanos. U.N. DEPT OF PUB. INFO., THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS, 1945-1995, at 3-91, U.N. Sales No. E.95.I.21,1995.

direitos humanos as narrativas de interesse próprio. Os eventos e consequências da descolonização como elemento da história global dos direitos humanos no século XX moldaram profundamente a condução da política internacional. Em retrospecto histórico, como sugere Eckel,⁴⁵³ o estudo da descolonização reflete um teste essencial para mensurar o potencial emancipatório dos direitos humanos enquanto narrativa que sustenta o porquê sancionar violações perpetradas por empresas.

A partir da década de 40, quando a linguagem dos direitos humanos ganhou espaço nas relações internacionais, novos regimes internacionais e sistemas de monitoramento de direitos humanos nas Nações Unidas e no Conselho Europeu foram estabelecidos após a Segunda Guerra Mundial. A historiografia sobre direitos humanos, por ora, tratou sobre aspectos limitados do potencial emancipador da narrativa dos direitos humanos. Conforme reiteram Klose⁴⁵⁴ e Burke⁴⁵⁵, ampliando o foco histórico, os direitos humanos serviram como uma estratégia esporádica de legitimar a luta contra o colonialismo, ainda mais em nível de coalizações supranacionais.

Em um primeiro momento, iniciativas altamente politizadas com a finalidade de contrariar a hegemonia dos países de Primeiro Mundo fizeram a diferença na retirada das colônias. Em nível internacional, o uso mais viável e consistente dos direitos humanos foi observado em fóruns internacionais, em que países africanos e asiáticos procuraram articular interesses na arena internacional.

Na tentativa de superação de uma lógica subalterna, a linguagem dos direitos humanos também representou uma estratégia de apropriação a fim de denunciar a discriminação racial e domínio colonial como violações de direitos humanos. A partir da definição de demandas centrais de autodeterminação e igualdade racial como direitos humanos, as nações pós-coloniais embasaram uma estratégia anticolonial significativa que permitiu, por exemplo, a expansão da competência da Comissão de Direitos Humanos da ONU.

A partir das décadas de 50 e 60, as questões de direitos humanos passaram a viabilizar uma estrutura para discutir publicamente normas, estrutura e princípios das relações internacionais, paralelamente a um movimento em que os Estados passaram a vincular sua

⁴⁵³ ECKEL, Jan. Utopie der Moral, *Kalkül der Macht: Menschenrechte in der globalen Politik seit 1945*,'' *Archiv für Sozialgeschichte* 49 (2009): 437–84, here 458–78.

⁴⁵⁴ KLOSE, Fabian. *Menschenrechte im Schatten kolonialer Gewalt. Die Dekolonisierungskriege in Kenia und Algerien 1945–1962*, München. 2009.

⁴⁵⁵ BURKE, Roland. *Decolonization and the Evolution of International Human Rights. Pennsylvania Studies in Human Rights*, 2013.

legitimidade para questões de direitos humanos. As acusações de direitos humanos, na perspectiva de Klose,⁴⁵⁶ a partir desse cenário se tornam uma ameaça considerável à posição internacional dos Estados em vista das campanhas públicas vigorosas lideradas por movimentos anticoloniais. Por outro lado, mesmo com o escopo relevante assumido pela categoria de direitos humanos, as acusações dos direitos não necessariamente garantiam que a atenção internacional seria direcionada para essas violações, ainda que em larga escala.

Isto porque as campanhas de direitos humanos também atravessam dinâmica complexas e altamente seletivas. Desde o surgimento da ONU, por exemplo, grande parte da atenção mundial tem se concentrado em questões coloniais, já que enquanto organização mundial, veio para estruturar um grupo de pressão em face de territórios coloniais. Um grande campo de pesquisa se abre assim, no comportamento e iniciativas de Estados pós-coloniais em face dos direitos humanos.⁴⁵⁷

Com a reviravolta política, muitas organizações e associações independentes passaram a empregar a linguagem dos direitos humanos como instrumento para denunciar políticas repressivas de outros Estados. E especialmente a partir da década de 70, a política de direitos humanos efetivamente se transformou em uma forma de intervencionismo moral global.

Mais recentemente, nas últimas décadas, essa linguagem também tem se inserido no âmbito dos atores privados e, principalmente, de grandes organizações empresariais. O uso dos direitos humanos como uma estratégia proeminente e altamente mobilizadora com propósito de ganhar dimensão política e estratégica para se chegar até o Judiciário e dar vazão às demandas das vítimas, no entanto, reproduz uma via bastante limitada. Do ponto de vista prático, o que se observa é uma reprodução de uma via da colonização. A formatação jurídica do que se concebe e “é levado a sério” como violação de direitos humanos é um grande fracasso que ganha a dimensão do comportamento empresarial social e ambientalmente danoso.

O legado de exploração econômica do território colonial dos direitos humanos também teve sua transposição para o campo corporativo. Em 2013, a Conferências das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento em seu Relatório de Investimento consignou que “a economia global contemporânea é caracterizada pela presença de cadeias de valor globais (CVG), em que bens e serviços intermediários são comercializados de forma

⁴⁵⁶ KLOSE, Fabian. *Menschenrechte im Schatten kolonialer Gewalt. Die Dekolonisierungskriege in Kenia und Algerien 1945–1962*, München. 2009.

⁴⁵⁷ ECKEL, Jan. Utopie der Moral, *Kalkül der Macht: Menschenrechte in der globalen Politik seit 1945*, '' *Archiv für Sozialgeschichte* 49 (2009): 437–84, here 458–78

fragmentada em processos produtivos fragmentados e internacionalmente dispersos”.

As cadeias de valor globais geralmente são coordenadas por grandes corporações transnacionais. O princípio da separação legal das entidades- que estabelece, a rigor, que ninguém é responsável pelos danos criados por terceiros- no entanto, confere grande autonomia à matriz e às respectivas filiais deslocalizadas por outras jurisdições e, nesse sentido, incorpora a necessidade do caráter transversal dos direitos humanos nas discussões sobre legalização. Isto porque esse princípio cria oportunidades para aumentar a eficiência de forma legítima, mas também externaliza custos para a sociedade.

Quando a subsidiária não tem patrimônio suficiente para compensar o dano, quando entra em falência ou ainda quando o Estado anfitrião não consegue detectar ou punir adequadamente a má-conduta empresarial, os detentores de direitos direcionam seu caso à empresa-mãe. Nesse contexto, a autonomia e separação legal das entidades embasada em conceitos de direito societário de personalidade corporativa e responsabilidade limitada representam uma barreira de acesso a soluções, pois frequentemente, as vítimas não conseguem reparação.

Um olhar atento sobre a história do desenvolvimento do conceito de responsabilidade corporativa, porém, insta recordar que terceirizar a produção não implica terceirizar a responsabilidade.⁴⁵⁸ A terceirização da produção de bens e prestação de serviços em ambientes com alto risco de violação de direitos humanos não isenta a corporação da responsabilidade pelas suas ações/omissões culpáveis. Por outro lado, uma proposta de responsabilização empresarial sem limitações cuidadosas não é viável de certamente não ganharia tração com o legislador.⁴⁵⁹

Nessas circunstâncias, De Schutter sugere duas abordagens significantes, sendo uma delas concentrando-se no dever do Estado de proteger os direitos humanos, regulando assim as empresas-mãe e a outra opção se refere ao incremento da assistência jurídica mútua entre anfitriões e Estados de origem.⁴⁶⁰ Mesmo com a proposta de um Tribunal Mundial dos Direitos Humanos, com a vantagem de criar um direito internacional unitário para a responsabilidade corporativa, tudo indica que a responsabilidade das empresas, no entanto, seria limitada à responsabilidade dos Estados.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Institute for Human Rights and Business, *State of Play – The Corporate Responsibility to Respect Human Rights in Business Relationships* (IHRB, 2012), 3 (examining six types of business relationships).

⁴⁵⁹ SKINNER, G. *Parent Company Accountability – Ensuring Justice for Human Rights Violations* (International Corporate Accountability Roundtable, 2015), 3.

⁴⁶⁰ SCHUTTER, Olivier de. *Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights*, CRIDHO Working Paper, 2015.

⁴⁶¹ KOZMA, J.; NOWAK, M; SCHEININ, M. *A World Court of Human Rights – Consolidated Statute and*

A força normativa dos direitos humanos teria precedência sobre considerações de ordem legalista, por exemplo, a separação legal das entidades que viabiliza a responsabilização da empresa-mãe apenas quando ela, de fato, está envolvida em uma conduta prejudicial? Em alguma medida, a força obrigatória e exigível dos direitos humanos faria com que as empresas assumissem essa responsabilidade mais seriamente, em vez de se proteger por meio do escudo da autonomia e separação legal entre empresa-mãe e subsidiárias.

As disfunções específicas de países menos desenvolvidos conduzem vários obstáculos e levantam questões sobre quem assume os riscos dentro da cadeia produtiva. Existe uma problemática considerável em sujeitar as corporações à obrigação de diligência de supervisionar cadeias de valor globais, livrando-as das massivas violações de direitos humanos. Muito embora haja limitações evidentes do uso de *soft law*, a legalização da obrigação de *due diligence* de direitos humanos pode naturalmente gerar atritos com a soberania dos Estados e com o imperativo de realização dos direitos humanos em um mundo economicamente integrado.

Ao mesmo tempo, legalizar a obrigação de *due diligence*, em nível internacional, não pode deixar de considerar um contexto em que Estados soberanos valorizam a sua própria integração em cadeias de valor globais. Esse atrito em potencial com Estados soberanos sugere que a verdadeira legalização deve ocorrer em nível doméstico e ser reforçada por configurações limitadas ou suavizadas em nível internacional. O movimento coercitivo em sentido oposto- reforçando a legalização em nível internacional-poderia provocar uma realocação das cadeias de valor a fim de escapar da carga de conformidade e risco de responsabilização.

Embora existam países que buscam a atração de corporações por meio de um modelo rápido de desenvolvimento econômico, livre da sensibilidade dos direitos humanos, o desafio que se impõe é promover um raciocínio construtivo sobre estratégias de legalização suficientes para estimular a conformidade, sem provocar a deslocação das cadeias de valor. Nesse sentido, Mares sugere uma abordagem multicanal em que a legalização da obrigação de devida diligência é analisada em conjunto com outras ferramentas de política transnacional.

Nas lacunas de governança corporativas, as empresas precisam ser sistematicamente alavancadas para promover a proteção dos titulares de direitos afetados pelas atividades da

corporação. Os Princípios Orientadores, nesse contexto, propõem um modelo de governança policêntrica, buscando impulsionar mudanças por meio da governança pública e privada. A ideia central é estabelecer um modelo em direção à legalização que, no entanto, seja sensível a contextos que exigem respostas imperativas e circunstâncias em que uma abordagem de “corda forte com fios fracos” seja igualmente eficaz.⁴⁶²

Diante de um cenário complexo de interesses, no entanto, a questão vai para além da ausência de vontade política em responsabilizar multinacionais, a abordagem multicanal permite desenvolver projeções calibradas usando, ao mesmo tempo, formas mais duras e suaves de legalização, pois um objetivo fundamental também envolve evitar o desvio das cadeias de valor. Por meio dessa estratégia, parece ser plausível construir um modelo de responsabilização empresarial que se aplica onde há causalidade, vínculos diretos ou contribuição para a violação de direitos humanos, independentemente do nível ou elo da cadeia sobre o qual se dá esse impacto.

Esse raciocínio permite conceber, por exemplo, que em zonas e mercados nos quais existe um grave risco de violação de direitos humanos, a culpabilidade da empresa possa ser definida por uma responsabilidade estrita ou absoluta, obrigando a empresa-mãe a desenvolver iniciativas para cessar ações/omissões prejudiciais e medidas corretivas para prevenir a ocorrência e remediar impactos negativos.

A abordagem multicanal permite assim, combinar desde políticas menos até mais coercitivas, a depender da estratégia empresarial de redirecionamento de sua cadeia de valor global. Isto porque existem regimes de responsabilidade empresarial que levantam desafios regulatórios bastante distintos. Somada a outras estratégias de política transnacional, multiplica-se o efeito regulatório sobre o espectro de atuação das corporações. Os acordos comerciais internacionais, por exemplo, podem conter cláusulas que criam mecanismos de cooperação, monitoramento e reparação, salvaguardando a soberania regulatória dos Estados, mas buscando sempre envolvê-los como *players* essenciais no compromisso de efetividade dos direitos humanos.

As práticas de responsabilidade social corporativa podem ser disseminadas não só como uma forma de tomada de decisão dentro da política estratégica da corporação, mas também devem ser incentivadas e reconhecidas por cada Estados como elemento essencial de suas políticas institucionais. A legalização de estratégias de devida diligência em direitos

⁴⁶² Nem sempre as estratégias de *hard law* surtem o efeito previsível de dissuadir a massiva violação de direitos humanos nas cadeias de produção. Uma forte ação imperativa, por vezes, é capaz de fomentar uma maior deslocalização das cadeias produtivas de valor globais, trazendo também consequências prejudiciais do ponto de vista social e econômico da sociedade em que estão inseridas.

humanos, portanto, não se trata de um movimento coercitivo *top-down* em que se busca a todo custo a responsabilização da empresa-mãe, antes disso é um projeto que deve mobilizar diversas estratégias e abordagens para livrar as cadeias de produção das violações de direitos humanos, sobretudo com inteligência regulatória elaborada cuidadosamente.

A intensiva violação de direitos humanos nas cadeias de valor não se resolveria assim, ultrapassando o voluntarismo das empresas e as estratégias de *soft law*, mas sim por meio da combinação de diferentes abordagens capazes de se adaptar à flexibilidade das cadeias de produção globais, em estreita coordenação com outros instrumentos de política transnacional. O fortalecimento da estrutura regulatória das cadeias de valor permitiria assim que os instrumentos de política transnacional possam se alinhar e agir com maior coerência em direção à efetividade dos direitos humanos, evitando a reprodução da lógica colonial.

4.2 A relação dos programas de *compliance* com o direito penal: o custo da conformidade

Já desde a década de 90, a trajetória do movimento de construção de uma “cidadania corporativa”, alçou os programas de *compliance* ao status de estruturas derivadas de um modelo de parceria público-privada para combater os ilícitos corporativos.⁴⁶³ Laufer sustenta, no entanto, que esse modelo de parceria, em realidade, se traduziu na tentativa de o Estado superar a dificuldade de lidar com a criminalidade corporativa, transferindo ao setor privado a maior parte dos custos e encargos, praticamente como uma espécie de penalidade de conformidade preventiva. Da forma que foi concebida, essa “parceria” estaria, de fato, fadada ao fracasso incipiente: dependeria de um investimento bastante significativo do próprio Estado na supervisão e monitoramento dos gastos do setor privado na gestão de uma ampla variedade de riscos de governança, regulatórios, de conformidade.

Nesse cenário, os custos com a diligência compensariam as perdas do desvio organizacional não detectado pelo Estado. Os programas de conformidade representam mecanismos internos implementados pelas empresas para tentar detectar e prevenir a ocorrência de infrações no âmbito de sua atuação. No Brasil, por exemplo, o art.7º da Lei nº 12.846/2013 concebe que 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” serão considerados na aplicação das sanções. Em princípio, o *downgrade* da condenação nessa circunstância serviria para

⁴⁶³ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. 20 J. Bus. L. 392, 2017.

estimular a vigilância corporativa, aliviando a carga regulatória do exercício da dissuasão pelo Estado.

Do ponto de vista prático, no entanto, a realidade demonstra que essa estratégia não tem provocado dissuasão e, ao mesmo tempo, o benefício na condenação não ocorre com a proporcional redução da criminalidade corporativa. Na verdade, os instrumentos normativos parecem criar incentivos distorcidos para as organizações empresariais.⁴⁶⁴ Essa constatação reforma o argumento sobre a necessidade de *standards* mínimos e obrigações claras acerca da real eficácia de um programa de conformidade.

Philip Urofsky,⁴⁶⁵ escrevendo no Boletim dos Procuradores dos Estados Unidos propõe um teste bastante razoável para avaliar, minimamente, a eficácia de um programa de conformidade, investigando se o programa é de prateleira ou adaptado para prevenir infrações, se a corporação dedicou recursos suficientes, como auditoria e investigação, bem como realizou treinamentos periódicos, se a empresa fornece relatórios a partir dos dados colhidos ao alto nível da gestão e se o programa impõe disciplina a dirigentes e funcionários. Não parece ser um método eficiente, oferecer a avaliação de efetividade de um programa de conformidade à subjetividade do raciocínio do Ministério Público ou mesmo do Judiciário. Essa é uma tarefa que exige muitos recursos e assertividade, sob pena de fomentar a indústria da “conformidade de fachada”.

Na perspectiva das *Sentencing Guidelines*, as diretrizes para avaliação de um programa de conformidade devem envolver alguns elementos:

- (1) Existência de padrões e procedimentos para prevenir e detectar condutas criminosas e infrações;
- (2) A gestão da organização deve ser capaz de exercer conhecimento sobre o conteúdo e operação do programa de conformidade;
- (3) A organização deve envidar esforços para se comunicar periodicamente sobre seus padrões e procedimentos, conduzindo programas de treinamento periódicos;
- (4) Identificada e apurada a conduta criminosa, a organização deverá tomar medidas razoáveis para prevenir circunstâncias semelhantes;

Embora o cenário ideal seja a adoção prévia de programas de conformidade, por vezes, a sua elaboração pode ser parte da própria condenação com vistas a evitar o

⁴⁶⁴ Antes do escândalo público, a Enron Corporation tinha um programa de conformidade que era considerado o real estado da arte. JUNIOR, John Gibeaut. G-Men: Corporate Lawyers Worry That They're Doing the Government's Bidding While Doing Internal Investigations, 89-JUN A.B.A. J. 46, 50, 2003.

⁴⁶⁵ UROFSKY, Philip. *Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs*, U.S. ATT'YS' BULL., Mar. 2002, at 19, 25.

descumprimento persistente da lei.⁴⁶⁶ Um programa de conformidade verdadeiramente eficaz, em alguma medida, é capaz de promover uma cultura organizacional que incentiva a integridade e o compromisso com a lei. Por outro lado, Coffee Jr esclarece que, na realidade, pouco se sabe sobre programas de conformidade bem sucedidos. Há pesquisas empíricas que confirmam que as empresas têm conhecimento de um significativo volume de más condutas internas que não são autorrelatadas e, portanto, não são integradas ao sistema formal de conformidade.⁴⁶⁷

Embora haja dados que revelam a ausência de correlação direta entre a existência de programas de conformidade e o comportamento dos funcionários como um todo,⁴⁶⁸ existe um incentivo legal bastante significativo para sua adoção, mesmo sem embasar sua finalidade em qualquer dado ou evidência empírica.

Ao mesmo tempo, toda a retórica de implementação dos programas de conformidade, desvinculada de um propósito justificável e materialmente embasado, também suscitou a possibilidade de que as informações colhidas pelos programas de *compliance* acabassem sendo usadas contra a própria organização empresarial, uma vez que existe o dever de *self-report* às autoridades públicas. Isto porque, na ausência de parâmetros de “eficácia” do programa de *compliance*, em tese, quanto mais eficaz o programa fosse, maior seria a probabilidade de violações e infrações virem à tona, expondo a empresa, em última instância, à perseguição penal.⁴⁶⁹

Este modelo de proposição, portanto, naturalmente cria um desincentivo perante uma estrutura que favorece a suposta autoincriminação da empresa. Há um estímulo a desenvolver um modelo paradoxal que cria desincentivo para implementa conformidade legal. Isto porque, com o aumento do risco de incorrer em responsabilização leva a empresa a optar um programa de conformidade com menor comprometimento e vigor.

Existe um papel das entidades reguladoras em suprir as brechas e preencher lacunas

⁴⁶⁶ Vide *United States v. Tyson Foods, Inc.*, 191 F. Supp. 2d 142 (D.D.C. 2002) que demonstra que os programas de conformidade impostos pelos tribunais estadunidenses não costumam ser eficazes para garantir que seus objetivos sejam, de fato, perseguidos pelos gestores e funcionários.

⁴⁶⁷ SOLTES, Eugene. The Frequency of Corporate Misconduct: Public Enforcement versus Private Reality, December 5, 2018.

⁴⁶⁸ Descrevendo o peso das evidências empíricas de que os programas de conformidade raramente conseguem alterar o comportamento dos funcionários. Ver KRAWIEC, Kimberly D. *The Future Disclosure System: Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 WASH. U. L.Q. 487, 495-96, 2003.

⁴⁶⁹ O relatório do grupo consultivo das *Sentencing Guidelines* descreve esse fenômeno como “dilema de litígio”, em que as informações colhidas a partir de programas de conformidade são usadas por outros litigantes potenciais contra a corporação. Esse dilema afeta inclusive o estímulo corporativo para auto-relatar violações. Ver Report of the Ad Hoc Advisory Group on the Organizational Sentencing Guidelines, United States Sentencing Commission, 6 (October 7, 2003), http://www.ussc.gov/corp/advgrprpt/AG_FINAL.pdf

legais para evitar que a desorientação das empresas na ausência de qualquer precedente estabelecido pelos tribunais sobre como avaliar a eficácia dos programas de conformidade. Embora um primeiro obstáculo pareça ser a assunção de responsabilidade pelas organizações empresariais, os programas de conformidade são complexos por natureza e devem também responder a demandas exclusivas do segmento em que se inserem. Assim, é irrazoável que a lei seja capaz de antecipar necessidades específicas e individuais de cada corporação, o que sugere que, para se adequar a uma realidade tão multifacetada, a lei deve prescrever o mínimo possível.

Diante de um cenário em que as empresas possuem incentivos substanciais para implementar programas de conformidade abaixo do ideal e ainda consumindo significativamente recursos, seria necessário repensar as estratégias de dissuasão do crime e uso eficiente de recursos. Ao mesmo tempo, a questão que se levanta é se, apesar da existência de um programa de conformidade, quando um ato criminoso se verifica no âmbito da corporação, haveria uma presunção de falha.

Embora o grande atrativo das *Sentencing Guidelines*, por exemplo, seja oferecer mais tolerância no tratamento a "cidadãos corporativos responsáveis", as empresas também precisam ter a oportunidade de apontar programas de conformidade claros e concisos como defesa contra a responsabilidade vicária. Uma defesa bem-sucedida, nesse contexto, envolveria a demonstração se o programa de conformidade foi de longa duração; se foi claramente especificado aos colaboradores e devidamente internalizado na cultura corporativa; se abordava os pontos críticos organizacionais implementados pela alta administração e se houve treinamento e qualificação, com periódicas revisões e atualizações.⁴⁷⁰

Logo, se a corporação demonstra, por uma preponderância de evidências, que houve devida diligência na organização dos elementos necessários ao programa de conformidade, deveria ter direito à absolvição nas esferas civil e penal. Por outro lado, se cada vez que a organização tivesse um programa de conformidade fosse capaz de evitar uma acusação, as falhas e deficiências do programa de conformidade jamais seriam expostas, uma vez que sequer chegariam aos tribunais. O fato de um programa de conformidade servir como defesa à responsabilização criminal traz um peso adicional no processo de avaliação.

Deve ser extraído dos programas de conformidade alguma outra vantagem que não seja a ameaça da sanção e, para isso, a inserção da integridade é elemento essencial. Em

⁴⁷⁰ SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law, and social control*. Cambridge University Press, 2009, pp.100-127.

muitos casos, no entanto, existe uma classe de empresas com programas de conformidade abaixo do ideal em que, quando seus programas falham em deter o crime, as empresas não são indiciadas. Embora seja importante saber quais empresas deixam de ser indicadas em razão da existência de programas de *compliance*, ainda não existem dados suficientes para testar essas conclusões.

Uma parte fundamental da conformidade corporativa, por sua vez, reside na existência de sistemas de controle social informal. Braithwaite e Fisse concentram seus estudos, por exemplo, sobre como a publicidade adversa e o estigma operam para controlar a conduta ilegal das empresas.⁴⁷¹ O controle social informal também pode operar em nível organizacional e, na pirâmide de Braithwaite, representa uma das primeiras linhas de defesa. Porque a lei é a forma mais impositiva e intrusiva de controle social da empresa, estando assim, na ponta da pirâmide. Na tentativa de responder ao questionamento comum sobre quando punir e quando persuadir, na lógica da pirâmide regulatória, as empresas que se desviam da pirâmide devem ser, primeiramente, persuadidas a se conformar. Apenas no caso de empresas “criminosas habituais”, reincidentes, não cooperativas e indiferentes à persuasão é que se qualificaria a aplicação de sanções criminais.

No dilema da desvantagem de punir todas as empresas, deixar de punir algumas empresas infratoras também impõe seus custos. Como os relacionamentos estão em constante mudança e a regulação é um processo dinâmico entre regulador e regulado, há quem sugira a estratégia *tit-for-tat* (TFT) ou “olho por olho” para maximizar a eficiência regulatória e conformidade. Nessa proposta, a ideia é cooperar até que seu parceiro desista. Axelrod demonstrou que essa tática é extremamente eficaz para maximizar a cooperação entre jogadores com encontros contínuos.⁴⁷²

O comportamento corporativo é amplamente moldado pela atuação de autoridade reguladoras. Dessa forma, qualquer discussão sobre a criminalidade corporativa necessariamente implica considerar a interação entre direito penal e regime regulatório. A própria ausência de uma definição clara sobre em que consiste ter um programa de conformidade eficaz torna claro que as empresas com altas despesas de conformidade, buscam, na realidade, minimizar seus riscos de responsabilidade, assumindo o compromisso de divulgar seus programas de *compliance*, sem um maior comprometimento com a tomada de decisões éticas e promoção da integridade.

⁴⁷¹ FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. *The Impact of Publicity*, pp . 246-247. John Braithwaite, *Crime, Shame, and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp . 144-145.

⁴⁷² AXELROD, John N. *The Evolution of Cooperation*. New York: Basic Books, 1984.

Na ausência de critérios baseados em evidências, resta praticamente inviável aos reguladores fazer grandes distinções significativas entre empresas nas quais a conformidade está presente ou ausente. E, ao mesmo tempo, estimula-se o desenvolvimento ativo de um mercado de serviços comoditizados na oferta de programas e soluções de *compliance* como produtos em estoque.

Fomentou-se um ciclo vicioso em que as empresas justificam as despesas com programas de integridade de forma defensiva, criando uma “máquina” de conformidade que dá poucas pistas sobre o quanto efetivamente se aprende sobre como essas despesas afetam o comportamento dos agentes. Nesse sistema, o objetivo final no curso da persecução penal corporativa brasileira, e às custas de uma interpretação literal do que dispõe o VIII, do art. 7º da Lei nº 12.846/2013, torna-se comprar uma espécie de “garantia” de que, se no curso do processo forem identificadas irregularidades, a empresa será de alguma forma poupada porque a mera existência de um programa de conformidade será levada em consideração na aplicação das sanções.⁴⁷³

Da perspectiva do agente público, há pouca iniciativa para implantar estratégias de avaliação e estimular o compartilhamento de dados de conformidade pelos parceiros privados, o que levanta questões complexas, designadamente da perspectiva de um limite sobre a expectativa de o Estado de subscrever a entidades privadas a obrigação de assumir custos significativos para cumprir requisitos complexos de conformidade.

A delegação das responsabilidades de conformidade aos agentes privados provoca uma considerável ambivalência sobre o que se entende como controle em termos de direito penal da empresa. Laufer, em uma comparação com a criminalidade de rua (*blue-collar crimes*), acertadamente verifica uma deferência regulatória ao poder corporativo em que conceber as infrações das empresas como ofensas ou violações diretas ao próprio Estado ainda compreendem um grande desafio.⁴⁷⁴ Ao mesmo tempo, essa ambivalência torna ainda menos plausível o tipo de indignação moral do Estado que se exige como precedência à criminalização de qualquer ato corporativo.

Nesse raciocínio, sendo o Estado o protagonista do controle social e justo exercício do poder de punir, a alocação das despesas com justiça criminal também dá indícios de quais

⁴⁷³ Na redação do mencionado artigo:

Art. 7º 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;

⁴⁷⁴ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone...*op cit.*

infrações penais são consideradas, de fato, prioridade. Não há coerência moral equivalente quando se analisa, no entanto, a culpabilidade corporativa, em particular, uma cadeia de ação que conecta uma infração corporativa a uma vítima real. A necessidade de revelar as camadas subjacentes de vitimização possivelmente ampliaria nossa compreensão sob o próprio espectro dos danos corporativos, redefinindo nossa percepção sobre a culpabilidade e a essência do controle empresarial.

Ao mesmo tempo, seria uma oportunidade de superar a ultrapassada concepção de que os crimes de colarinho branco são, de alguma maneira, menos graves do que os demais. No entendimento de William S. Laufer, o Estado não possui o monopólio da prestação de serviços criminais. Também existe um valor atrelado a agências e programas de justiça criminal privada e a interpretação dos programas de *compliance* deveria ser capaz de identificar o impacto negativo do comportamento corporativo, superando a obsessão pela atribuição de responsabilidade individual (*individual accountability*). O controle social formal do negócio deve encontrar métricas sólidas para a atribuição de responsabilidade penal diante do comportamento corporativo socialmente danoso na mesma medida em que se vale do controle social informal para reestruturar normativamente o comportamento em favor da empresa.

Existem possibilidade convergentes de estratégias de conformidade, naturalmente associadas a custos e externalidades, porém a realidade demonstra que ainda pouco se sabe sobre as estratégias de controle da criminalidade corporativa,⁴⁷⁵ exigindo-se pesquisas mais robustas e consistentes a fim de determinar como prevenir o crime corporativo.

É possível constatar que grande parte das grandes corporações que monopolizam seus respectivos segmentos ou possuem um considerável *market share*, possuem um código de conduta ou boas práticas e um programa de integridade, prevenção de riscos ou *compliance*, buscando traduzir e dar materialidade à imagem de uma organização empresarial responsável e cumpridora das leis. Nas últimas décadas, o protagonismo da má gestão empresarial, associada a graves crises econômico-financeiras justifica a relevância assumida pelos programas de integridade em todo o mundo, sobretudo após os sucessivos escândalos corporativos da Parmalat, Enron, WorldCom e Siemens.⁴⁷⁶

Sob a perspectiva histórico-política, sua origem se associa à transformação de um modelo de Estado da primeira metade do século XX, a princípio interventivo, com a

⁴⁷⁵ SCHELL-BUSEY, Natalie; SIMPSON, Sally S., RORIE, Melissa; ALPER, Mariel. *What Works? A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence*, 15 *CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y*. 387, 410, 2016.

⁴⁷⁶ LAUFER, William S. A very special regulatory milestone, *op. cit.*

finalidade de prevenir desequilíbrios econômicos e sociais a um esforço de autonomização do direito penal econômico para um outro modelo de Estado, a partir da segunda metade do século XX, que delega suas atividades a entidades supervisoras.

Sob o enfoque de Adán Nieto, destaca-se a existência de, ao menos, dois modelos de conformidade distintos, sendo o primeiro estruturado como sistema de autocontrole e vigilância interna e o segundo orientado à integração de princípios éticos e valores na cultura empresarial.⁴⁷⁷ Independentemente do modelo apropriado, no entanto, a adoção de um programa de integridade por uma organização empresarial revela a assunção do comprometimento de autorregulação dentro do segmento de atividade econômica, reintegrando a ética e atuação em conformidade com as normas jurídicas em sentido amplo. A assunção do compromisso de eficácia e efetividade, no entanto, para além do fim almejado, dependem de circunstâncias diversas, como o tamanho da empresa, seu segmento de atuação e sua dimensão e localização.

Na medida em que os programas privilegiam os mecanismos de autorregulação interna, naturalmente levantam questões no plano do direito penal. Em uma análise crítica da origem de diversas confusões dogmáticas no Brasil, é possível identificar a ausência de uma definição clara sobre o que se entende por autorregulação preventiva, inclusive porque desde a sua concepção, os programas de integridade nunca foram concebidos como instrumentos penais. Em realidade, se verifica um verdadeiro desencaixe entre as empresas e o Estado, em vez de conceberem programas de integridade para desenvolver uma estrutura de mercado ética, se valem da lógica mercadológica da conformidade também para fins penais. A ressignificação desse fenômeno parte, necessariamente, do questionamento sobre a essência e natureza do controle, revisitando a ideia de *enforced self-regulation* e do próprio desvio de finalidade introduzido pela lógica do *carrot and stick approach*.

4.2.1 A ausência de métricas baseadas em evidências: *evidence-based compliance* v. *statement-based compliance*

Nas últimas décadas, a abordagem com foco na conformidade assumiu protagonismo das principais discussões da regulamentação moderna desde os crimes ambientais até o meio ambiente e os direitos civis. Em muitas áreas houve uma busca não apenas por punir

⁴⁷⁷ NIETO MARTIN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: Compliance y teoría del derecho penal. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (editores). Madrid: Marcial Pons, 2013.

empresas e compensar as vítimas, mas também incentivar as organizações a assumirem seu papel na autorregulação.

A concepção da nova governança corporativa, em que as empresas assumem um papel ativo em cumprir metas, diante dos limites orçamentários de qualquer Estado, no entanto, não vem atrelada a análises mais profundas sobre em que medida, a assunção desse papel, de fato, reduz as violações subjacentes.

A regulação pode, potencialmente, ter um impacto na sociedade maior do que qualquer processo de formulação de política criminal. O tamanho e o escopo desse impacto, no entanto, exigem uma avaliação cuidadosa da alocação de recursos e avaliação de suas consequências. Em grande medida, a implementação dos programas de conformidade não atinge o objetivo de melhorar a conformidade porque os gerentes corporativos utilizam essa ferramenta para gerenciar a percepção externa e implementação simbólica ou ainda, esperando que reguladores e *stakeholders* tomem como conformidade verdadeiramente eficaz para evitar fazer alterações substanciais nas práticas empresariais.⁴⁷⁸

Governança, risco e *compliance* (GRC) são elementos críticos dentro das organizações empresariais. Em muitas corporações, os gestores, porém passam ao largo de como gerir e manejar essas três funções de maneira efetiva. Existe um enorme grau de interdependência entre os três elementos de maneira que, quando o risco associado à conduta é ignorado, como ocorre em grande parte das empresas, a própria organização fica mais suscetível a lapsos de conformidade e riscos sistêmicos capazes de afetar sua governança.

O que pode a corporação fazer para se prevenir em face de graves violações de direitos humanos em suas cadeias produtivas é uma questão crítica sempre que se verifica algum tipo de escândalo corporativo decorrente de falhas de governança ou de um ato isolado de um funcionário, de maneira que recai grande como as empresas podem prevenir atos repreensíveis de seus funcionários?

Governança e conformidade são funções que se sobrepõem: a não conformidade em nível individual ou organizacional cria risco e, por sua vez, a conformidade e risco podem ser gerenciados por processos de governança organizacional. Dessa forma, uma organização que busca implementar processos para diminuir falhas de conformidade consequentemente diminui seus riscos sistêmicos, o que acaba levando a uma maior eficácia da governança de toda a organização.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ LAUFER, William S. Social accountability and corporate greenwashing. *Journal of Business Ethics*, 43, 253-261, 2003.

⁴⁷⁹ BUTLER, Tom *et al.*, *A Systematic Approach for Managing and Supervising Conduct Culture and Risk 2-3* (Governance, Risk, & Compliance Tech. Ctr., 2017),

O que as organizações empresariais diligentes buscam fazer daqui para frente é como gerenciar GRC de maneira eficaz e proativa para evitar futuras falhas. E, no entanto, no que concerne a esta pergunta sempre faltaram respostas e por muitas décadas buscou-se uma solução sobre “o que funciona e o que dói”, sem muita resolução.⁴⁸⁰ O crescente protagonismo da GRC não foi, portanto, acompanhado de um aumento correspondente em sua eficácia. Apesar do número cada vez maior de instrumentos e ferramentas métricas corporativas sofisticadas, ainda não sabemos ao certo como usá-las para melhorar a governança dentro das organizações.

A partir do círculo mais externo, a governança pode ser definida como o conjunto “processos pelos quais decisões relativas à gestão de riscos e conformidade é feita dentro de uma organização.”⁴⁸¹ A governança essencialmente remonta a uma “estrutura de controle dentro de uma organização” e esse controle é exercido através de processos que orientam a ação individual. Como a empresa age apenas por meio de seus agentes, processos de governança objetivam que os agentes ajam de acordo com interesses da organização, destacando assim o risco e a conformidade componentes.

Ao descer um nível, o gerenciamento de riscos é o “processo pelo qual o risco é identificado, analisado, incluído no planejamento estratégico e reduzido por meio de táticas de mitigação de risco ou aceito como inerente às atividades que a organização deseja realizar”.⁴⁸² Esse horizonte evidencia a necessidade de as organizações empresariais serem minimamente capazes de identificar, dentro da sua cadeia produtiva, os principais pontos e falhas de vulnerabilidade.

Não se trata aqui de prevenir o “incerto” ou “imprevisível”, mas antes compreender que, na prática, certos direitos humanos podem estar expostos a um risco maior que outros em determinados setores ou contextos, razão pela qual a empresa deverá prestar uma atenção especial. No entanto, as circunstâncias podem mudar, de maneira que todos os direitos humanos devem ser objeto de revisão periódica. Ao mesmo tempo, o gerenciamento de riscos implica conscientização de que existem riscos mais graves de violações, por exemplo, em regiões afetadas por conflitos e ambientes regulatórios fracos.

Embora o gerenciamento de riscos tenha se tornado particularmente complexo,

⁴⁸⁰ Para um aprofundamento na eficácia de programas de conformidade com estratégia de prevenção baseada em evidências nas empresas listadas na Fortune, vide TREVIÑO, Linda Klebe *et al.*, *Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts*, 41 CAL. MGMT. REV. 131, 1999.

⁴⁸¹ Para uma descrição mais detalhada das funções de governança, gestão de risco e *compliance*, vide MILLER, Geoffrey P. *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* 1, 2014.

⁴⁸² MILLER, Geoffrey P, *Ibidem*.

especialmente quando as empresas tentam modelar o risco sistêmico que enfrentam, é suficiente para nosso propósito pensar no gerenciamento de riscos como a função corporativa que tenta planejar um horizonte de possibilidades que se vislumbra quando as organizações tomam decisões.

A função da conformidade contemporânea tem responsabilidade para além da garantir de cumprimento de normas, assumindo papel na regulamentação e fiscalização das indústrias. Diferenças de conformidade entre os setores, por outro lado, são derivadas inclusive da diferença de maturidade entre cada segmento, por essa razão, indústrias do ramo farmacêutico, financeiros e aviação, por exemplo, se encontram significativamente avançadas dentro da curva de conformidade.⁴⁸³

Uma vez que as empresas têm seus riscos de negócio específicos, características, histórias e culturas, qualquer tentativa de especificar os elementos de um programa de integridade em nível granular provavelmente surtirá efeitos insatisfatórios. Inclusive porque nenhum regulador é capaz de definir com maior precisão do que o próprio gestor o funcionamento minucioso de uma grande organização empresarial.

A governança corporativa, no entanto, não é um elemento apenas endógeno, pois as corporações também se inserem dentro de uma outra estrutura de governança imposta pela lei e pelo Estado. Ao mesmo tempo, existe bastante controvérsia sobre quais interesses devem ser efetivamente considerados pelo Estado ao intervir por meio da conformidade. Nos Estados Unidos, por exemplo, a visão tradicional revela que os arranjos de governança são, na maioria das vezes, produto da barganha de interesses entre acionistas e administradores.

Conforme expressa Bhagat, o “foco principal da lei corporativa dos Estados Unidos e da governança corporativa no sistema de finanças é o que se chama de problema de agência: uma preocupação organizacional que surge quando os proprietários- em uma empresa- não são os gerentes que estão no controle”.⁴⁸⁴

A demonstração da eficácia de um programa de conformidade, no entanto, ainda é uma dificuldade a ser enfrentada. Conforme aponta Baxter, ainda não temos uma ferramenta que confira uma medida precisa e confiável acerca da eficácia do programa.⁴⁸⁵ O padrão tradicional de intervenção governamental no âmbito privado corporativo frequentemente

⁴⁸³ PRICEWATERHOUSECOOPERS, STATE OF COMPLIANCE 2014 SURVEY: WHAT IT MEANS 2016] CORPORATE GOVERNANCE IN AN ERA OF COMPLIANCE 2091 TO BE A “CHIEF” COMPLIANCE OFFICER: TODAY’S CHALLENGES, TOMORROW’S OPPORTUNITIES.

⁴⁸⁴ BHAGAT, Sanjai et al., The Promise and Peril of Corporate Governance Indices, 108 *COLUM. L. REV.* 1803, 2008.

⁴⁸⁵ BAXTER, Thomas C. Keynote Address: The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance, 21 *FORDHAM J. CORP & FIN. L.* 61, 2016.

segue a ocorrência de escândalos ou falhas de mercado. A demanda populista por reformas, nessa lógica, pressiona o governo a aprovar alterações legislativas. Fora desse cenário, a pressão diminui consideravelmente e o ambiente de intervenção do Estado é fortemente cerceado pelo poder do lobby dos interesses corporativos. Na prática, portanto, o resultado é um modelo de pêndulo entre reforma e contenção.⁴⁸⁶

As estruturas de governança, diferentemente da proposta legal, são projetadas para implementar restrições ao comportamento corporativo que vão para além dos comandos legais. Dessa forma, projetar estruturas de conformidade com base em determinado grupo de interesses não deixa de trazer para o âmbito da empresa interesses de terceiros que fazem com que a estrutura privada sirva a interesses distintos.

Alinhar essa definição faz parte de uma decisão sobre o entendimento da organização empresarial enquanto veículo de criação de riqueza ou como instrumento para realização de um bem social mais amplo. Para além disso, se os próprios responsáveis pela conformidade não são capazes de definir o que exatamente funciona em termos de *compliance*, isto é, se um investimento adicional em treinamento ou auditoria faz diferença, há razões suficientes para supor que o Judiciário e os órgãos de persecução penal que não fazem parte dessa estrutura e não acompanham diariamente as atividades, também não consigam respondê-las.

Na ausência de parâmetros de efetividade desses programas, levantam-se questões razoáveis sobre qual o crédito deveria ser dado- do ponto de vista da responsabilização- a empresas que empregam mecanismos de conformidade cuja eficácia não é comprovada e, ainda mais do que isso, por que deveriam os órgãos de persecução penal impor mecanismos de conformidade sem eficácia comprovada às empresas?

Demandas de conformidade que sejam vagas, exigindo abertamente que as empresas conduzam a “devida diligência” viabilizando um programa de “conformidade efetiva” se tornam termos abertos e genéricos, sem conteúdo específico orientador. A menos que haja evidências empíricas da real necessidade de mudança, a imposição da conformidade nesses termos representa um custo com vantagem incerta.

Como bons e maus programas não são propriamente distinguidos, na prática, o mercado responde desencorajando as empresas de trazerem e implantarem programas de conformidade de alta qualidade, capazes de prevenir futuras violações de direitos humanos. Em um patamar no qual a conformidade corporativa com a lei pode ser encarada como um

⁴⁸⁶ Coffee Jr pontua que “a supervisão regulatória nunca é constante, mas aumenta após um *crash* do mercado e, em seguida, diminui conforme e, na medida em que a sociedade e o mercado retornam à normalidade”. Vide COFFEE JR, John C. The Political Economy of Dodd Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systematic Risk Perpetuated, 97 CORNELL L. REV. 1019, 1028-29, 2012.

bem social, é irrazoável persistir com uma estrutura em que as empresas criam seus programas de conformidade sem qualquer norte, embora ainda sejam responsabilizadas por violações substantivas da lei pelo Estado.

Haugh sugere que a principal falha das abordagens contemporâneas aos programas de conformidade deriva do uso dos recursos de deslegitimação do direito penal.⁴⁸⁷ Dentro da ainda pouco explorada experiência empírica, os modelos de conformidade baseados em consentimento são superiores a modelos embasados na coerção. Estruturas programas de conformidade em torno de sanções e monitoramento, portanto, pode ser uma estratégia ineficaz, inclusive porque priva as empresas de experimentar, conferindo maior heterogeneidade na sua formatação e proporcionando melhores soluções em nível regulatório.

Uma abordagem mais centralizada no Judiciário, por outro lado, também não parece ser a solução porque não há evidência de que haveria preparo na avaliação da eficácia de programas de conformidade e, ao mesmo tempo, em se tratando de acordos de não persecução, favoreceriam uma grande assimetria de informação em face do juiz.

Uma estratégia regulatória mais inteligente (*smart regulation*), conforme Griffith, seria se concentrar na transparência da função de conformidade, em vez do conteúdo de sua reforma.⁴⁸⁸ Ampliar a transparência e divulgação de detalhes de conformidade permitiria ao mercado assimilar os mecanismos de conformidade que funcionam e os que não funcionam. Dessa forma, obrigando as empresas a divulgarem suas métricas quantitativas, cria-se uma oportunidade de comparação de desempenho dentro do próprio mercado, porque voluntariamente as empresas não divulgam esse conteúdo.

A regra de divulgação permitiria inclusive que estruturas menos eficazes- ou que resultassem em detecção da má-conduta corporativa- fossem progressivamente eliminadas, o que levaria a um círculo virtuoso de boas práticas. A despeito do efeito *free rider* e desinteresse na divulgação de informações estratégicas para concorrentes, também é possível pensar na reunião desses dados, em um primeiro momento, por organizações e associações.

O encaminhamento da regulamentação de direitos humanos na União Europeia se inicia já desde a Diretiva 2014/95 tratando sobre a publicação de demonstrações não financeiras que vinculem a noção de conformidade regulatória transparente, ou seja, a ideia de mercados e consumidores mais vigilantes. A partir dessa orientação, as empresas com

⁴⁸⁷ HAUGH, Todd. *The Criminalization of Compliance*, 92 NOTRE DAME L. REV. 1215, 2017.

⁴⁸⁸ GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance, 57 WM. & MARY L. REV. 2075, 2133, 2016.

mais de 500 trabalhadores devem publicar dentro de seus respectivos relatórios de gestão, informações descrevendo os riscos e políticas internas. Na proposta de diretiva da União Europeia acerca de uma *Mandatory Human Rights Due Diligence* prevê, por exemplo, no parágrafo 18 que é necessário medir a eficácia de processos por meio de auditorias e comunicação de resultados. Para tanto, as empresas deveriam produzir relatórios de avaliação públicos em formato padronizado e que sejam facilmente acessíveis.⁴⁸⁹ As inconsistências entre a teoria e prática da conformidade revelam a necessidade de repensar as teorias da empresa, revisitando debates latentes sobre o uso de instrumentos penais de deslegitimação como elemento indutor do bom comportamento corporativo.

Ao mesmo tempo em que os sistemas internos de conformidade podem ser genuinamente estruturados para policiar os limites da não conformidade, por outro lado, a gestão/direção da empresa pode optar definir estes limites de maneira a permitir os riscos da não conformidade, porque a administração empresarial pode valorizar o cumprimento da lei de maneira menos absoluta do que o regulador público o faz. Isto porque a conformidade é sempre avaliada tendo como parâmetro questões como recursos, esforços e custo de oportunidade. A regulação baseada em evidências já deve possuir todos os requisitos para coleta, uso e acessibilidade de dados que difere da elaboração de qualquer outro tipo de política pública. As recomendações para melhorar a performance de abordagens baseadas em evidências devem ser adaptadas às agências reguladoras.

Por esta razão, o sistema de conformidade por ser eficaz em manter os limites estabelecidos pela gerência, mas pode não ser visto como eficaz na produção de conformidade na perspectiva do regulador público, porque aceita menos do que a perfeita conformidade e, porque sobretudo a conformidade é sempre balanceada em face de outras questões como recursos, que são escassos.

Apesar de o programa de *compliance* por escrito frequentemente ser tomado apenas como um “pedaço de papel”, Parker sugere que esse pedaço de papel também é importante para o gerenciamento da conformidade na prática, provavelmente porque indica que a diretoria assumiu um primeiro passo no compromisso com a conformidade.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ No texto original do *draft* “18. Notes that due diligence also necessitates measuring the effectiveness of processes and measures through adequate audits and communicating the results, including periodically producing public evaluation reports on the due diligence processes of an undertaking and its results in a standardised format based on an adequate and coherent reporting framework; recommends that the reports be easily accessible and available, especially to those affected and potentially affected; states that disclosure requirements should take into account competition policy and the legitimate interest to protect internal business know-how and should not lead to disproportionate obstacles or a financial burden for undertakings”.

⁴⁹⁰ PARKER, Christine. *The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, 2006.

Na ausência de uma conexão maior a uma “cultura” de conformidade, a implantação formal de um programa de *compliance* não é suficiente para monitorar e impor o cumprimento da lei dentro das organizações. Muito embora as empresas não tenham como saber *ex ante* quais medidas de conformidade serão capazes de impedir infrações em algum nível dentro de sua cadeia de produção, no cenário atual, a coleta de informações sobre eficácia pode criar problemas internos além dos riscos externos que vêm com possíveis divulgação de informações sobre testes de conformidade.⁴⁹¹

Sem maiores dados sobre conformidade, por outro lado, reguladores e tomadores de decisão externos dificilmente conseguem distinguir se o programa é apenas cosmético. Garrett e Mitchell entendem que existem poucos incentivos para que os próprios reguladores exijam uma validação mais criteriosa dos programas de *compliance*. Por óbvio, em nível mercadológico, existe grande resistência à criação de procedimentos de escrutínio e fiscalização intensiva de programas. Qualquer esforço de validação certamente exigirá novas métricas mediante estudos empíricos que examinem a eficácia de uma intervenção de conformidade, o que também é um processo longo e oneroso.

O fato de grande parte dos reguladores e integrantes de departamentos de conformidade dentro do setor privado serem da área jurídica também denota a ausência de uma mentalidade inerente de validação, o que se reflete em uma grande preocupação apenas na implantação dos sistemas e não na sua verificação e validação posteriores.

O caso da grande corporação Siemens que em 2008 recebeu a mais alta condenação por suborno estrangeiro da história, tendo comprovadamente pago mais de US \$ 1,4 bilhão em subornos a funcionários do governo ao redor do mundo por mais de uma década reflete bem o que Garrett e Mitchel nomearam como “armadilha de conformidade”.⁴⁹² Quando a Siemens finalmente se declarou culpada sob a Lei de Práticas de Corrupção no Exterior (FCPA) e concordou em pagar US \$ 1,6 bilhão em multas aos EUA, concordou em manter um monitor de conformidade independente por pelo menos quatro anos para supervisionar e garantir a manutenção de um programa de conformidade mais robusto.

Inicialmente foi realizada uma revisão do programa de conformidade existente a fim de verificar se ele teria sido projetado e implementados para, de fato, detectar e impedir

⁴⁹¹ BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and Contemporary Problems, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535913>.

⁴⁹² DOJ, Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html>>. Acesso em: 02/08/20.

violações. Em 2016, um grupo de repórteres solicitou que os relatórios das empresas da Siemens fossem tornados públicos e o pedido, no entanto, foi rejeitado pelo Departamento de Justiça (DOJ) dos Estados Unidos, declarando que os relatórios do monitor contêm informações confidenciais e tornar públicos esses documentos poderia vir a prejudicar a capacidade dos monitores de coletar informações francas e precisas sobre a Siemens.⁴⁹³

Segundo Garrett e Mitchell, a divulgação dessas informações consistiria em um roteiro gratuito e preventivo aos concorrentes sobre o que fazer e como criar programas de conformidade eficazes sem se submeter ao elevado custos em que a Siemens incorreu. Ainda que a Siemens tenha boas razões para proteger o investimento feito para incrementar seu programa de conformidade, o posicionamento do DOJ, no entanto, no sentido de optar pela não divulgação desse material a fim de ajudar outras corporações a prevenir a corrupção em suas cadeias produtivas revela a chamada “armadilha da conformidade”.

Deveria supostamente haver um consenso entre os reguladores no sentido de que o compartilhamento de boas práticas de conformidade ajudaria a melhorar os padrões em geral dos concorrentes. Todavia, já diante da inexistência de incentivos para que as empresas compartilhem informações sobre suas falhas de conformidades, sob pena de correrem riscos ou ainda de que seus concorrentes venham a utilizar alguma estratégia relevante, agentes reguladores e fiscalizadores falham ao incentivar as empresas a manterem o monopólio dessas informações para si mesmas.

Ao mesmo tempo, a concentração da conformidade no âmbito exclusivamente privado que promete, em tese, a prevenção de comportamentos ilegais sem a necessidade de ações de aplicação pública caras e arriscadas que, se malsucedidas, podem prejudicar o efeito dissuasor da lei, confere poucas razões para acreditar que seria um caminho promissor.

A despeito da ascensão de uma onda de conformidade corporativa não validada, também não se exige no Brasil que as avaliações dos programas de *compliance* e mitigação de riscos de uma empresa sejam tornadas públicas. E esse é certamente um ponto de atenção e vulnerabilidade porque, em alguma medida, impede que se elevem os padrões de mercado com a aprendizagem e experiência negativa das empresas.

Do ponto de vista regulatório, assumiu relevante protagonismo as *U.S. Sentencing Guidelines* de 1987 que inicialmente destacaram a importância da conformidade corporativa. Por outro lado, a Comissão de Penas (*Sentencing Commission*) rejeitou uma abordagem

⁴⁹³ Defendant U.S. Department of Justice’s Combined Reply in Support of its Motion for Summary Judgment and Opposition to Plaintiff’s Cross-Motion for Summary Judgment at 25, 100Reporters LLC v. United States Department of Justice, 1:14-cv-01264-RC (D.D.C. Aug. 16, 2016).

puramente associada à dissuasão sob o argumento de que seria dificultoso determinar quais parâmetros de multa seriam suficientes para punir uma empresa em um contexto em que grandes corporações repassam os custos aos acionistas.

No sistema introduzido pelas *Guidelines*, empresas com “boa” culpabilidade podem ter suas multas reduzidas pela metade ou ainda mais.⁴⁹⁴ Dentro desse sistema dois fatores são capazes de reduzir a multa: a evidência de um programa de conformidade eficaz e o desejo de encerrar alguma prática de infração, seja por delação, cooperação ou aceitação de responsabilidade.

Na *Sentencing Commission Guidelines*, a fim de descrever elementos específicos que os promotores devem considerar ao conduzir acusações em face de organizações empresariais. Há uma série de fatores que vão desde o montante de investimentos em programas de conformidade e sistemas de controle internos até a realização de testes para prevenir situações de má conduta. Seu preâmbulo deixa claro que não há fórmula rígida para avaliação da eficácia dos programas de *compliance* porque o programa de conformidade corporativa deve ser avaliado no contexto específico de uma investigação criminal.⁴⁹⁵

No entanto, há um longo caminho a ser explorado no que se refere à eficácia de um programa de conformidade. As *Guidelines* preveem que o programa deve ser “razoavelmente projetado e implementado de modo que seja eficaz na detecção da infração criminal”, porém ainda assim resta difícil identificar quais condutas atendem a esse requisito, sobretudo se considerarmos, por exemplo, que entre 1992 e 2012, apenas cinco empresas receberam o crédito de implementarem programas de conformidade efetivos.⁴⁹⁶

Ao mesmo tempo, há significativa ausência de disposição acerca de ferramentas de avaliação de risco e métodos de coleta de dados mesmo entre as orientações do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, cujo foco se traduz nos gastos com a cultura de conformidade sem especificar uma metodologia mais precisa capaz de permitir avaliações assertivas. O mesmo ocorre com o FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977 que proíbe o pagamento de vantagens a funcionários públicos estrangeiros e exige a manutenção de registros e controles internos projetados a fim de detectar e prevenir o comportamento corrupto.

⁴⁹⁴ U.S.S.G. §8C2.6 (table of minimum and maximum multipliers).

⁴⁹⁵ No original: “Because a corporate compliance program must be evaluated in the specific context of a criminal investigation, the Criminal Division does not use any rigid formula to assess the effectiveness of corporate compliance programs”

⁴⁹⁶ U.S. Sentencing Commission, “2009-2012 Sourcebook,” Tbl. 54 (2012). Five companies received credit for effective compliance from 1992 through 2012.

“Possuir uma cultura de conformidade” ainda é uma expressão longe de estar suficientemente clara às empresas a fim de que possam avaliar devidamente seus riscos e garantir que sua conformidade seja eficaz. O nível de incerteza chega a um patamar em que as empresas privadas não sabem se devem auditar, avaliar ou estressar o programa de conformidade a fim de descobrirem seus pontos fracos.

Na ausência de reguladores que recompensam consistentemente uma conformidade forte, no entanto, a tendência aponta para um cenário em que sendo baixa a probabilidade de detecção ou a gravidade da sanção, seria de se esperar também um baixo investimento em conformidade. Por outro lado, conforme observam Arlen e Kraakman,⁴⁹⁷ esse modelo tem um incentivo perverso em que muitas empresas, racionalmente optam por não investir em conformidade para evitar descobrir sanções que venham a trazer grandes prejuízos econômicos e reputacionais à empresa.

Dessa forma, um possível caminho sugerido por Arlen e Kraakman envolveria a aplicação de multas para incentivar a conformidade e, ao mesmo tempo, recompensar as hipóteses de autodenúncia pela própria empresa, estimulando um modelo que fomente a cooperação entre ambos os agentes. No dilema da conformidade estética, deve-se fomentar uma utilização processual dos programas de conformidade em que, uma vez levantados pela empresa, permitam aos promotores aprofundar-se na eficácia das políticas da corporação, permitindo que as empresas verdadeiramente comprometidas com a conformidade em sua cultura organizacional realmente beneficiem de seus investimentos, em vez de temer investigações em seus registros.

Garret e Mitchel sugerem, como iniciativa para encorajar as empresas a se envolver com a efetividade de seus programas uma espécie de “privilégio de conformidade”. Por meio da confidencialidade da informação prestada, tal qual a proteção que abarca a relação advogado-cliente, a essência consistiria em estender a proteção de informações auto reveladas pela empresa a fim de remover o efeito perverso que decorre dos riscos de detecção e sanção quando uma empresa escancara suas falhas de integridade.

Nessa perspectiva, não mais temendo o policiamento minudente do Estado, seria possível aos agentes privados se envolver com mais vigor em esforços de conformidade efetiva a fim de evitar consequências onerosas para a empresa em si. Há quem sustente, no entanto, que conferir esse tipo de privilégio a organizações privadas viabilizaria ainda mais

⁴⁹⁷ ARLEN, Jennifer. *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 *Journal of Legal Studies* 833, 1994 e ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, 72 *N.Y.U. L. Rev.* 687, 699, 1997.

a ocultação de infrações e irregularidades cometidas pela empresa, dificultando qualquer esforço para investigá-las e preveni-las. Além disso, seria necessário, do ponto de vista prático, uma regulamentação estrita sobre quais informações são abrangidas pelo privilégio, assim como o direcionamento do fluxo de compartilhamento de informações. Os relatórios produzidos pelas empresas, nessa perspectiva, não aumentariam sua exposição a litígios em potencial.

Os autores sustentam, portanto, uma necessária divulgação de medidas de resultado mediante orientação fundada em uma metodologia consistente, incentivando inclusive uma competição entre as empresas pelo rigor na implementação de medidas de avaliação do programa. Os relatórios seriam assim, uma medida valiosa para viabilizar ao mercado levar seus próprios padrões de integridade por meio do exame de diferentes abordagens de conformidade.

Entretanto, na ausência de métricas válidas sequer é possível entender em que medida a falha individual está ou não correlacionada a um sistema de integridade com desempenho insatisfatório ou a um mau desempenho individual. No modelo estadunidense, o ponto de partida consiste na atribuição de poderes de supervisão e fiscalização à SEC, dado o interesse em regulamentar empresas de capital aberto e poderes para exigir a divulgação de informações. Essa possibilidade enfrentaria os três principais desafios de conformidade: o receio de que as auditorias organizacionais favoreçam a divulgação de informações que possam causar prejuízo à empresa, a relutância da própria organização em testar seus programas de conformidade sob pena de provocar danos à sua reputação e a ausência de um interesse maior de reguladores de validar os programas de integridade que fiscalizam.

A problemática parte da necessária reflexão sobre como viabilizar as organizações empresariais também tenham um espaço seguro de compartilhamento de informações para testar medidas de conformidade eficazes, de forma rápida e eficiente. É preciso favorecer um ambiente em que os funcionários sejam testados de forma preventiva, quando enfrentam uma oportunidade de desvio de conduta ou mau comportamento, se valendo inclusive de abordagens de Inteligência Artificial do mercado para fins de conformidade. A inserção da tecnologia da informação também direcionada à prevenção da criminalidade corporativa certamente oferecerá novas vias de detecção de fraudes entre outras operações puníveis via técnicas e análises sofisticadas de mineração de dados. Em alguma medida o uso dessas tecnologias pelos reguladores também estimulará a sua necessária adoção pelas organizações empresariais a fim de incrementar seu potencial preventivo interno.

Porém mesmo diante dessa necessidade, a ausência de clareza sobre o foco da

conformidade frustra as expectativas de mensurar a própria assertividade dos programas, porque sequer é possível definir, com precisão, quando a ausência de conformidade resultará ou não em responsabilização. A ausência de adoção de dados baseados em evidências e esquemas de validação empírica de programas de *compliance*, tem como consequência previsível um sistemático desacoplamento estrutural⁴⁹⁸ entre partes que deveriam cooperar entre si. Enquanto o *compliance* continuar a ser regulado por meio de um sistema adversarial, que alimenta a desconfiança entre entidades corporativas e o governo, qualquer abordagem da “nova governança” cai por terra, suscitando a necessidade de relatórios obrigatórios em um espaço com regras que permita a concorrentes compartilhar esforços em direção à conformidade, elevando os padrões gerais de mercado.

Nessa perspectiva, as empresas não têm estímulos para compartilhar cases de sucesso para que a concorrência não absorva suas práticas e, ao mesmo tempo, também receiam divulgar falhas para não correr maiores riscos legais. Com base nesse diagnóstico, propõem uma série de reformas legais focadas em auditorias e melhoria dos requisitos de conformidade para criar condições para um *compliance* baseado em evidências. Em *Testing Compliance*, os autores partem da premissa de que na ausência de uma validação rigorosa dos programas de conformidade, não há como criar grandes expectativas do ponto de vista empírico.⁴⁹⁹

Em alguma medida, a própria organização empresarial necessita assumir o que a Siemens chamou de “pacto de integridade” como representação de um comprometimento da alta gestão com testes de validação do programa de integridade, seja conduzindo estudos experimentais internos ou fazendo ajustes no seu programa de integridade.⁵⁰⁰ Mais do que suscitar o comportamento esperado de funcionários individualmente, o objetivo final deve envolver a identificação de fraquezas sistêmicas que fomentem programas de integridade fortes o suficiente para prevenir e repreender as violações na cadeia produtiva.

Christine Parker identifica nesse cenário um problema de legitimidade e conformidade que é definido como *compliance trap*.⁵⁰¹ O propósito é entender em que medida a ausência de apoio político à seriedade de um programa de *compliance* pode

⁴⁹⁸ SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia corporativa. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p.213.

⁴⁹⁹ BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and Contemporary Problems, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535913>.

⁵⁰⁰ Disponível em: www.siemens.com/sustainability/en/core-topics/collective-action/our-approach.htm/. Acesso em 17/08/2020.

⁵⁰¹ PARKER, Christine. The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement, 2014.

fomentar o entendimento de que o cumprimento das normas é injusto e pouco importante para fins de conformidade.

Esse marco significativo da existência de um jogo de conformidade cujos players envolvem as grandes corporações modernas permite refletir sobre como justificamos a imposição de um controle social formal cada vez mais severo, na ausência de métricas baseadas em evidências. Há pouca evidência, no entanto, de que essa tendência a um alinhamento a padrões internacionais de governança corporativa traria ganhos significativos para o *compliance* criminal, se dissociada das novas tecnologias de regulamentação, delegação de atividades e um compartilhamento mais ágil de informações interinstitucionais. Ao mesmo tempo, existe uma distinção significativa no direito penal da empresa no sentido de que a justiça criminal poderia, em alguma medida, contar com a via da autorregulação, o que não encontra tamanho paralelo nos paradigmas de justiça criminal convencional.

As percepções dos funcionários sobre o programa de conformidade da organização empresarial são extremamente relevantes, pois um programa que perde legitimidade de seus funcionários não apenas se torna ineficaz, mas também conduz, com maior frequência, a comportamentos antiéticos. A teoria das janelas quebradas (*broken windows theory*) representa um exemplo nesse sentido, pois sugere que os mínimos sinais visíveis de desordem conduzem a desordem em maior grau.⁵⁰²

O *Ethics and Compliance Initiative* vem conduzindo pesquisas sobre a ética empresarial e, uma das questões direcionadas aos funcionários de grandes organizações empresariais era se em algum momento eles se viram pressionados a cumprir algum standard da empresa. Em 2000, cerca de 14% respondeu que sim, em 2017, 63% respondeu que a empresa recompensava “práticas questionáveis”.⁵⁰³

Na ideia do “*compliance game*” há pouco incentivo para as empresas irem além do efeito simbólico dos programas de *compliance*.⁵⁰⁴ Pelo contrário, o jogo de conformidade revela que, na realidade, não existe uma preocupação subjacente de transformação do comportamento ou cultura corporativa. É possível constante uma “comoditização do *compliance*” diante da homogeneização da estrutura e soluções e a inabilidade dos reguladores em avaliar a efetividade dos programas de conformidade. Ou ainda, o que se convém chamar de efeito da “porta giratória” entre órgãos de regulação e empresas privadas, que trata dos fenômenos no qual os reguladores, propositalmente, tratam os atores

⁵⁰² KEIZER, Kess *et al.* The spreading of disorder, 322 SCI, 1681, Dec. 12, 2008.

⁵⁰³ ETHICS AND COMPLIANCE INITIATIVE, *The state of Ethics & Compliance in the workplace* 1, 2018.

⁵⁰⁴ LAUFER, William S. The missing account of progressive corporate criminal law, 14 *NYU Journal Law & Business* 71, pp;112-114, 2017.

corporativos com menor severidade justamente porque, em grande medida, vêm da iniciativa privada e pretendem, em algum momento, retornar a ela, o que reduz consideravelmente a eficácia das iniciativas reguladoras.

Por outro lado, até que ponto a capacidade de dissuasão da regulação é afetada negativamente pela captura é ainda uma questão de debate considerável. Embora sob uma perspectiva lógica, a captura sempre pareça sacrificar a dissuasão da norma, Ayres e Braithwaite demonstram, por meio da teoria dos jogos, que alguns tipos de captura de agência são capazes de melhorar a eficácia e performance.⁵⁰⁵ Nesse modelo, as agências se envolvem com o bem-estar das empresas reguladas em vez de fomentar um equilíbrio entre agência e empresa em que esta é recompensada pela ausência de conformidade e aquela não colhe nenhum benefício para a sociedade em geral.

Conforme observa Sally Simpson,⁵⁰⁶ a maioria dos estudos sobre dissuasão regulatória, no entanto, não mede diretamente a relação entre punição e criminalidade. Em vez disso, os reguladores mensuram a eficácia por meio de um indicador tangível de sucesso ou performance como a redução de acidentes industriais ou aumento do percentual de integração racial e de gênero na empresa. Nesse modelo, o impacto da regulação sobre o direito penal, na maioria das vezes, é encarado como externalidade.

A regulação traz consigo algumas vantagens indisponíveis a outros sistemas. Esse propósito pode ser encarado de maneira positiva se considerarmos que punição e persuasão não são objetivos separados, mas sim partes de uma estratégia geral de aplicação. Braithwaite argumenta que, em última instância, nem sempre é possível distinguir se é o aspecto punitivo da lei ou a pressão persuasiva colocada sobre a gestão que efetivamente mitigam os danos advindos da atividade empresarial.⁵⁰⁷

O *compliance game* aplaca insurgências ante a aparência de legitimidade e oferece imagens criadas de liderança e governança com integridade. Este jogo se alinha, portanto, com um sistema regulatório que possui uma capacidade bastante limitada para determinar eficácia e autenticidade do programa de conformidade e ainda menos comprometimento em lançar mão do direito penal corporativo.⁵⁰⁸

Em seu recente trabalho, Garrett e Mitchell⁵⁰⁹ trabalham o conceito de “armadilhas

⁵⁰⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Tripartism: Regulatory capture and empowerment, July 1991.

⁵⁰⁶ SIMPSON, Sally S. Corporate crime, law and social control. Cambridge University Press, 2002.

⁵⁰⁷ BRAITHWAITE, John. Punish of persuade., p.84-86.

⁵⁰⁸ Descrevendo uma série de desafios, vide: SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts and firms. *14 NYU Journal Law & Business* 965, pp. 970-974, 2018.

⁵⁰⁹ BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and

da conformidade” introduzido por Parker⁵¹⁰, no sentido de descrever um fenômeno atual em que os esforços para validação da conformidade não são incentivados pelos reguladores. Nessa perspectiva, as armadilhas são fomentadas, ao menos, por três fatores: o medo organizacional de que as auditorias suscitem a detecção e litigiosidade em face da empresa, a relutância das empresas em divulgar informações sobre suas falhas organizacionais que venham a provocar danos reputacionais e a patente ausência de incentivos para que reguladores afirmem, com precisão, a efetividade dos programas de integridade.⁵¹¹

4.3 Lei Francesa sobre o Dever Corporativo de Vigilância (*Loi de Vigilance*)

A indignação provocada pelo desastre na fábrica de tecidos Rana Plaza em Bangladesh acelerou um debate que fomentou o processo legislativo da Lei Francesa de Vigilância em março de 2017 (*Loi de Vigilance*). A exposição de motivos da lei deixa clara a inspiração nos Princípios Orientadores da ONU, com um desenvolvimento específico focado em obrigações de relatórios e requisitos de eficácia associada a penalidades.

A incorporação do movimento empresarial e de direitos humanos sob o aspecto normativo se insere na tendência que busca desafiar o véu corporativo, frustrando os efeitos do princípio da autonomia jurídica quando confrontada com a responsabilidade corporativa. A atual ordem internacional parte de dois princípios essenciais que abrangem a responsabilidade limitada dos acionistas, que dificulta o repasse de responsabilidade para acionistas pelo comportamento de subsidiárias e o princípio da autonomia legal que permite que as empresas evitem a responsabilização por práticas abusivas ou prejudiciais de subcontratados ou fornecedores.

Entre abolir essas camadas de imunidade sobre os acionistas e provocar sérios efeitos colaterais sobre o modelo de funcionamento da economia, o dever de vigilância foi respaldado pela lei como uma opção preferível porque seria capaz de abordar problemas principais como externalidades, inovação, concorrência desleal e fidelidade. Em essência, como resultado da combinação de padrões de *soft law* e *hard law*, a lei exige que as empresas francesas elaborem, publiquem e viabilizem um programa que inclua medidas razoáveis de

Contemporary Problems, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535913>

⁵¹⁰ PARKER, Christine. *The ‘Compliance’ Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, 40 Law & Society Review 591, 2006.

⁵¹¹ BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and Contemporary Problems, Forthcoming, *op. cit.*, p.33.

vigilância para prevenir violações de direitos humanos nas cadeias empresariais, prevendo uma série de sanções caso as empresas não implementem o programa.

A abrangência da lei, no entanto, alcança apenas grandes empresas com mais de 5.000 funcionários ou juntamente com suas subsidiárias e estrangeiras ao menos 10.000 funcionários, o que limita bastante o escopo de obrigatoriedade para uma camada diferenciada do mercado. Este desenlace não necessariamente é ruim, tendo em vista que, via de regra, são as grandes empresas que têm alavancagem e recursos suficientes para cumprir o dever de vigilâncias. Possivelmente na tentativa de abranger uma camada mais ampla de empresas, a lei poderia ter previsto uma versão simplificada do dever de vigilância para pequenas e médias empresas.

Por outro lado, a lei não se restringe a empresas cujas matrizes estejam localizadas fisicamente na França, mas também incluem empresas estrangeiras que fazem negócios em território francês. Na esteira de se conceber os relatórios como ferramenta tangível para prevenir impactos adversos sobre os direitos humanos, existem três obrigações previstas na lei que se relacionam com relatórios: estabelecer um plano de vigilância contendo medidas razoáveis para identificar e prevenir impactos nos direitos humanos e liberdades fundamentais, implementar o plano de maneira efetiva e tornar público e incluir no relatório anual de gestão da empresa como o plano, de fato, foi incorporado pela organização.

Ademais, as alterações promovidas pela lei francesa compreenderam a inserção de dois artigos (artigos L.225-102-4 e L.225-102-5) no Código Comercial francês, estabelecendo expressamente a obrigação de devida diligência. Não existe limitação a relatórios e/ou divulgações e, para além disso, as obrigações são estendidas também a terceiros. Nesse contexto, impõe-se uma responsabilização, na medida em que, superado o princípio da pessoa jurídica, rompe-se um dos principais fundamentos para ausência de responsabilização por violações de direitos humanos por subsidiárias estrangeiras, fornecedores, contratantes e parceiros.

O caráter mais inovador da lei deriva da imposição de um padrão de dever de cuidado, não apenas da devida diligência em si e do dever de relatórios: logo, as empresas devem agir corretamente e não apenas relatar se, de fato, agem. O dever de vigilância da lei, no entanto, é um dever civil que, em caso de descumprimento, enseja a aplicação de mecanismos de reparação e responsabilidade. Ainda é possível verificar, minimamente, cinco principais limitações. A primeira associada às regras de direito internacional privado, na medida em que a lei só se aplica ao âmbito territorial francês. A limitação do alcance geográfico, portanto, ocorre a despeito da classificação de suas disposições como “disposições

obrigatórias superiores” assim como o faz a legislação alemã no *Lieferkettengesetz*.

A segunda principal limitação se refere às características exigidas para se enquadrar no âmbito de aplicação da lei. As empresas precisam atender a três critérios: a sede social deve ser na França as empresas devem se organizar sob uma determinada forma societária e em seus dois últimos exercícios financeiros- consecutivos ou sozinhos ou em conjunto com suas subsidiárias- devem empregar mais de 5.000 funcionários na França ou mais de 10.000 funcionários em todo o mundo. Referidas exigências limitam significativamente o alcance da lei e, a despeito do caráter inovador, em vista dos excessivos critérios restritivos tem o seu propósito comprometido em atingir um volume muito pequeno de empresas.

A terceira maior limitação abrange o alcance das proibições direcionadas às empresas. A obrigação de devida diligência não abrange, por exemplo, todas as empresas e pessoas jurídicas envolvidas na cadeia de abastecimento, mas tão somente as empresas com as quais exista uma “relação comercial estabelecida”, conforme dispõe o artigo L.225-102-4 I parágrafo 3, reforçando a mesma vulnerabilidade que se verifica na *Lieferkettengesetz* no que concerne aos deveres alcançando apenas os elos mais próximos da cadeia produtiva em relação à empresa-mãe.⁵¹²

Em particular, no que se refere às vítimas, não existe previsão legal que mitigue ou inverta, por exemplo, o ônus da prova, obrigando a vítima a provar a má conduta, o dano e o nexos causal e, naturalmente, na circunstância de uma grande cadeia produtiva, certamente

⁵¹² Article L225-102-4

I.-Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

- 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
- 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
- 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
- 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
- 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

compreende um impeditivo do exercício de direitos. A quarta limitação se refere ao fato de lei não especificar quais direitos humanos são abrangidos e se existe algum escopo ambiental.

A liberdade outorgada às empresas para apresentar seus respectivos planos de vigilância tornam o caráter comparativo mais complexo, sobretudo no que concerne a aspectos não financeiros. Necessariamente a realidade de cada modelo de negócio corporativo exigirá uma supervisão pública capaz de, com o tempo, estabelecer diretrizes padronizadas que viabilizem a apresentação dos planos de vigilância em caráter comparativo.

Ao mesmo tempo, é preciso reconhecer que o dever de vigilância vai para muito além do dever de devida diligência, pois enquanto esta se limita à identificação de riscos, o dever de vigilância exige que as empresas identifiquem e monitorem os riscos e ajam positivamente sobre eles através de medidas de mitigação e contenção.

A quinta limitação envolve a lógica adotada pela lei em uma espécie de “*check the box*” em alusão ao raciocínio estático de avaliação da cadeia produtiva em oposição à obrigação de vigilância que, por natureza, é dinâmica e particular de cada contexto produtivo. Ainda no que se refere ao mapeamento de riscos- que é base para a definição de medidas mitigadoras e sua implementação- a Lei Francesa sobre o Dever Corporativo de Vigilância é omissa quanto ao âmbito e metodologia para esse mapeamento. Ao mesmo tempo, também existe um vazio e pouca orientação fornecida sobre um “comportamento de vigilância constante”, que seja capaz de permitir que a empresa avalie regularmente a situação das suas cadeias de abastecimento. Sem referências concretas, os planos de vigilância tendem a ser apenas declarações de riscos gerais e compromissos éticos. A inexistência de uma lista pública, isto é, um mecanismo de supervisão pública em favor da sociedade civil, torna bastante limitado o acompanhamento sobre a implementação.

Uma vez que a Lei não especifica o conteúdo dessa obrigação, resta aos Tribunais esclarecerem o que, de fato, constitui uma violação dessa obrigação. Isto porque, o fato de um risco não identificado no plano de vigilância ter conduzido a um dano não constitui, por si só, uma violação do dever de vigilância, a menos que a empresa não tenha tomado todas as medidas cabíveis para identificar o risco. Ainda permanece em aberto qual o nível de engajamento e proatividade deve ser exigido das corporações para identificar riscos não inerentes à sua atividade, mas para os quais sua atividade contribui.

O espírito subjacente da Lei, fundada nos Princípios Ruggie, indica que tanto o mapeamento, quanto as medidas de prevenção devem ser estabelecidas “*in concreto*”,

conforme o contexto econômico, cultural e setorial, lembrando a noção de que impactos adversos sobre direitos humanos não podem ser evitados apenas mediante processos internos, mas sim por meio de medidas pragmáticas e operacionais relativas à atividade específica.

A ausência do uso de instrumento de direito penal também ecoa na lei. Se ocorrer um dano, qualquer parte afetada que tenha legitimidade pode solicitar a reparação fundamentada na responsabilidade civil. Para tanto, se exige a violação da obrigação, o dano e a causalidade entre ambos.⁵¹³ Existe, por exemplo, um grande debate acadêmico com a finalidade de alargar a responsabilidade civil de empresas transnacionais. O ponto de início se embasa na experiência de tribunais ingleses reconhecendo que a empresa-mãe pode ser responsabilizada por danos provocados por suas subsidiárias no exterior quando o dano era previsível, havia proximidade entre as partes e a imposição do dever era justa e razoável.⁵¹⁴

A inserção do direito penal, portanto, enquanto instrumento mais gravoso, poderia ser atribuída a violações mais flagrantes da lei como, por exemplo, a ausência de um plano de monitoramento ou uma ocultação ou deturpação grosseira de informações dentro dos relatórios publicizados, além da possível penalidade de barreira de acesso ao próprio mercado europeu como consequência. Especificamente em relação à governança e mecanismos de supervisão adequados, também parece haver um hiato legal.

A supervisão pública das informações providenciadas pelas empresas deixou de ser tratada pela lei com mais vigor, porque, em princípio, o plano de vigilância e seu relatório de implementação deveriam ser tornados públicos, porém o legislador não deixou clara a necessária publicidade. A capacitação de *stakeholders* para participarem da elaboração do plano, fiscalizarem sua implementação e serem informados dos riscos em potencial de determinada atividade corporativa.

Coerente com a ambição de prevenir riscos decorrentes da atividade corporativa danosa, um amplo espectro de entidades deveria ser incluído no “perímetro” de vigilância e

⁵¹³ Vale esclarecer que, no âmbito da Lei Francesa sobre o Dever Corporativo de Vigilância, se o dano ocorre por meio de entidades que se enquadrem no perímetro de vigilância da empresa, a empresa-matriz só pode ser responsabilizada pelo não exercício do dever de vigilância sobre a cadeia de valor, e não pela violação do direito que causa o dano em si, justamente para evitar a caracterização do conceito de responsabilização pela ação de terceiro, exigindo um padrão de conduta acima do *standard* normativo de vigilância. Dessa forma, as empresas devem implementar e monitorar a eficácia de seu plano de monitoramento mas não são, em última instância, responsáveis pelo comportamento de terceiros. A Lei cria um dever de meio e não um dever de garantir o resultado concreto- a prevenção de um dano causado por terceiro. Logo, para cumprir a elaboração do plano de vigilância, a empresa deve tomar “todas as medidas de vigilância razoáveis” para identificar e prevenir os impactos adversos sobre direitos humanos.

⁵¹⁴ VAN DAM, C. Tort law and human rights: brothers in arms on the role of tort law in the area of business and human rights. *J Eur Tort Law* 3, 2010, pp. 221–254.

monitoramento de uma empresa. Nesse círculo caberiam não apenas subsidiárias controladas direta ou indiretamente, mas também subcontratados e fornecedores que mantenham algum tipo de relação comercial com a corporação. Nesse ponto, a concepção do conceito de “relação comercial” deveria, de forma bastante abrangente, abranger todos os tipos de relação entre profissionais para uma determinada atividade comercial, formalizada ou não por contrato, com expectativa razoável de duração.

4.4 A iniciativa da *Mandatory Human Rights Due Diligence Directive* do Parlamento Europeu

O conceito de devida diligência em direitos humanos tem ganhado força na Europa e no cenário internacional. Partindo da premissa de que a globalização da atividade econômica agravou significativamente os direitos humanos e que as violações de direitos humanos ocorrem, com frequência, em nível de produção primária, na aquisição de matéria-prima e elaboração de produtos e serviços, em janeiro de 2021, a Comissão Europeia publicou o projeto Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Diligência e Responsabilidade Corporativa de relatório contendo uma proposta de diretiva sobre devida diligência e responsabilidade corporativa a fim de tornar obrigatória em toda a cadeia produtiva e relações comerciais.

Em um estudo publicado em julho de 2020, a Comissão tratou dos motivos do “curto prazo” na governança corporativa, sob a perspectiva de que a aplicação da devida diligência seria capaz de beneficiar as empresas no longo prazo com especial atenção à prevenção, em vez da remediação de danos. Foram enfocados diversos aspectos, desde a visão de curto prazo dos administradores, a política de remuneração da gestão e a falta de perspectiva estratégica de sustentabilidade.

A iniciativa da diretiva buscou, portanto, impor a diretores a obrigação de considerar os interesses de todas as partes envolvidas, estabelecendo um procedimento de diligência obrigatória em matéria de direitos humanos, meio ambiente e governança em toda a cadeia de valor. Na proposta da União Europeia, as empresas devem estar sob a obrigação de “identificar, avaliar, prevenir, cessar, mitigar, monitorar, comunicar, contabilizar, abordar e remediar os potenciais e / ou reais impactos adversos aos direitos humanos, ambientais e de boa governança que suas próprias atividades e as de suas cadeias de valor e relações comerciais podem representar”. A proposta de *due diligence* engloba sua aplicação em toda a cadeia de valor, portanto, e nas relações comerciais- incluindo fornecedores e

subcontratados.

A diretiva abrange três principais categorias de questões:

a) direitos humanos, a fim de abranger o rol de direitos listados na Carta Internacional de Direitos Humanos, diretivas da OIT, convenções regionais e leis nacionais que reconhecem e implementam direitos humanos;

b) riscos ambientais, com especial foco nos riscos que “podem prejudicar o direito a um meio ambiente saudável”, incluindo o clima, o uso sustentável dos recursos naturais e a biodiversidade e os ecossistemas. O projeto faz referência especificamente aos riscos que envolvem “mudanças climáticas, poluição do ar e da água, desmatamento, perda de biodiversidade e emissões de gases de efeito estufa”.

c) riscos de governança, com fundamento na “boa governança de um país, região ou território”, definido para abranger corrupção e suborno, e situações em que uma empresa “se torna indevidamente envolvida em atividades políticas locais, faz contribuições de campanha ilegais ou ainda não cumpre a legislação tributária aplicável”.

Com abrangência sobre as empresas estabelecidas dentro da União Europeia e também daquelas que estão fora, mas prestam serviços e bens para a União Europeia,⁵¹⁵ partindo de uma visão holística de prevenção à violação de direitos humanos no âmbito corporativo, a diretiva prevê a abordagem de deveres da empresa e deveres do Estado. No que se refere aos deveres da empresa está prevista a realização de uma avaliação de risco, condução de uma revisão anual dessa avaliação e previsão de mecanismos de reclamação e remediação em face de um potencial ou real impacto adverso dos direitos humanos.

Os Estados-membros, por outro lado, são obrigados a implementar regras internas para garantir que as empresas realizem a devida diligência, devem designar autoridades nacionais independentes para supervisionar a aplicação da diretiva, implementar um regime de responsabilidade civil que tenha como premissa a presunção refutável em favor da vítima. Nessa circunstância, a empresa deverá comprovar que não tinha controle sobre a organização empresarial envolvida no abuso de direitos humanos.

Ademais, a diretiva prevê ainda a necessidade de os Estados implementarem um

⁵¹⁵ No projeto de diretiva o art.2 aplica-se a todas as empresas constituídas, domiciliadas ou estabelecidas na UE, bem como (b) empresas não pertencentes à UE que fazem negócios na UE (por exemplo, venda de bens ou serviços). Assim, independentemente de onde a sede da empresa esteja sediada, se ela fizer negócios na jurisdição da União Europeia, certamente será abrangida pela diretiva. A proposta prevê apenas potenciais isenções para “microempresas” e além disso, observa expressamente que as empresas estatais devem ser obrigadas a adquirir serviços apenas de empresas que cumpriram as obrigações de devida diligência, não devendo os Estados-membros apoiar ou encorajar a instalação e funcionamento de empresas que não pactuem com os objetivos da diretiva.

regime de penalidades que contenha multas regulatórias e administrativas “comparáveis em magnitude às multas atualmente previstas no direito da concorrência e proteção de dados”. O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu 2016/679 estabelece que as multas aplicáveis podem ser de até 10 milhões de euros ou, se tratando de empreendimento, até 2% do volume global do exercício anterior, de acordo com o que for mais gravoso.

Há uma expectativa, portanto, de controles mais rígidos no que concerne à iniciativa europeia, a partir da imposição de requisitos substantivos às empresas. A imposição da jurisdição extraterritorial aqui seria justificada pelo paralelo impacto significativo que contribuiria para os objetivos políticos da União Europeia.

Ademais, seria parte do compromisso de a União Europeia proteger, promover e fazer cumprir os direitos humanos básicos consagrados no art.8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Artigo 2 (3) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como nos artigos 6 e 13 da CEDH e Artigo 47 da Carta.

Embasada em mais de vinte parágrafos justificando as diferentes necessidades alarmantes de tornar as empresas mais “receptivas, responsáveis e responsivas pelos impactos adversos que causam ou contribuem” em vista de apenas 37% das empresas entrevistadas realizarem *due diligence* ambiental e de direitos humanos.

Considerando que “a falta de uma abordagem comum nesta matéria pode levar a menor segurança jurídica quando se trata de prerrogativas quando se trata de negócios [...] o que colocaria em desvantagem as empresas proativas no que diz respeito às questões sociais e ambientais”, a iniciativa busca dar um passo além da devida diligência voluntária.

Precisamente em atenção à dinâmica da atividade corporativa, em sua exposição de motivos, a proposta de diretiva esclarece que as obrigações de devida diligência devem ser projetadas como um processo contínuo em vez de um exercício de delimitação, em linha com o princípio da proporcionalidade e a necessidade de identificação dos impactos adversos reais ou potenciais sobre os direitos humanos. É inevitável também que uma iniciativa mandatória sobre *due diligence* certamente aumentará os índices de litigância em face das corporações que provocam impactos danosos sobre meio ambiente e direitos humanos.

A melhor intenção de aprovação de uma legislação nacional em solo europeu buscando proteger os direitos humanos, portanto, sempre enfrentará os desafios impostos ao alcance das leis domésticas. O atual modelo territorial de regulamentação de abusos de direitos humanos é inadequado para lidar- de forma eficaz- com as modernas violações de direitos humanos por parte de empresas que operam em nível multi e transnacional.

Quando se observa a redação do art.2 (3), observa-se que a proposta da Diretiva

compreende o escopo de aplicação sobre empreendimentos europeus e empresas pequenas e médias estrangeiras, mas que operem em setores de alto risco no mercado europeu vendendo bens ou serviços.⁵¹⁶ Naturalmente, a previsão tem caráter bastante abrangente e se alinha ao discurso de permitir igualdade de participação e competição entre empresas com um determinado *standard* regulatório. Ao mesmo tempo, a Diretiva obrigatória representa exemplo evidente do chamado “efeito Bruxelas” que consiste em espécie de processo de globalização regulatória unilateral provocado pela União Europeia externalizando o alcance de suas leis para além de suas fronteiras. O fundamento por detrás desse efeito deriva da combinação de diversos fatores como a importância e tamanho do mercado europeu, sua capacidade regulatória e o fato de que não se torna interessante e prático para empresas que pretendem atuar no mercado europeu manter padrões regulatórios mais baixos do que a própria União Europeia exige.

Até o momento, as corporações ainda são consideradas alvos regulatórios difíceis, em vista da ausência de um mecanismo robusto capaz de fornecer às vítimas o acesso a um remédio eficaz. Nesse contexto, Surya Deva sugere que a eficácia pode ser significativamente aumentada pelo emprego de várias técnicas regulatórias em diversos níveis de forma integrada.⁵¹⁷

Em termos de extraterritorialidade, sob o aspecto da fonte da regulação e natureza da responsabilidade, a extraterritorialidade no Estado de origem significa que o Estado estende sua legislação doméstica para subsidiárias de grandes empresas no exterior ou que façam parte do mesmo grupo econômico. Já a extraterritorialidade do Estado hospedeiro compreende a aplicação da legislação doméstica do Estado que hospeda uma filial à matriz localizada no exterior, circunstância mais incomum e mais suscetível a falhas.

Especialmente em se tratando de subsidiárias ou filiais alocadas em zonas de governança fraca ou ainda zonas de conflito, a extraterritorialidade do Estado de origem tem um grande potencial sobre a impunidade corporativa. Apenas o legislador europeu poderia garantir um alcance espacial da legislação nacional de direitos europeus.

⁵¹⁶ Article 2(3) This Directive shall also apply to large undertakings, to publicly listed small and medium-sized undertakings and to small and medium-sized undertakings operating in high risk sectors, which are governed by the law of a third country and are not established in the territory of the Union when they operate in the internal market selling goods or providing services. Those undertakings shall fulfil the due diligence requirements established in this Directive as transposed into the legislation of the Member State in which they operate and be subject to the sanctions and liability regimes established by this Directive as transposed into the legislation of the Member State in which they operate.

⁵¹⁷ DEVA, Surya. Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation (January 3, 2013). Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics, pp. 1077-1090, Christoph Luetge, ed., Dordrecht; New York: Springer, 2012.

O alcance substantivo de qualquer lei nacional no âmbito europeu estaria limitado também porque a conformidade em cadeias de produção multi e transnacionais é onerosa e, inobstante as limitações de qualquer instrumento normativo- alemão ou europeu- se redigida com inteligência estrutural é capaz de promover práticas comerciais responsáveis. Ao mesmo tempo, a iniciativa legal também cria condições equitativas de concorrência entre as corporações que encabeçam os direitos humanos e aquelas que atuam à margem desse *standard*.

Na era digital e com recursos tecnológicos cada vez mais avançados, não parece irrazoável exigir que as corporações saibam em que condições da cadeia de valor os produtos são fabricados e os serviços prestados. As tecnologias da informação modernas devem permitir que as grandes empresas sejam capazes de olhar ainda mais de perto um fornecedor ou subfornecedor.

Adán Nieto sugere, por exemplo, que os parâmetros do que hoje se considera parte da Responsabilidade Social Corporativa possam ser incorporados à conformidade regulatória.⁵¹⁸ A partir dessa evolução, certamente o direito penal poderia passar a prever novos crimes essenciais para além da estrutura de Nuremberg, em que o Estado era o protagonista das violações. As limitações do atual cenário demonstram assim, as vantagens de se conceber toda uma nova geração de crimes sob o direito penal internacional, tendo as empresas como centro e regulando em nível internacional os modelos de negócio.

A concepção dos mecanismos de devida diligência como instrumento de conformidade regulatória, nesse sentido, permite melhor compreender sua função na mitigação de riscos de violação de direitos humanos. E, especialmente nesse sentido, se enquadram os procedimentos criminais. A violação de direitos humanos no contexto da atividade econômica global é um exemplo de problema transnacional complexo. Por outro lado, a implementação da devida diligência em direitos humanos não significa que grandes corporações com milhares de fornecedores e subcontratados terão que monitorar todos os processos e serem responsáveis por atos ou infrações de terceiros. Os Princípios Orientadores que embasam a formulação das políticas nacionais sugerem que as empresas devam se concentrar nos riscos mais graves associados, por exemplo, a áreas geográficas de crises ou com problemáticas relevantes- escravidão moderna, trabalho infantil, tráfico de pessoas.

A ideia de devida diligência, portanto, envolveria principalmente as seguintes

⁵¹⁸ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3, 2020

obrigações de cuidado: o dever de conduzir análises de risco, que abrange a identificação de áreas de risco relevantes como trabalho forçado, trabalho infantil, discriminação e danos ambientais. A partir da identificação dessas áreas, é possível que fornecedores indiretos da cadeia, por grau de contraste, possam identificar também em suas cadeias a adequação com os *standards* da corporação.

Como consequência da identificação de riscos, a segunda obrigação trata do dever de tomar medidas de acompanhamento e monitoramento, incentivando a corporação a buscar soluções junto com o fornecedor e optando pelo rompimento de relações comerciais em última instância. A terceira obrigação abrange o dever de emitir e divulgar relatórios relevantes que tratem dos efeitos reais e potencialmente negativos das atividades corporativas sobre os direitos humanos, para além da assunção de compromissos e metas. E, como quarta obrigação elencada, o dever de envidar esforços para garantir a adequação de toda a cadeia produtiva que também passa pelo princípio da proporcionalidade. Logo, identificar o que seriam “medidas razoáveis e adequadas” em relação a uma empresa individual é particularmente diferente do contexto de grandes organizações empresariais. Cada modelo organizacional tem riscos próprios e diferentes níveis de gravidades derivados dos possíveis danos.

A definição dos contornos da responsabilização estaria assim, mais associada ao exame sistemática da “pegada de direitos humanos” de cada empresa do que propriamente obrigar ou exigir um controle absoluto da cadeia produtiva em face de um risco de responsabilidade crescente e objetiva.

Para além disso, o objetivo legislativo nacional deve sempre manter coerência com os propósitos de real proteção dos direitos humanos, sob pena de recair como *overcompliance*, aumentando os custos de transação que sufocam *players* menores demandando *standards* para a operação em toda a cadeia produtiva. Nesse contexto, inevitavelmente a agenda reproduziria a via colonial de imposição de interesses da empresa.

4.5 A lei alemã para cadeias produtivas (*Lieferkettengesetz*)

Nas últimas décadas, o modelo de produção integrada foi praticamente substituído pelo modelo de produção de cadeias de valor. Especialmente desde meados da década de 80 esse modelo veio a se fortalecer pois, de um lado as corporações conseguem acesso a recursos e diferentes mercados e, ao mesmo tempo, os riscos e responsabilidades da atividade são dispersados ao longo da cadeia de produção. A internacionalização do comércio permitiu

o desenvolvimento de cadeias produtivas globais interligando os locais produtores com empresas e consumidores.

A concepção originária das cadeias produtivas, no entanto, justamente porque se embasa no conceito de “propriedade”, negligencia as profundas interdependências sociais e econômicas em que as violações de direitos humanos ocorrem. Ao longo da cadeia de valor, como a existência de uma “responsabilidade global” é fragmentada e difundida, levantam-se consideráveis obstáculos ao devido cumprimento e observância dos direitos humanos. Ademais, como a descentralização cria elos de relacionamento entre atores envolvidos no fornecimento, produção e terceirização, aumentam-se potencialmente as tensões e reivindicações em potencial.⁵¹⁹

Até recentemente, por exemplo, o entendimento predominante do direito societário era no sentido de que a empresa-mãe e as compradoras seriam legalmente independentes de suas subsidiárias e fornecedores. Não havia o reconhecimento de uma obrigação de certificar-se de que suas subsidiárias cumpriam com as exigências do sistema jurídico, o que depois veio a se desenvolver com o conceito do princípio da entidade.

Considerando todavia, que a empresa cria padrões de comportamento para muito além da capacidade do Estado de lidar com o conflito, a aprovação de uma legislação acerca da responsabilidade sobre uma cadeia produtiva não necessariamente supera o atraso doutrinário jurídico e pragmático: à medida que a empresa alega não ter controle sobre sua extensa cadeia de comando, a responsabilidade imposta pela nova legislação seria algo semelhante à responsabilidade pela supervisão, cuja eficácia também tem uma série de contrapontos.

A legislação nacional, por natureza, tem escopo limitado em seu alcance espacial e substantivo. O ponto de partida para qualquer discussão da Lei Alemã sobre Cadeias Produtivas é o fato de que irá regular casos internacionais, isto é, tem alcance sobre empresas alemãs localizadas em países estrangeiros. A aplicabilidade das normas de direito privado da Lei, no entanto, dependerá da compatibilidade com as regras do Regulamento de Roma II (Regulamento CE nº 864/2007) sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais.

No caso de cadeias de abastecimento que geralmente envolvem danos que ocorrem fora da Europa, o alcance da Lei Alemã para as Cadeias de Suprimento dependerá das disposições do Regulamento de Roma II, a não ser que a obrigação extracontratual derive de

⁵¹⁹ SAAGE-MAAB, Miriam. Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers' Rights in Global Supply Chain. *In* Interdisciplinary Studies in Human Rights book series (CHREN, volume 6), 2021.

questão excluída do âmbito do Regulamento.

Nos termos do que dispõe o art.4 (1) do Regulamento de Roma II, as reivindicações derivadas de atos ilícitos são regidas pela lei do país em que ocorreu o dano (*lex loci damni*). No caso da Lei alemã sobre as cadeias de abastecimento, as reivindicações de danos decorrentes de violações de direitos humanos provavelmente serão regidas pela lei do país de produção e, portanto, pelo direito estrangeiro e não pelo direito alemão.

Outra questão levantada pela aplicação do art.16 do Regulamento de Roma II diz respeito à classificação das disposições da Lei alemã como disposições imperativas. Em território alemão e perante tribunais alemães, as empresas sabidamente não serão capazes de evitar a responsabilização argumentando outra lei estrangeira aplicável, porém no que concerne à obrigatoriedade de aplicação da Lei alemã por outros Estados e membros da União Europeia, existe maior controvérsia.

O art.16 do Regulamento de Roma II não traz maiores esclarecimentos sobre até que ponto outros Estados-membros devem aplicar ou, ao menos levar em consideração, disposições obrigatórias imperativas de outros Estados-membros da União Europeia. Fato é que a proteção dos direitos humanos nas cadeias de abastecimento globais se tornou uma importante questão na agenda internacional. Em vários países, como a França, Reino Unido e Holanda, essas discussões conduziram à aprovação de uma legislação nacional especificamente sobre os direitos humanos.

Na Alemanha, essa reforma se encontra em andamento. A modelagem responsável de uma estrutura sustentável e bem-sucedida na economia global é de particular interesse do Governo Federal alemão que se comprometeu a implementar medidas em direção a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Nesse propósito de atuação, o Plano de Ação Nacional Alemão sobre negócios e direitos humanos (NAP) se desenvolveu a expectativa de que pelo menos 50% das empresas alemãs com mais de 500 funcionários tivessem introduzido medidas eficazes de devida diligência de direitos humanos em seus processos de negócios até 2020. A essência seria destacar deveres e responsabilidades do Estado e das empresas, garantindo coerência nas políticas adotadas, assim como a sustentabilidade e competitividade dos negócios das empresas alemãs.

O processo de elaboração do Plano, embasado principalmente em recomendações internacional do Gabinete do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos e recomendações em caráter de *soft law*, envolveu dois modelos: as conferências e audiências públicas. A iniciativa se desenvolveu sob a perspectiva de lançar um roteiro que reunisse a capacidade dos atores de governo, empresas, sociedade civil, sindicatos e agentes relevantes

e uniformizar o entendimento sobre o conteúdo da devida diligência. As empresas assim, deveriam assumir um papel relevante no desenho de mecanismos de reclamação não estatais. Tal expectativa, no entanto, não prejudica o dever do Estado de garantir a proteção dos direitos humanos dentro de seu território.

A lei dá um passo em direção ao cumprimento dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos de 2011 ou Princípios Ruggie, ancorando maior responsabilidade nas empresas pela observância dos *standards* de direitos humanos por meio da gestão da cadeia de suprimentos. Os Princípios Orientadores estabelecem detalhadamente quais medidas as empresas devem tomar para identificar, prevenir e mitigar as violações de direitos humanos e como elas devem reagir em caso da ocorrência das violações.⁵²⁰

Considerando, todavia, que os Princípios não criam novas obrigações de direito internacional, sua eficácia depende da transposição pelos Estados em suas leis internas. A maioria dos Estados optam por implementar o conteúdo dos Princípios por meio de Planos de Ações Nacionais. A fim de definir se uma ação legislativa seria, de fato, necessária, o Governo Alemão apresentou duas pesquisas em 2019 e 2020 que revelaram um resultado preocupante: apenas 13 a 19% das empresas alemãs lidavam com direitos humanos em suas cadeias produtivas.⁵²¹

Em vista do comprometimento do governo alemão em tomar medidas legais caso a meta não fosse alcançada é que se iniciaram os debates sobre uma iniciativa mais drástica com proposta de regras estatais mais rígidas e estruturadas, materializada na *Lieferkettengesetz* ou Lei alemã para as cadeias produtivas. A ideia central, observando os fundamentos do *Verhältnismässigkeit* ou princípio da proporcionalidade, compreende a aplicação de sanção proporcional à gravidade do abuso dos direitos humanos e o tamanho e porte da empresa. A lei não busca impor um *standard* de comportamento corporativo impraticável dentro das regras de mercado, pelo contrário, consagra a devida diligência e permite a responsabilização das empresas na hipótese de ausência de devido cuidado, ou ainda quando a empresa causa ou contribui para danos que poderiam ter sido previstos e

⁵²⁰ UN Guiding Principles for Business and Human Rights, p. 13 ff., Principles No 11-24

⁵²¹ Zwischenbericht Erhebungsphase 2019, p. III and Zwischenbericht Erhebungsphase 2020, p. IV. O resumo dos resultados colhidos a partir de ambas a pesquisa está disponível em: <<https://www.auswaertigesamt.de/de/aussenpolitik/themen/aussenwirtschaft/wirtschaft-und-menschenrechte/monitoringnap/2124010>>. Para maiores detalhes sobre a circunstâncias das pesquisas, veja também o comunicado de imprensa do Ministério Federal da Cooperação Econômica e Desenvolvimento. Em : <http://www.bmz.de/de/presse/aktuelleMeldungen/2020/juli/200714_pm_21_Bundesminister-Heil-und-Mueller_Jetzt-greift-der-Koalitionsvertrag-fuer-ein-Lieferketten-Gesetz_Ziel-ist-einAbschluss-noch-in-dieser-Legislaturperiode/index.html>

evitados.

Por outro lado, nem todas as violações de direitos humanos no âmbito corporativo necessariamente devem ser caracterizadas como ilícitos atribuíveis à empresa e o zelo de definir e entender o escopo do delito no que se refere aos direitos humanos é necessário. Kubiciel,⁵²² a partir desse marco normativo, sugere que se iniciam debates sobre questões fundamentais como: seriam as empresas destinatárias legais das obrigações de direitos humanos? Ou ainda, poderiam os direitos humanos serem aplicados, a despeito de fronteiras sociais, econômicas e políticas, impondo regras a empresas nacionais, mesmo que os Estados tenham continuamente falhado na sua responsabilidade em proteger esses direitos por décadas?

Em junho de 2021, o Parlamento alemão ("Bundestag") adotou a "Lei sobre Diligência Devida Corporativa em Cadeias de Abastecimento" (Lei de Devida Diligência na Cadeia de Abastecimento). A Lei impõe, para pela primeira vez, uma obrigação vinculativa para que as empresas estabeleçam, implementem e atualizem procedimentos de devida diligência para melhorar o cumprimento dos direitos humanos essenciais especificados e, até certo ponto, a proteção ambiental nas cadeias de abastecimento. Esta lei se aplica não apenas a empresas com sede social ou principal local de negócios na Alemanha, mas também a empresas estrangeiras que tenham uma filial na Alemanha. Dessa forma, as novas obrigações para a devida diligência na cadeia de abastecimento impactarão inevitavelmente as empresas estrangeiras que fazem negócios com empresas alemãs.

A iniciativa da *Lieferkettengesetz*, que entra em vigor em 2023, confere grande relevância ao alinhamento da cadeia de fornecimento com os princípios existentes na legislação alemã, introduzindo e definindo ofensas, a fim de prevenir o trabalho infantil e condições de trabalho desumanas ou análogas à escravidão. A partir de uma aplicação escalonada, primeiro para empresas com pelo menos 3.000 funcionários e, a partir de 2024, o limite é reduzido para 1.000 funcionários, a proposta é aumentar o número de empresas efetivamente expostas à lei.

A lei se aplica a empresas com sede na Alemanha, independentemente de sua forma jurídica e, portanto, não tem alcance sobre empresas estrangeiras ou organizações sem sede principal ou subsidiária na Alemanha, ainda que forneçam bens ou serviços no mercado alemão. A definição de um "risco para os direitos humanos" é compreendida como uma

⁵²² KUBICIEL, Michael. Sonderunternehmensstrafrecht für fehlende Sorgfalt in Lieferketten. <https://www.juris.de/jportal/portal/t/201y/page/homerl.psml?nid=jpr-NLSFADG000521&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp>

situação que pode, com certa probabilidade, causar uma violação de direitos humanos reconhecidos internacionalmente. A lei contém uma lista aberta e indicativa de violações como trabalho infantil, forçado, liberdade de negociação coletiva, discriminação, estendendo a necessidade de devida diligência aos riscos ambientais, ainda que forma bastante limitada.⁵²³

Partindo da mesma visão trazida por diversas Diretrizes e Orientações da OCDE, a lei busca especificar em que consistem as obrigações de conformidade dentro da cadeia produtiva, tendo como premissa a necessidade de “conhecer seu fornecedor”.⁵²⁴ Em essência, um sistema de gerenciamento de risco funcional na cadeia de fornecimento é necessário para conhecer toda a cadeia e os riscos existentes, com a finalidade de desenvolver medidas de controle e atenção à intensidade do risco concreto ou abstrato. Justamente por meio da devida diligência a empresa evita as más práticas comerciais que vão desde danos ambientais até exploração e práticas comerciais desleais, incluindo mecanismos de verificação, monitoramento e avaliação de risco nas cadeias paralelas de fornecimento com prestadores de serviço e logística. Os riscos de direitos humanos em subsidiárias são incluídos nos negócios da empresa-matriz desde que verificado que a empresa-mãe exerce influência determinante sobre a subsidiária.

A vagueza quanto ao que se entende como “influência determinante”, no entanto, exigirá uma avaliação geral de todos os aspectos jurídicos e factuais que regem a relação comercial entre a empresa-matriz e o grau de autonomia da subsidiária. O dever das empresas de respeitar os direitos humanos deve existir independentemente da (in)capacidade dos Estados de cumprir essas normas. Atualmente, a realidade demonstra que as empresas raramente conhecem e têm controle sobre todos os elos de sua cadeia de suprimentos e, ainda menos recursos para monitorar e avaliar todos os terceiros envolvidos na sua esteira de produção. Nesse contexto, o risco do descumprimento das obrigações legais é evidentemente elevado, cabendo às empresas desenvolver a transparência necessária para mitigar os riscos.

Sob uma perspectiva prática, pode ser difícil para as autoridades competentes

⁵²³ Os riscos ambientais só são relevantes se houver risco de violação da Convenção de Minamata sobre Mercúrio de 2013, Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes de 2001 ou a Convenção de Basileia sobre Resíduos Perigosos de 1989. Além disso, a lei refere ao risco de poluir o solo, a água e o ar se isso levar a violações dos direitos à alimentação, água, saneamento e saúde (Seção 2, parágrafo 3).

⁵²⁴ Exemplos de iniciativas da OCDE na tentativa de conferir maior materialidade ao dever de devida diligência em diversos segmentos corporativos são a OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, 2016; OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains; OECD, Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector; OECD, Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting e OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector.

obterem uma compreensão clara e suficiente sobre a relação real de controle que possa existir entre a empresa-matriz e a subsidiária, de maneira que resta factível o legislador assumir que a empresa-mãe apenas seja considerada incapaz de impedir violações em suas filiais ou subsidiárias em situações atípicas.

As obrigações de devida diligência na lei alemã incluem a adoção de uma declaração de política, estabelecimento de um sistema de gestão de risco, análises de risco regulares, o estabelecimento de medidas preventivas e corretivas no próprio negócio da empresa e em relação aos fornecedores diretos, a instalação de um procedimento de reclamação e devida diligência em relação aos fornecedores indiretos, bem como documentação e relatórios (Seção 3, parágrafo 1).⁵²⁵

O escopo da devida diligência, conforme proposto na lei alemã, é essencialmente determinada pelo princípio da adequação, no sentido da relação entre natureza e extensão da atividade empresarial, influência da empresa sobre os direitos humanos, gravidade, reversibilidade e probabilidade da violação e a natureza da contribuição causal da empresa para a violação em si.

A lei alemã obriga as empresas a realizar análises de risco anuais para identificar os riscos dentro suas próprias operações comerciais e em seus fornecedores diretos, porém deixa de fora os fornecedores indiretos e subcontratados. Como a lei aderiu a um conceito bastante restrito de “cadeia produtiva”, não resta claro em que medida as atividades de subsidiárias que não fazem parte da empresa-mãe- e que, portanto, não contribuem para a produção do bem ou prestação do serviço-são abrangidas pelo escopo da lei. Apesar de se propor, em resumo, a forçar as empresas a estabelecer sistemas de gestão de direitos humanos e conformidade ambiental, sob uma perspectiva crítica, portanto, a lei deixa de lado as violações que acontecem na base das cadeias de valor. Trabalho infantil na produção do cacau, exploração de trabalhadores em minas e indústrias manufatureiras são exemplos de graves violações de direitos humanos identificáveis na base das cadeias, na maioria das vezes, apenas por denúncias. Ainda importante consignar que embora a lei se aplique integralmente a toda a cadeia produtiva da empresa, a obrigação de devida diligência se aplica diretamente à empresa e aos seus fornecedores diretos tão somente.

No que se refere a fornecedores indiretos e subcontratados, as empresas devem realizar uma análise de risco quando existe evidência substancial sugerindo possíveis

⁵²⁵ KRAJEWSKI, Markus; TONSTAD, Kristel; WOHLTMANN, Franziska. Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?, 2021.

violações a direitos humanos e danos ambientais. Uma vez identificados os riscos, é obrigação da empresa tomar imediatamente as medidas preventivas adequadas, incluindo tratar de práticas adequadas de compras e vendas, treinamento em áreas de negócios relevantes, com base no risco de medidas de controle e garantia contratual de um fornecedor direto para cumprir com os direitos humanos e expectativas ambientais e abordá-los em toda a cadeia de abastecimento.

Uma limitação importante se verifica, portanto, especificamente quando a empresa tiver conhecimento comprovado de uma possível violação de uma posição legal protegida ou no contexto comercial de qualquer um de seus fornecedores indiretos, as obrigações de devida diligência mencionadas também se aplicarão aos negócios dos fornecedores indiretos.

Na hipótese de a violação dos direitos humanos ou dano ambiental já terem ocorrido ou sejam iminentes, a empresa deve tomar medidas corretivas apropriadas imediatas para prevenir, cessar ou mitigar os impactos desta violação. Como parte de suas funções de *due diligence*, as empresas devem estabelecer uma gestão de risco adequada e eficaz em relação ao seu próprio negócio, bem como ao de quaisquer fornecedores diretos, e realizar uma análise de risco adequada. Quando uma análise de risco de componente revelar indicações de arranjos abusivos da cadeia produtiva, a empresa necessariamente deverá sujeitar seus fornecedores indiretos na análise de risco. Essa estratégia busca endereçar uma falha das propostas normativas para monitoramento da cadeia produtiva que é a perspectiva estritamente voltada para os níveis mais próximos da cadeia produtiva, quando a realidade demonstra que as violações mais gravosas geralmente ocorrem na base da cadeia de valor. É nessa perspectiva que a proposta de responsabilização derivaria do fato de as empresas não prevenirem a ocorrência de violações na sua cadeia produtiva.

Medidas preventivas adequadas, sobretudo no que diz respeito à seleção de fornecedores, contratos de fornecimento e implementação de mecanismos de controle, devem ser imediatamente adotadas após a identificação do risco. Da mesma forma, caso não sejam identificados quaisquer riscos ou violações, esse contexto deve ser também explicado de forma plausível no relatório. Além disso, as empresas devem implementar um procedimento interno de reclamação ou mecanismo de reclamação que permita às pessoas notificar potenciais riscos ou violações de direitos humanos protegidos ou obrigações ambientais decorrentes das atividades econômicas da empresa em seu próprio negócio e / ou de qualquer um de seus diretos ou indiretos fornecedores. Todas as notificações devem ser acompanhadas e as empresas também devem estabelecer regras de procedimento por escrito e disponibilizá-las ao público para consulta.

Como parte de sua gestão preventiva, as empresas devem emitir uma declaração sobre sua estratégia de direitos humanos. A responsabilidade por esta declaração é da gestão da empresa. Além disso, as empresas devem preparar um relatório anual sobre o cumprimento de suas obrigações de *due diligence* durante o exercício fiscal anterior. Este relatório deve ser disponibilizado ao público gratuitamente no site da empresa por pelo menos sete anos. A incerteza permanece sobre o papel que esta obrigação de relatório adicional desempenhará no contexto das outras funções, especialmente as funções de relatório não financeiro. É de se esperar, no entanto, que o cumprimento das obrigações de relatório no LkSG exigirá mais do que relatórios não financeiros, uma vez que o último "apenas" requer a identificação de riscos materiais (com as empresas na prática, supostamente, muitas vezes não identificando riscos dentro do significado do LkSG, referindo-se ao requisito de materialidade), enquanto o LkSG impõe uma obrigação de relatório abrangente, independentemente dos limites de materialidade.

A meta de imposição às empresas da responsabilidade de respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos é bastante ambiciosa. Apesar do forte lobby empresarial que assumiu um papel significativo na moderação das obrigações de devida diligência dispostas no escopo inicial da lei, o texto aprovado obrigou as empresas alemãs a identificar, mitigar e prevenir regularmente os riscos associados às suas próprias atividades e com os fornecedores e terceiros com os quais têm uma relação contratual. Para tanto, a existência de um código de conduta, assim como padrões de conformidade em direitos humanos fazem parte da devida diligência e são parte de uma estratégia responsável e responsiva. Do ponto de vista de grandes organizações multi e transnacionais, o desafio é ainda maior, tendo em vista a capacidade de as cadeias de abastecimento se estenderem além da influência direta de apenas uma empresa.

Ao mesmo tempo, outra limitação se refere ao fato de a proposta de lei tratar essencialmente às áreas de negócios da empresa e seus respectivos fornecedores e subcontratados, sendo que com a entrega do produto final, o dever de atendimento dos *standards* de direitos humanos- em tese- se encerraria. Quando transposta esta lógica, por exemplo, a produtos de tecnologia e vigilância, resta evidente que a lei não se compromete em exigir informações sobre como esses produtos seriam usados, dispensando os fornecedores de uma responsabilidade importante.

Inobstante o envolvimento da Alemanha nas cadeias de abastecimento globais,⁵²⁶

⁵²⁶ A Volkswagen sozinha emprega cerca de 40.000 fornecedores pelo mundo todo. Retirado de: < <https://netzpolitik.org/2021/lieferkettengesetz-sorgfaltspflicht-geht-nicht-ueber-das-endprodukt-hinaus/>>.

amortecida pela ideia de que a lei não deveria sobrecarregar as pequenas empresas, caso a empresa tenha conhecimento fundamentado de uma possível violação de um dever legal ou obrigação ambiental por parte de seus fornecedores indiretos, deve realizar imediatamente uma análise de risco, implementando medidas de prevenção ou minimização de possíveis danos.

A *Lieferkettengesetz* também não busca uma proteção ambiental de cunho abrangente, estendendo as obrigações de devida diligência a certos riscos ambientais necessários à proteção da saúde humana. Especificamente no que se refere à proibição de causar impactos nocivos ao solo, poluição da água, ar, ou seja, desde que afetem negativamente os recursos naturais dos quais as pessoas dependem.⁵²⁷

Por outro lado, a iniciativa não inova no aspecto da responsabilização, na medida que deixou de trazer responsabilidade criminal e trazer consigo o “*stick*” necessário para induzir o comportamento corporativo. Existe a previsão de sanções que vão desde a proibição de contratar com o Poder Público até multas coercitivas atreladas ao faturamento. A proposta inova, no entanto, na medida em que permite que os sindicatos e sociedade civil ajuízem ações judiciais contra empresas alemãs, em face de um comportamento danoso ou negligente, embora não preveja uma expansão evidente do fundamento legal de responsabilização civil corporativa. Dessa forma, eventuais obrigações legais de devida diligência criadas com o objetivo de melhorar a situação dos direitos humanos seriam absorvidas pelo direito administrativo e pela lei alemã de Contraordenações (OWiG).⁵²⁸

Na hipótese de a empresa se esquivar de suas obrigações, multas e sanções poderão ser aplicadas na proporção de até 2% do faturamento anual, associada a sanções não monetárias como a exclusão da contratação com o poder público e participação em licitações públicas por até três anos. No processo de discussão e aprovação da lei, houve naturalmente um forte lobby das associações empresariais alemãs para enfraquecer as medidas de austeridade em face das corporações.

No que concerne aos custos, um estudo da Comissão Europeia concluiu que qualquer aumento nos custos permaneceria relativamente baixo em comparação com a receita das

Acesso em 07.04.2021.

⁵²⁷ A proposta de lei alemã se baseia no necessário cumprimento de certas proibições essenciais estipuladas por três convenções internacionais, a Convenção de Minamata sobre Mercúrio, a Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes e a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços sobre Eliminação de Resíduos Perigosos.

⁵²⁸ A Lei alemã de Contraordenações calibra uma espécie de direito penal administrativo, tendo-se em vista que a partir de sua seção 30 prevê a possibilidade de aplicação de sanções diretamente a pessoas jurídicas.

empresas, incluindo pequenas e médias empresas. Do ponto de vista sistêmico, conforme aponta Kubiciel,⁵²⁹ a lei alemão sobre cadeias produtivas cria uma tensão organizacional em face das demais normativas e do próprio Código Penal alemão. Isto porque, a severidade das sanções prevista pela *Lieferkettengesetz* é significativamente maior do que falhas de conformidade derivadas do descumprimento das normas do Código Penal alemão. Nessa circunstância, a seção 30 da Lei de Contraordenações (OWiG) prevê, por exemplo, sanções menos gravosas pela prática direta de um crime por um diretor administrativo de uma pessoa jurídica do que a própria *Lieferkettengesetz* pela empresa que não é capaz de evitar violações legais por parte de seus fornecedores.

4.6 Indicadores e cultura de auditoria em direitos humanos

O uso de indicadores para monitorar a conformidade corporativa com direitos humanos vem crescendo rapidamente. Se na década de 90, havia ainda grande resistência à utilização de indicadores em razão de supostas conclusões superficiais ou simplificadas demais. Merry sugere que o uso em escala de indicadores, no entanto, ignora a especificidade de vários direitos humanos, obscurecendo violações.⁵³⁰ Ao mesmo tempo, existem erros de medição que influenciam diretamente nos critérios de comparação. Empresas com uma cultura organizacional mais alinhada com a proteção de direitos humanos tendem, por exemplo, a relatar de maneira mais transparente e fidedigna as violações ocorridas.

A forma tradicional de avaliar o desempenho em direitos humanos de uma empresa implica a avaliação em nível individual, sob a perspectiva da narrativa daqueles afetados pelas atividades da empresa. Para identificar se o comportamento abusivo em um caso específico é uma regra ou apenas a exceção, no entanto, exige indicadores. Os indicadores simplificam e padronizam os dados de direitos humanos, a fim de agregar diferentes informações e permitir a sua comparação.⁵³¹ São essas métricas que ajudam as empresas identificar o grau de devida diligência em vigor para garantir o respeito aos direitos humanos.

Embora haja discussões sobre como desenvolver parâmetros para indicadores

⁵²⁹ KUBICIEL, Michael. Sonderunternehmensstrafrecht für fehlende Sorgfalt in Lieferketten. <https://www.juris.de/jportal/portal/t/201y/page/homerl.psm1?nid=jpr-NLSFADG000521&cmsuri=%2Fjuris%2Fde%2Fnachrichten%2Fzeigenachricht.jsp>

⁵³⁰ MERRY, Sally Engle. Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance. *Current Anthropology*, Vol. 52, No. S3, *Corporate Lives: New Perspectives on the Social Life of the Corporate Form*: Edited by Damani J. Partridge, Marina Welker, and Rebecca Hardin (Supplement to April 2011), pp. S83-S95

⁵³¹ Confirmando a capacidade simplificadora dos indicadores, ver ANDERSEN, Erik André; SANO, Hans-Otto. Human Rights Indicators at Programme and Project Level: Guidelines for Defining Indicators Monitoring and Evaluation (The Danish Institute for Human Rights 2006) 22–23.

confiáveis e mensurar os erros de medição e a qualidade dos dados, fato é que existe uma série de vantagens associadas à sua utilização. Agências como a ONU, UNICEF, FMI têm iniciativas de longo alcance para desenvolver indicadores estatísticos de temas em pautas mundiais como desenvolvimento econômico, pobreza, desigualdade, entre outros. Já desde Amartya Sen, por exemplo, a abordagem de desenvolvimento baseado em garantia de direitos estimulou a utilização de indicadores de base econômica para avaliação do cumprimento de direitos humanos.⁵³²

O Instituto Dinamarquês de Direitos Humanos (DIHR) produziu uma ferramenta de avaliação de conformidade com direitos humanos que permite às empresas identificar o grau de devida diligência, por meio da incorporação de um banco de dados de diversos indicadores, cada um medindo a implementação de direitos nas políticas e procedimentos corporativos.⁵³³ Cada empresa avaliada recebe um relatório de conformidade ou não conformidade em suas operações, a partir de um mapeamento que se propõe a identificar violações em algumas categorias como não discriminação, igualdade de gênero, liberdade de associação, negociação coletiva, trabalho forçado ou infantil e direitos dos indígenas.

Os indicadores estão se multiplicando como ferramentas essenciais para promover reformas e transformações, rastreando a preparação das empresas na gestão de sua exposição aos direitos humanos. Em termos de governança global, os indicadores são cada vez mais usados porque existem demandas crescentes para políticas “baseadas em evidências” para organizações públicas e também privadas. A utilização de indicadores para alinhamento estratégico de pautas de ação tem migrado recentemente para os direitos humanos. A utilização das estatísticas permite ir além do debate político, usando dados práticos e conhecimento técnico para subsidiar a tomada de decisões.

Grandes bancos, organizações internacionais e agências de fomento e desenvolvimento, como o próprio Fundo Monetário Internacional criaram uma ampla variedade de indicadores para disseminar modos de conhecimento e governança em esferas sociais diversas. Embora já sejam amplamente usados em iniciativas abrangentes de políticas mundiais, cada vez mais assumem um papel relevante também na formatação de estratégias

⁵³² Amartya Sen em “O desenvolvimento como liberdade” reconhece a importância do mecanismo de facilidade econômica como meio gerador de riquezas, citando o exemplo do mecanismo de disponibilidade de financiamento e seu acesso a ele, o que proporciona um aprimoramento em todos os setores da cadeia produtiva, desde a pequena empresa até a grande corporação. As oportunidades sociais, no entanto, são responsáveis por eliminar as maiores distorções em uma sociedade, garantindo serviços essenciais ao desenvolvimento social e humanos. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁵³³ Danish Institute for Human Rights, *Human Rights Compliance Assessment 2.0* (2010), <https://hrca2.humanrightsbusiness.org/>. Danish Institute for Human Rights, *Human Rights Compliance Assessment 2.0* (2010), <https://hrca2.humanrightsbusiness.org/>.

de responsabilidade empresarial. Essa abordagem, que conta com voluntariedade e monitoramento acresce na experiência de organizações empresariais que, assim como indivíduos, participam de formas semelhantes de formação de identidade e construção de reputação.⁵³⁴

As tecnologias de auditoria e avaliação de desempenho alcançaram muitos ambientes de governança. No campo dos direitos humanos, os indicadores assumem uma forma de produção de conhecimento que tornam, através de medidas numéricas, visíveis a violação e as desigualdades perpetradas por grandes organizações empresariais, ocultadas em outras circunstâncias.

Embora a formulação dos próprios indicadores tenha, indiretamente, origens políticas e escolhas alinhadas a teorias subjacentes, claramente o uso de instrumentos quantitativos tem transformado a maneira pela qual as empresas cultivam seu negócio. Os números abertos ao escrutínio das autoridades públicas e sociedade civil promove um efeito significativo de governança. A quantificação das informações promove assim uma abertura à opinião pública. A rotulagem do indicador não necessariamente, no entanto, reflete com precisão os dados objeto de mensuração. A decisão sobre o que os dados representam e quem decide o que é “contabilizado” e o seu respectivo “peso” é fundamental para a maneira pela qual o indicador produz conhecimento.

Os indicadores fornecem elementos para justificar a necessidade de reformas e podem, com eficiência, destacar déficits, esferas de violações de direitos humanos e compreendem uma ferramenta valiosa para demonstrar áreas de falha de atuação corporativa e estatal. O indicador, portanto, associado ao *benchmark*, contribui para acompanhar a evolução do cumprimento de metas e avaliações de desempenho.

Vários indicadores foram desenvolvidos, por exemplo, para monitorar e sistematizar dados sobre o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. A mudança de perspectiva com a adoção de um indicador sinaliza também uma transformação na administração da legislação sobre direitos humanos. Em vez de pressionar cada Estado e, indiretamente, cada empresa sob sua jurisdição a cumprir obrigações de direitos humanos com base em relatórios diferentes, informados por outros parâmetros e moldados pela história e agenda política nacional, os indicadores permitem realizar comparações. Em última instância, o ônus do descumprimento de *standards* recai sobre o próprio indicador: a conformidade torna-se mais aberta à avaliação e verificação.

⁵³⁴ MERRY, Sally Engle. Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance. *Current Anthropology*, Vol. 52, No. S3.

A partir do indicador, o monitoramento de conformidade é uma questão de registro do desempenho e do *disclosure* de informações relevantes. A definição ativa de indicadores pelos quais as corporações serão julgadas em termos de responsabilização é uma atividade que deveria envolver a participação do Estado e das próprias organizações empresariais. Na medida em que o indicador permite concretizar cenários variáveis e complexos em cenários comparáveis, as tecnologias de conhecimento podem representar um recurso útil para conceber a estrutura e composição desses indicadores.

É preciso reconhecer, contudo, que qualquer indicador é inevitavelmente político e enraizado em concepções atreladas a problemas e teorias de responsabilização. Indicadores globais contemporâneos, para que possam ser viáveis do ponto de vista da mensuração em nível internacional, além do alinhamento entre Estados, dependem de intensa cooperação de cada jurisdição no monitoramento das informações declaradas. Isto porque na lógica do indicador, o ônus da capacidade de conformidade é colocado sobre as empresas e não sobre os órgãos fiscalizadores.

É incontroverso que os indicadores de direitos humanos não são ferramentas técnicas e politicamente neutras. Em vez disso, são capazes de alterar o poder das relações, pois à medida que os indicadores se tornam peças centrais para a governança de direitos humanos e sistemas, passa a ser fundamental examinar como são produzidos e como afetam as relações de poder global a partir do viés de análise.⁵³⁵

A quantificação passou a ser utilizada, já desde meados do século XIX, para mensurar objetivamente uma série de funções do Estados e de atores privados- como as corporações. Em certa medida, naturalmente a capacidade de comparação, por meio dos indicadores, tende a aumentar o escrutínio público do desempenho de cada corporação o que, em potencial, pode incentivar e reforçar uma cultura de governança aliada ao cumprimento de direitos humanos na cadeia produtiva. A parametrização do indicador busca, em última instância, fomentar a melhoria do desempenho das corporações, por meio de uma cultura de auditoria.

Em nível internacional, por exemplo, desde a década de 90 existe a iniciativa do GRI ou *Global Reporting Initiative* que criou uma rede internacional de relatórios em que são reportadas boas condutas, padrões de sustentabilidade, valores da organização e modelo de governança. As diretrizes criadas e conhecidas como G4 padronizam as informações contidas nos relatórios, tornando-as compreensíveis e comparáveis. A proposta, no entanto, não está imune a críticas. Uma das deficiências apontadas pelas organizações é o fato de o

⁵³⁵ MERRY, Sally Engle. Measuring the World, 52 CURRENT ANTHROPOLOGY S83, S85, 2011.

modelo proposto estar focado nas necessidades de grandes empresas, podendo enganar os tomadores de decisão ou camuflar práticas insustentáveis.⁵³⁶

O Pacto Global, por sua vez, também compreende iniciativa proposta pela Organização das Nações Unidas para encorajar empresas a adotar políticas de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade, tipificando a tentativa de desenvolver mecanismos alternativos de governança corporativa para preencher a lacuna de regulação centrada no Estado em face da hegemonia neoliberal.⁵³⁷ Os relatórios são chamados de “comunicações de progresso” e caso o país signatário deixe de divulgar seus relatórios será definido como inativo e retirado. Nessa proposta, as empresas são estimuladas a desenvolver suas próprias métricas, de maneira a produzir medidas confiáveis e específicas para avaliar o progresso.

Ainda dentro desse escopo, a proposta é alvo de críticas abrangentes que vão desde a ideologia de aproximação das Nações Unidas aos interesses corporativos, convergindo com críticas organizacionais e procedimentais que não abordam a raiz do problema de como o equilíbrio cultural, político e econômico vem mudando em uma direção que prejudica a democracia e a governança. A crítica maior vem no sentido de compreender a iniciativa como um meio de reproduzir e legitimar as relações de poder existentes, em vez de promover o desenvolvimento social e econômico mais juntos e sustentável.

O conteúdo dos indicadores é bastante abrangente, havendo parâmetros para sessões de treinamento de funcionários até políticas e programas de gestão. Alinhados os *standards* de atuação empresarial no que concerne a práticas social e ambientalmente sustentáveis, é possível ainda pensar no grau de cumprimento dos indicadores pelas empresas como requisito de elegibilidade para contratar com o Poder Público, acessar linhas de crédito e se beneficiar de algum incentivo governamental.

Não parece distante da realidade assim, conceber os indicadores como reais ferramentas de controle e gestão corporativa, acompanhados de avaliações constantes de desempenho pelas autoridades públicas. O uso de técnicas estatísticas certamente viabiliza uma melhor governança, consolidando categorias importantes e comparáveis dentro das cadeias produtivas, no que concerne à observância e cumprimento dos direitos humanos.

⁵³⁶ FONSECA, Alberto; MCALLISTER, Mary Louise; FITZPATRICK, Patricia. Sustainability reporting among mining corporations: a constructive critique of the GRI approach, *Journal of Cleaner Production*, Volume 84, 2014.

⁵³⁷ Segundo John Ruggie, a iniciativa é uma tentativa de cima para baixo de criar um modelo híbrido e voluntário de engajamento corporativo em práticas sociais e ambientalmente responsáveis que foi denominada de “novo domínio público global”

Ao mesmo tempo, a segurança em comparar informações assertivas sobre corporações multi e transnacionais, permitiria viabilizar um modelo de *evidence-based regulation* que toma como parâmetro de avaliação determinados indicadores para responsabilização empresarial. Não é irrazoável pensar que, em um futuro próximo, com o alcance e monitoramento proporcionados pela tecnologia, possivelmente a alimentação desses indicadores com informações relevantes para compor os índices ficará progressivamente menos sujeita à manipulação e enviesamento pela organização empresarial.

É possível elencar, minimamente, três requisitos acerca do desenvolvimento de indicadores. O primeiro no sentido de que os indicadores não devem limitar seu foco em questões de direitos humanos que têm consequências financeiras significativas para a empresa. O segundo requisito impõe aos indicadores que não sejam computadas contribuições positivas para a proteção dos direitos humanos, inclusive por meio de atividades filantrópicas, “compensando” violações sistemáticas com a promoção de direitos humanos em suas operações. E o terceiro compreende a existência de três camadas de direitos humanos: indicadores de políticas, processos e impactos.

Os Princípios Orientadores deixam claro que as empresas devem expressar seu compromisso de atender à responsabilidade de respeitar os direitos humanos por meio de (a) uma declaração política que seja aprovada no mais alto nível da empresa, (b) seja informada por auditorias internas ou externas, (c) estipule as expectativas de direitos humanos internamente e em outras partes diretamente ligadas às suas operações, (d) seja disponibilizada publicamente e comunicada interna e externamente a todos os funcionários, negócios, parceiros e (e) seja refletida nas políticas e protocolos por toda a empresa.

No âmbito de empresas e direitos humanos, não há consenso sobre quantas dimensões os indicadores de impacto devem levar em consideração e como essas dimensões devem ser ponderadas.⁵³⁸ Os desafios metodológicos mais importantes na produção de indicadores válidos englobam variáveis omitidas, porque os abusos de direitos humanos podem ser “subnotificados”. O “paradoxo das estatísticas em direitos humanos” reflete a circunstância de que quanto menos informações sobre violações de direitos humanos, é possível presumir a existência de mais violações.

O ambiente em que cada empresa opera também influencia significativamente sobre a frequência da notificação de violações, a depender de uma cultura onde os defensores de

⁵³⁸ LOPEZ, George A.; STOHL, Michael. Problems of Concept and Measurement in the Study of Human Rights, in HUMAN RIGHTS AND STATISTICS: GETTING THE RECORD STRAIGHT 216, 224ff.

direitos humanos têm liberdade para se manifestar e, portanto, poucos abusos passam ao largo de documentação e outras culturas de sigilo, em que violações substanciais permanecem desconhecidas. A mera linguagem dos indicadores, que ocorre a partir de definições de elementos relevantes para o mapeamento, com seu aspecto aparentemente objetivo, pode tornar ainda mais difícil a responsabilização pelos violadores de direitos humanos.

Traduzir a observância aos direitos humanos em escalas numéricas não deixa de ser, portanto, um empreendimento desafiador. Por um lado, pequenas pontuações são improváveis de serem percebidas como mediadas confiáveis e, por outro lado, grandes diferenças são óbvias, mesmo sem o uso de indicadores. Qualquer medição minimamente confiável depende de boas informações. E, no entanto, as principais fontes de informações sobre direitos humanos são os próprios relatórios corporativos e documentação de terceiros.

As grandes vantagens associadas ao autorrelato corporativo envolvem três importantes questões: as empresas estão em melhor posição para conhecer sua própria situação de direitos humanos, as informações são mais facilmente acessíveis e os números geralmente são padronizados e passíveis de comparação. O grande desafio do autorrelato corporativo é seu escopo e confiabilidade.

De fato, não é esperado que a empresa faça um relatório fidedigno sobre impactos adversos, principalmente quando derivam de infrações ou atos ilegais. Os autorrelatos também são particularmente difíceis de serem contestados e podem afirmar, por exemplo, que consultaram todas as partes interessadas, mas a sociedade civil e as organizações podem afirmar que foram excluídos alguns grupos vulneráveis. Uma solução para a ausência de confiabilidade nas produções de relatórios unilaterais encontra respaldo em inovações regulatórias que exigem a divulgação corporativa de sustentabilidade. Exemplo disso é um modelo de relatório comum, denominado HURIDOCS (*Human Rights Information and Documentation Systems*) que estabelece diretrizes uniformes para coleta de dados e relatos de violações de direitos humanos.

Em algumas circunstâncias, porém, os indicadores representam ferramentas de *advocacy* menos poderosas do que a narrativa das próprias vítimas. Focar apenas na dimensão numérica dos abusos de direitos humanos pode levar à perda da perspectiva do sofrimento, da dor e da vitimização. Por outro lado, parece viável conceber escalas para processos de direitos humanos em que especialistas podem atribuir pontuações a políticas corporativas em atenção à conformidade com os Princípios Orientadores. No contexto de novas tecnologias, há uma oportunidade de diminuir os custos de realização de pesquisas e

obter opiniões das partes interessadas.

Existem várias leis e normas suaves que aludem à questão da responsabilidade criminal corporativa e sistemas de gestão de conformidade. Em relação a este último, pode-se citar a Organização Internacional de Padronização ISO 19600 sobre *Compliance Management Systems* (CMS), que estabelece as principais diretrizes para estabelecer e implementar um CMSs. Além disso, a ISO 13701 (2016) do mesmo organismo, que trata um tipo específico de sistema que visa o risco de suborno dentro da empresa, portanto, lança um sistema de gestão antissuborno. Adicionalmente, pode-se citar a ISO 26000 que trata do Padrão de Orientação sobre Responsabilidade Social (2010).⁵³⁹

Existem também iniciativas desenvolvidas em nível privado. Em 2012, por exemplo, várias organizações empresariais como a Coca-Cola, Procter & Gamble, Nestlé formaram a *Global Corporate Community of Practice*, uma iniciativa do setor privado que busca oferecer uma plataforma segura para coletar, desenvolver e compartilhar o melhor práticas sobre como usar ou adaptar métodos e ferramentas estabelecidas de gestão de risco para cumprir suas responsabilidades de devida diligência.

A elaboração de métricas e índices, dessa forma, deve passar por processos participativos e transparentes, com indicadores específicos do setor e do país a fim de diminuir as irregularidades decorrentes de variáveis omitidas e viés de informação. Ao mesmo tempo, a ausência de dados fiáveis sobre abusos de direitos humanos corporativos em todo o mundo impede a criação de indicadores de impactos adversos sobre os direitos humanos. No entanto, parece viável produzir escalas para as políticas e processos de direitos humanos de pelo menos para grandes organizações multi e transnacionais.

4.6.1 Teoria dos custos de transação e governança em direitos humanos

Em grande medida, dentro da crítica ao *corporate greed*, as corporações tiram proveito da convergência do capitalismo global e seus recursos, definindo investimentos estratégicos em países com fraca organização institucional, suscitando um amplo debate acadêmico e político sobre justiça social e violações de direitos humanos.

Na tentativa de responder o porquê existe uma difusão de práticas de violação de direitos humanos em países com sistemas jurídicos fracos e baixa qualidade regulatória, a teoria dos custos de transação fornece uma base para debater o oportunismo e as estratégias

⁵³⁹ Vide principalmente os parágrafos 6.3.3 (devida diligência em direitos humanos), 6.3.4 (riscos em direitos humanos) e 6.3.5 (como evitar a cumplicidade) da UNE-ISSO 26000, Guia de Responsabilidade Social, 2010.

de maximização de lucro das corporações. Nesse contexto, instituições fracas em economias emergentes geralmente resultam em sistemas de governança deficientes, que exercem pressões mínimas para que grandes organizações empresariais adotem práticas de gestão responsável.

No que se convencionou nominar como *problemas perversos do século XXI*, este século teria criado um abismo maior entre o que Prahalad define como Norte global e a Base da Pirâmide (BoP).⁵⁴⁰ Ao lado do modelo de internacionalização de Uppsala⁵⁴¹ e a agenda de maximização do lucro das multinacionais, emergem os questionamentos acerca de como as empresas desenvolvem seu nível de experiência e comportamento operando em diferentes mercados. As empresas “aprendem” em contextos institucionais frágeis a não cumprir a regulação nacional ou simplesmente abandonam suas iniciativas de responsabilidade social em face de sistemas de baixo *enforcement*?⁵⁴²

Na tentativa de responder a como e em que medidas as ideologias de convergência e a fraqueza institucional e deslocalização conduzem a violações de direitos humanos, Stiglitz questiona os méritos da biopolítica da circulação e do impacto do capitalismo.⁵⁴³ A realidade demonstra assim que as grandes corporações indiretamente usam seu código de governança corporativa, padrões éticos e filiação a instituições globais com a pretensão de evitar obrigações reais em um nível prático. A divulgação de responsabilidade social nos relatórios financeiros cria a falsa impressão de que elas operam e seguem os mais altos padrões éticos.

Na sua origem, a governança em direitos humanos emergiu de um contexto pós-Segunda Guerra Mundial em que se buscava desenvolver mecanismos para prevenir a violência massiva e a guerra. Na década de 90, impulsionado pelo internacionalismo liberal e associado a uma mudança operacional para implementação, houve um maior escrutínio de Estados em práticas de direitos humanos e acesso a procedimentos da ONU por atores não-estatais. Historicamente houve um desenvolvimento da abrangência para tratar desde aspectos relacionados a saúde e moradia até desenvolvimento sustentável, o que representa

⁵⁴⁰ PRAHALAD, C.K. A fortuna na base da pirâmide, edição revisada e atualizada do 5º aniversário: erradicando a pobreza por meio dos lucros, FT Press, 2009.

⁵⁴¹ O modelo de Uppsala busca explicar uma estratégia de internacionalização de empresas com foco no comportamento e crescimento da firma por meio da obtenção de conhecimento sobre novos mercados e comprometimento de recursos nestes novos mercados. Em oposição a esse modelo, as *born globals* representam empresas que iniciam sua internacionalização não de forma gradual, mas arriscando parte de seus recursos. TEIXEIRA, Ana; FLORES, Francisco. O modelo de internacionalização de Uppsala sob a ótica da visão baseada em recursos (RBV), 2014.

⁵⁴² ULLAH, Subhan; ADAMS, Kweku; ADAMS, Dawda; ATTAH-BOAKYE, Rexford. Multinational corporations and human rights violations in emerging economies: Does commitment to social and environmental responsibility matter?, *Journal of Environmental Management*, Volume 280, 2021.

⁵⁴³ STIGLITZ, Joseph E. Fazendo a globalização funcionar, WW Norton and Co, Nova York 2006.

um enorme desafio, mas ao mesmo tempo, compreende um esforço programático em resposta à contemporaneidade. Exemplo disso é a incorporação de direitos humanos tanto na agenda política interna quando na pauta externa de diversas jurisdições nacionais.

Os direitos humanos representam um importante alicerce normativo para ancorar uma concepção legítima de governança em nível global. Apesar da discussão sobre conteúdo e significado- que só tende a se intensificar à medida que a realidade se complexifica- há uma aceitação generalizada acerca da relevância dos direitos humanos para pautar a discussão de temas relativos à responsabilidade empresarial. O regime dos direitos humanos é mediado por diversos tratados, convenções e padrões e, à medida que a lacuna de conformidade se torna cada vez mais evidente.

A governança em direitos humanos carrega consigo entraves derivados de uma arena política globalizada em que os Estados assumem proeminência. O exercício do poder do Estado continua a ser desafiado por formas emergentes de autoridade privada. O imperativo dos direitos humanos dentro de um sistema de proteção internacional que se volta à harmonização de interesses entre os Estados e corporações é dificilmente ajustável. Há um corpo de evidências, por sua vez, que destaca o uso de intervenções legais, moldadas pelo quadro normativo protetivo de direitos humanos, que contribuiu para ganhos significativos em termos de proteção.

Indicadores, classificações e índices se tornaram uma característica distintiva da governança global em empresas e direitos humanos. A segmentação das arenas nacionais torna o dilema de governança particularmente agudo em matéria de proteção de direitos humanos. A lacuna entre padrões de direitos humanos e as práticas de jurisdições nacionais encontra resistência de complementação. Se o sistema global de direitos humanos já demonstra menor eficácia em países onde a proteção aos direitos humanos está mais em risco, em grandes corporações multi e transnacionais, a barreira é ainda maior. Sob outra perspectiva ainda, a inovação tecnológica permitiu desenvolver condições férteis para uma mobilização transnacional sem precedentes entre redes de direitos humanos, por meio de um monitoramento cada vez mais sofisticado e rigoroso.

É precisamente a incorporação de normas e estruturas de direitos humanos em sistemas internos de grandes organizações multi e transnacionais que oferece promessa de avanços na implementação de direitos humanos, capacitando importantes atores em um cenário de impasse multilateral.

Apesar das inclinações construtivas, a concepção de um modelo preditivo de direitos humanos a partir da utilização de indicadores marginaliza do âmbito de consideração alguns

mecanismos de influência indiretos.⁵⁴⁴ Isto porque, a despeito de qualquer compromisso assumido pelo Estado, existem atores não-estatais cujo poder de influência e manipulação normativa representa uma ameaça considerável à concretização de padrões internacionais de proteção. Por outro lado, essa não é uma consequência necessária.

A noção de co-governança em matéria de direitos humanos, por exemplo, suscita a utilização do enorme potencial de alavancagem de algumas corporações em torno de mecanismos de verificação e mitigação de riscos aos direitos humanos. A proposta de um modelo policêntrico de governança, atraindo explicitamente a contribuição regulatória de atores privados, gira em torno de uma estratégia de abordar as lacunas de governança, alavancando várias fontes de influência, em uma estratégia que se alinha inclusive com o que a Organização Internacional do Trabalho define como “governança sinérgica”. Ou seja, trata-se de uma abordagem que invariavelmente “abrirá” a corporação a imperativos de políticas públicas,⁵⁴⁵ transformando a mentalidade e cultura corporativa subjacente, na medida em que se utiliza dos recursos e sistemas da própria organização para solucionar seus problemas.

A busca pela maior transparência sobre direitos humanos nas cadeias globais de fornecimento depende, em grande medida, da criação de uma cultura de melhoria contínua dentro da organização. Existe uma questão crítica subjacente que permeia qualquer proposta de auditoria de conformidade social e trata de como identificar métodos de análises capazes de sinalizar, de forma confiável, se as empresas estão verdadeiramente internalizando uma cultura corporativa socialmente responsável.

Muito embora os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU contemplem a auditoria social como parte da devida diligência em direitos humanos, nessa estrutura, é concebida com um papel bastante limitado de atuar, preponderantemente, no contexto de rastreamento. Há quem sugira que a auditoria de fornecedores da cadeia de suprimentos seria um método eficaz para identificar impactos ou riscos aos direitos humanos,⁵⁴⁶ até diante do cenário proeminente de uso da auditoria ética ou social para identificar condições de trabalho análogas as de escravo ou, em alguma medida, exploradoras.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ DAI, Xinyuan. ‘The ‘compliance gap’ and the efficacy of international human rights institutions’, in: T. Risse *et al.* (eds.), *The Persistent Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 85-102.

⁵⁴⁵ PARKER, Christine. *The Open Corporation*. Cambridge University Press, 2002.

⁵⁴⁶ MCCORQUODALE, Robert, et al. 2017. ‘Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises’ 2(2) *Business and Human Rights Journal*, pp. 195-224.

⁵⁴⁷ TERWINDT, C; ARMSTRONG, A. Oversight and accountability in the social auditing industry: the role

Via de regra, é por meio de processos de auditoria de conformidade social que as empresas buscam verificar a conformidade do fornecedor com padrões de direitos humanos, geralmente inseridos em um código de conduta ou boas práticas e podem variar desde a inspeção física das instalações até a revisão de documentação e entrevistas. Por outro lado, também se observa que o mercado de consultorias em torno de *mandatory disclosure* é uma indústria que cresce e assume proporções cada vez mais mercadológicas, dissociando-se de seu propósito e finalidade.

Existe um custo e complexidade crescentes associados a atividades sociais que revelam com frequência, em episódios como o ocorrido em 2013 no Rhana Plaza em Bangladesh que a incapacidade ou ausência de disposição do Estado em impor normas restritivas nos locais de trabalho frequentemente anda de mãos dadas com as restrições impostas à atuação de sindicatos nesses mesmos ambientes de trabalho. É nesse cenário que as auditorias sociais “encomendadas” por empresas operam e buscam, em alguma medida, complementar ou suplementar as lacunas de governança na regulação da mão-de-obra global.

Existe uma série de resultados consistentes que demonstram que as duas principais falhas desse modelo de auditoria são a superficialidade e o foco nos sintomas, em vez da raiz do problema. Dessa forma, são muito mais utilizadas com instrumentos de “gerenciamento” do problema do que uma forma de engajamento colaborativo.

Essa conclusão fica clara quando percebemos que as violações laborais nos mais diversos setores não são simplesmente decorrentes da ausência de um modelo aprimorado de conformidade corporativa, mas antes são um resultado previsível e difundido do modelo de negócios que se pratica.⁵⁴⁸ Por essa razão, a devida diligência em direitos humanos sozinha não é capaz de catalisar uma transformação significativa na cultura empresarial, se antes disso não for aceita como ferramenta para descobrir e abordar as violações no ambiente empresarial.

Em seu relatório de 2017, a OCDE afirma que “as empresas devem envolver trabalhadores, sindicatos e organizações representativas dos próprios trabalhadores” na devida diligência.⁵⁴⁹ Os trabalhadores têm um papel fundamental na concepção e implementação de processos de monitoramento que sejam capazes não apenas de identificar falhas no local de trabalho, mas também forneçam reparação.

of social compliance initiatives’ *International Labour Review* Vol. 158 No. 2 245-272, 2019.

⁵⁴⁸ BAIR, Anner M; BLASI, J. Toward joint liability in global supply chains: addressing the root causes of labor violations in international subcontracting networks’ *Comp. Labor law & Policy Journal* Vol 35:1, 2013.

⁵⁴⁹ *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector* 2017.

Nesse contexto, as iniciativas de responsabilidade social orientadas para os trabalhadores (RST) são uma prática relativamente nova e envolvem os próprios trabalhadores como os responsáveis por criar, monitorar e reforçar os *standards* corporativos. Algumas empresas estão adotando RSTs para obter HRDD mais eficaz e gerenciar conformidade da cadeia de suprimentos e riscos operacionais.

No setor alimentício se destaca, por exemplo, o *Fair Food Program and Milk with Dignity* que reúne trabalhadores rurais, agricultores, compradores e consumidores a fim de conferir condições dignas de trabalho nas cadeias de fornecimento de laticínios. Embasado em um modelo de Responsabilidade Social conduzida por Trabalhadores (RST), o programa fomenta um processo colaborativo desde 2017 com a *Ben & Jerry's* nos Estados Unidos mediante adoção de um código de conduta criado com a participação dos trabalhadores que visa o aprimoramento por meio de um intenso ciclo de feedbacks entre trabalhadores e agricultores.

Ao aderir à proposta do programa, por exemplo, os agricultores participantes concordam com o *enforcement* do código de conduta, programas de educação aos trabalhadores rurais, acesso irrestrito dos trabalhadores a mecanismos de reclamações com proteções a retaliações e a possibilidade de monitoramento e investigação de denúncias.

A própria existência de lacunas entre compromissos assumidos e padrões de conformidade pode viabilizar que redes descentralizadas de atores pró-conformidade com instrumentos normativos capazes de impor pressão sobre Estados. O foco em um quadro normativo legal único coloca em risco a possibilidade de solução real do problema de cumprimento de direitos humanos por meio de uma solução *one size fits all*. Conforme sugere Pegram, as configurações institucionais específicas de estruturas domésticas de direitos humanos devem variar de acordo com a história e tradições sociais de diversos países.⁵⁵⁰

Em regra, o regime de direitos humanos privilegia os interesses das pessoas sob risco de abuso ou violação. Como parte da estrutura de governança global, existem Estados, agências reguladoras nacionais e internacionais e redes transgovernamentais independentes, o que levanta questões importantes, por exemplo, sobre em que nível e entre quais agentes se espera cooperação e, quando a cooperação fracassa, quais outros instrumentos existem para garantir a proteção de vítimas de abuso.

Não obstante a problematização da recepção das normas de direitos humanos por

⁵⁵⁰ PEGRAM, Tom. Human Rights: Leveraging Compliance (March 18, 2017). In: D. Held, T. Hale et al. (eds.), *Beyond Gridlock: Polity*, 2017.

determinadas jurisdições nacionais, uma forte estrutura de governança em direitos humanos permite, por exemplo, rastrear até que ponto determinados agentes ou processos impediram a realização dos *standards* mínimos em nível internacional.

Conforme apontam Ginsburg e Schaffer, o direito internacional dos direitos humanos implica custos de soberania e poucos benefícios para os governos, dado que geralmente envolvem externalidades para os Estados.⁵⁵¹ O desafio regulatório dos direitos humanos também enfoca uma compreensão da governança multinível. Isto porque, à medida que nos deparamos com uma realidade de sobreposição normativa plural, cresce o desafio de incorporar os direitos humanos nas práticas de negócios globais, em um contexto no qual grandes atores não estatais constantemente remodelam a escala de governança.

A frustração, conforme sugere Pegram, deriva da visão de que o regime internacional de direitos humanos, em alguns aspectos, oferece pouco mais que justiça paliativa.⁵⁵² Não obstante as críticas contundentes levantadas diante das falhas sistemáticas, existem ganhos significativos de trabalhar com a lente dos direitos humanos nas fendas da sociedade internacional. Jorge Silveira, por exemplo, explora a construção da corrupção como um problema também de direitos humanos que desafia a abordagem trazida pelos Tribunais Europeu, Americano e Africano de Direitos Humanos quase próxima à noção de direito natural.⁵⁵³

O marco dos direitos humanos representa assim, uma lente para a criminalidade empresarial que pode, por exemplo, conferir maior nitidez a situações nebulosas do ponto de vista normativo, servindo de parâmetro relevante para identificação de falhas e pontos de vulnerabilidade na cadeia produtiva, na medida em que se verificam possíveis ameaças ou danos a direitos humanos. Por outro lado, é preciso assumir nessa abordagem o viés da diferenciação, pois cada Corte tem um entendimento específico sobre o assunto.

4.6.2 Abordagens teóricas do *ethos* corporativo

A distorção na finalidade dos programas de conformidade que, cada vez mais, parecem ser representações incompletas da culpa da empresa, evidencia ainda que não se

⁵⁵¹ GINSBURG, Tom; SCHAFFER, Gregory. 'The Empirical Turn in International Legal Scholarship', *The American Journal of International Law*, vol. 106(1), January 2012, pp. 1-46.

⁵⁵² PEGRAM, Tom. *Human Rights: Leveraging Compliance* (March 18, 2017). In: D. Held, T. Hale et al. (eds.), *Beyond Gridlock: Polity*, 2017.

⁵⁵³ JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direitos humanos? *Revista do Advogado*. n. 125, 2014, pp. 131-137.

trata de um elemento eficiente a ser considerado na verificação do *ethos* corporativo. Em uma estrutura de responsabilidade criminal fundada na ética corporativa, em vez de fazer um *checklist* do cumprimento de políticas corporativas formais- como os programas de conformidade, Códigos de Éticas e Boas Práticas e Regulamento Interno- o melhor julgamento possa ser balizado por meio da avaliação de ações/omissões, políticas e costumes para se investigar o real comportamento e cultura da empresa.

Dessa forma, o cerne não seria a adoção do programa de conformidade em si, mas antes um esforço para identificar se houve esforços razoáveis da corporação para cumprir a lei. A menos que se presuma que cada violação criminal que ocorre a despeito de um programa de conformidade eficaz seja necessariamente atribuível a um funcionário ou integrante da organização, subverte a lógica inferir maiores esforços de boa-fé da organização a partir da mera existência de um programa de conformidade.

Nesse contexto, seria necessário desenvolver um teste mais sólido e embasado para identificar as falhas corporativas para além da adoção de um programa de conformidade. A partir de um paradigma holístico da existência de um *ethos* corporativo, Pamela Bucy sugere que seria possível responsabilizar uma corporação se comprovadamente o *ethos* corporativo for elemento que fomenta, dirige ou estimula a prática do crime.⁵⁵⁴ Nesse cenário, a identificação do *ethos* corporativo, que se reflete na própria cultura organizacional da empresa, seria fundada na avaliação de hierarquias, políticas internas, objetivos, regulamentos e códigos de boas práticas.

A teoria do *ethos* corporativo, no entanto, encontra uma série de limitações práticas como paradigma conceitual para provar intenção. Isto porque, dentro dessa concepção, a mera existência de alguns defeitos organizacionais já seria elemento suficiente para caracterizar um *ethos* corporativo criminoso, quando, em realidade, traduzem mais a criação de um ambiente de propensão ao cometimento de infrações.

O comportamento ético-organizacional envolve não somente fatores individuais, mas também a influência do ambiente organizacional e a interação entre ambos.⁵⁵⁵ Assim, se uma empresa inicia suas atividades sem um programa de conformidade, não haverá parâmetros e balizas do comportamento antiético.

É bastante sugestivo que, diante da ausência de uma infraestrutura ética consolidada,

⁵⁵⁴ BUCY, Pamela H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 *MINNESOTA LAW REVIEW* 1095, 1138, 1991.

⁵⁵⁵ Apontando um modelo que evidencia que a tomada de decisão no ambiente empresarial envolve uma interação entre individualidades e variáveis situacionais. TREVIÑO, Linda Klebe. *Ethical decision Making in Organization: A Person-Situation Interactionist Model*, 11 Acad. Mgmt. Review 601, 1986.

as pessoas se orientem por seus próprios raciocínios morais e- mais que isso- a organização envie a mensagem de que preocupações éticas não importam dentro daquele ambiente empresarial, deslegitimando qualquer propósito do programa de conformidade. Há pesquisas empíricas que embasam, por exemplo, a conclusão de que um programa de conformidade entendido pelos funcionários como orientado primordialmente a proteger a alta gestão da culpa pelas falhas de conformidade (*window dressing*) tende a ser inefetivo.⁵⁵⁶

A importância do *Chief Ethics and Compliance Officer (CECO)* que, a princípio deveria ser subsidiada por um comitê não parece ser uma prática recorrente nas organizações empresariais. Um recente estudo da agência Standard & Poor's (S&P) 500 evidenciou que apenas 12% das companhias possuía um comitê de *compliance*.⁵⁵⁷ Do ponto de vista organizacional, a existência de um comitê permitiria conferir legitimidade ao *compliance officer* e, ao mesmo tempo, reforçar a sua importância para a empresa.

Um caminho ainda bastante inexplorado de avaliação de cultura ética empresarial como parâmetro para a eficácia do programa de *compliance* talvez seria capaz de ajudar os atores corporativos a reconhecer quando uma intervenção é necessária. A mensuração da cultura corporativa deve ser um processo contínuo capaz de elaborar intervenções apropriadas e, ao mesmo tempo, monitorar se essas intervenções estão surtindo o efeito esperado.

Peter French, dentro de uma proposta de abordagem holística da criminalidade corporativa sugere a estrutura de decisão interna corporativa como um fluxograma de regras e ações dos indivíduos que juntos, sintetizam a intenção genuína da corporação.⁵⁵⁸ Na tentativa de reunir todos os atos e curso de ações individuais como expressão da vontade coletiva, no entanto, a teoria falha sobretudo pela ingenuidade na concepção simplista dos modelos de governança.

É irrazoável crer que em grandes organizações empresariais as cadeias de responsabilidade e autoridade são franqueadas em políticas transparentes de estruturas de tomada de decisão. A realidade mostra justamente o contrário: a governança real de grandes organizações empresariais se funda em políticas ocultas e não divulgadas para todo o corpo empresarial. Abandonando a ideia vicariante, Laufer propõe o uso de evidências indiretas do

⁵⁵⁶ TREVIÑO, Linda Klebe *et al.* Managing ethics and legal compliance: what works and what hurts, 41 Calif. Mgmt. Review 131, pp.135-138, 1999.

⁵⁵⁷ A pesquisa evidencia que os comitês de *compliance* são mais comuns no setor de profissionais da saúde (25%) e energia (23%). EY Center for Board Matters, *Board Committees Evolve to Address New Challenges*, Harvard Law School on Corporate Governance & Financial Regulation (Feb 1, 2017).

⁵⁵⁸ FRENCH, Peter. COLLECTIVE AND CORPORATE RESPONSIBILITY, 1984.

estado mental das organizações empresariais. A ideia central é compreender se é possível identificar que uma determinada corporação- cujo tamanho, complexidade, estrutura- que se envolva em uma atividade ilegal, consideradas as circunstâncias, de fato, possui um estado de espírito intencionalmente criminoso.

Laufer supera a discussão sobre a intenção ou conhecimento da ação criminosa, elevando o debate para a possibilidade de responsabilizar uma empresa para qualquer estado mental. Quando se observam os exemplos históricos de escândalos corporativos, na década de 80, o caso *Regina v. Her Majesty's Coroner for East Kent*⁵⁵⁹ julgado na Inglaterra, em que uma empresa que prestava serviços de transporte marítimo matou mais de duzentas pessoas ao zarpar com as proas abertas, percebe-se que a aplicação do *respondeat superior*- como fez o tribunal- absolveu a organização empresarial porque não foi possível identificar qual o funcionário teria sido individualmente negligente.

Por outro lado, a partir de uma abordagem holística e inferencial, seria possível definir se a corporação teria sido grosseiramente negligente ou se possuía, em algum grau, uma cultura organizacional fundada em políticas rígidas de controle e segurança que teria falhado. A comparação de uma organização empresarial a uma pessoa física, para além da tendência de “personificação” também, do ponto de vista ciência cognitiva, é uma interpretação racional da responsabilidade corporativa.⁵⁶⁰

4.6.3 Big Data e o uso da inteligência artificial na predição do comportamento antiético empresarial

É indiscutível que as grandes corporações dispõem de amplas ferramentas para analisar seus próprios dados internos e detectar, de forma eficiente, violações das mais diversas naturezas. A criminalidade no mundo corporativo, por vezes, se aproveita das tecnologias de informação virtuais e da transnacionalidade de seus efeitos. As variações do mercado de ações, a insegurança legal das criptomoedas e o impacto sobre o sistema *blockchain* são fatores que influenciam e dificultam a delimitação do âmbito de relevância da conduta para fins penais.

A criminalidade corporativa também se torna mais complexa com o uso das tecnologias de forma que já se fala, por exemplo, em técnicas sofisticadas de mineração de

⁵⁵⁹ *Regina v. Her Majesty's Coroner for East Kent* (1987) 3 B.C.C. 636 (Eng.).

⁵⁶⁰ MUELLER, Gerhard O.W. *Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability*, 19 U. PITT. L. REV. 21, 38, 1957.

tratamento de dados para fins de identificar padrões fraudulentos e inconsistências sistêmicas que permitam fazer uma análise preditiva do mau comportamento corporativo. Ao passo que no âmbito das auditorias, em vez de conduzir auditorias cegas e aleatórias, esse contexto exige ainda mais um olhar direcionado a áreas com riscos especiais.

A tecnologia vem compelindo diversas mudanças na forma como concebemos a responsabilidade corporativa. Na medida em que o mundo caminha para o uso intensivo da inteligência artificial e *big data* em um ambiente no qual sistemas automatizados tomam diversas decisões negociais relacionadas desde a aprovação e contratação de empréstimos até o preço de negociação de ações.

O cenário se torna ainda mais preocupante porque à medida que as operações corporativas exigem cada vez menos intervenção humana, em paralelo, são reduzidas também as possibilidades de condenação em face de possíveis danos. Dessa forma, na ausência de adaptação do nosso sistema jurídico, existe um grande incentivo para que empresas de tecnologia assumam riscos flagrantes com tecnologia ainda não testada, sem que corram o risco de qualquer sanção caso o pior aconteça.⁵⁶¹ Essa dinâmica exacerba a adoção de um risco não permitido, porém ainda se encontra significativamente distante de materializar qualquer crime de perigo abstrato.

O uso da tecnologia tem incrementando também a capacidade de organizações públicas e privadas agirem de forma invasiva e prejudicial a uma categoria de direitos humanos associados à liberdade, não discriminação, privacidade e intimidade, fazendo surgir o debate da utilidade do direito internacional dos direitos humanos na proteção de dados. Isto porque apesar do desenvolvimento legal e jurisprudencial da privacidade em contexto doméstico e internacional, poucas proteções concretas estão em vigor, em virtude das limitações da proteção da privacidade na era do *Big Data*.

Também tem crescido o uso da inteligência artificial a fim de tentar prever comportamento antiético ou ilegal de negociação e parar antes que ocorra. Na tentativa de atenuar os riscos internos de ética comportamental de seus funcionários, grandes corporações financeiras como JP Morgan usam um tipo de software para monitorar as comunicações por e-mail e telefone de seus *traders*, de maneira a garantir que sigam os limites do risco. Trata-se de um monitoramento preditivo com uma série de alertas caso algum funcionário esteja

⁵⁶¹ SCHMITT, Angie. Got off the Hook for Killing a Pedestrian with Its Self-Driving Car, STREETS BLOG USA (Mar. 8, 2019), <https://usa.streetsblog.org/2019/03/08/uber-got-off-the-hook-for-killing-a-pedestrian-with-its-self-driving-car/>

prestes a violar uma regra legal de acordo com os algoritmos do sistema.⁵⁶²

Há uma série de outras organizações cujo uso de algoritmos, mesclando ciência comportamental, teoria de redes e metadados busca identificar grupos de influência dentro de uma empresa e, em seguida, construir relações de confiança com base nele, de maneira a conseguir prever o momento em que a confiança está diminuindo em determinada organização, favorecendo um ambiente para tomada de decisões antiéticas.

Nem todas as estratégias de gestão de riscos de ética comportamental, porém, têm como objetivo evitar a todo custo o comportamento antiético, pois tão importante quanto isso é como uma empresa promove atos éticos de seus funcionários. Há pesquisas que embasam o entendimento de que as mensagens de conformidade e gerenciamento de riscos são mais eficazes quando capazes de demonstrar que o comportamento ético é amplamente apoiado e envolvido pela organização empresarial.⁵⁶³

Nas ciências criminais, a condução para o cenário em que os algoritmos se envolvam em potenciais danos corporativos revela uma realidade para qual o cenário dogmático jurídico-penal no mundo não está preparado. No movimento em direção à automação, a atuação corporativa deixa rastros danosos, com os quais o direito penal não está atualmente preparado para lidar.

Quando a consciência e o pensamento que embasam a má conduta corporativa são transferidos para sistemas automatizados, no entanto, as doutrinas sobre responsabilização empresarial têm poucas respostas até o momento. Essa realidade provável revela ainda mais a distorção e deficiência do requisito de um “estado mental” ou “consciência criminosa”,⁵⁶⁴ sob pena de isentar cada vez as organizações empresariais de responsabilidade civil e penal.

À medida que a automação corporativa cresce exponencialmente em algumas atividades, abre-se possibilidade para a circunstância de algoritmos que produzam danos, mesmo sem envolver negligência ou imprudência. Na tentativa de suprir a lacuna doutrinária exposta, Diamantis sugere que, para se evitar o cenário em que nossa capacidade de responsabilizar as empresas quando houver infrações reste comprometida, seria possível

⁵⁶² CROWE, Portia. *JP Morgan Is Working on a New Employee Surveillance Program*, BUS. INSIDER (Apr. 8, 2015), <http://www.businessinsider.com/jpmorgans-employee-surveillance-program-2015-4> [<https://perma.cc/FY9R-3J43>].

⁵⁶³ CIALDINI, Robert B. *et al.*, *Managing Social Norms for Persuasive Impact*, 1 SOC. INFLUENCE 3, 11–12 (2006); Lyn S. Paine, *Managing for Organizational Integrity*, 72 HARV. BUS. REV. 106, 111, 1994. (explaining that “[e]mployees may rebel against programs that stress penalties” and view compliance programs that do not address root causes of misconduct skeptically).

⁵⁶⁴ A principal teoria para atribuir estados mentais a corporações- *respondeat superior*- define estados mentais corporativos em função dos estados mentais do empregado ou funcionário. Vide: RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 2.04 (AM. LAW. INST. 2006).

conceber a ideia básica de tratamento de uma paridade legal entre empresas que usam algoritmos com aquelas que possuem funcionários exercendo as mesmas atividades.⁵⁶⁵

A ficção da personalidade jurídica é elemento estrutural que viabiliza a compreensão da existência de uma culpabilidade corporativa. Partindo da premissa de que a corporação é um ente fictício, torna-se possível conceber, por exemplo, que quando um estatuto define uma violação civil ou criminal, ela possa ser aplicada a uma empresa.⁵⁶⁶

Para além, no entanto, da conveniência da ficção jurídica sobre a existência de personalidade corporativa, o cerne da questão resta, segundo Diamantis, em identificar em que condições devem as empresas ser responsabilizadas quando seus algoritmos provocam algum dano.⁵⁶⁷ Por meio do exemplo de uma empresa da área da saúde que desenvolve um algoritmo para preencher e enviar formulários de reembolso de créditos federais que, com capacidade de aprendizado passa a preencher diversas informações falsas em alguns formulários para conseguir os reembolsos rapidamente, o pesquisador ilustra o desafio de apontar responsáveis pelo mau funcionamento do algoritmo que fez com que a empresa embolsasse indevidamente milhões de dólares.

Embora, sob algum aspecto, a lei criminal possa dar conta da circunstância em que uma pessoa projeta, propositalmente, um algoritmo para infringir a lei, resta ainda uma lacuna sobre como responsabilizar a empresa por algoritmos de aprendizado de máquinas que, por vezes, embutidos de aleatoriedade, podem se comportar de forma imprevisível e não intencional?⁵⁶⁸

Partindo da tese de uma “extensão da mente corporativa”, Mihailis Diamantis sustenta que, no contexto empresarial, o “estado mental corporativo” poderia se estender para além dos seus funcionários e gestão, para integrar também sistemas corporativos informatizados de *big data*. Nesse raciocínio, portanto, as corporações poderiam ser diretamente responsabilizadas pelos danos provocados de sua ação, mesmo quando ela deriva do uso de inteligência artificial.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ DIAMANTIS, Mihailis. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law (July 18, 2019). 97 N.C. L. Rev. 893, 2020.

⁵⁶⁶ Quando a legislação estadunidense dispõe que *[w]hoever . . . corruptly persuades another person . . . to . . . destroy, mutilate, or conceal an object with intent to impair the object's integrity or availability for use in an official proceeding,*” 18 U.S.C. § 1512(b)(2) (2018), não há dúvida de que as corporações também são abrangidas, inclusive diante do precedente *United States v. Arthur Andersen, LLP*, 374 F.3d 281, 284 (5th Cir. 2004) em que a Arthur Andersen foi responsabilizada por obstrução à justiça.

⁵⁶⁷ DIAMANTIS, Mihailis. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law; *op. cit.*

⁵⁶⁸ LEMLEY, Mark A., CASEY, Bryan. Remedies for Robots, 86 U. CHI. L. REV 1311, 1313, 2019.

⁵⁶⁹ DIAMANTIS, Mihailis. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law *op. cit.*

Ao mesmo tempo, a dinâmica da rápida evolução tecnológica também tem aberto questões sobre a adequação da estrutura internacional de direitos humanos para salvaguardar direitos humanos nesse contexto e quais seriam as reformas necessárias. Partindo do acesso desigual à infraestrutura de mídia, comunicação e informação, já se tem cogitado sobre o reconhecimento do acesso universal à internet como direito humano.⁵⁷⁰ Especialmente nessa discussão torna-se ainda mais desafiador definir qual o papel do setor privado na mitigação de novos riscos e tecnologias digitais emergentes para os direitos humanos e o respectivo impacto ético. Essa concepção reforça ainda mais a ideia da necessidade de se elencar, minimamente, um rol de direitos humanos cuja violação, de fato, deve ensejar a resposta do sistema penal.

4.7 Elementos de um programa de *criminal compliance* baseado em direitos humanos

A ideia de responsabilizar criminalmente as empresas por abusos de direitos humanos cometidos no exterior ganhou força na última década. Em 2011, os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Negócios e Direitos Humanos incentivaram os estados a legislar para que as empresas dentro de sua jurisdição respeitem os direitos humanos, inclusive por meio de *“regimes criminais que permitem processos com base na nacionalidade do perpetrador, independentemente de onde ocorra o crime”*.

Garantir os direitos humanos envolve não apenas uma variedade de assuntos de obrigações, mas também diferentes tipos de obrigações que dependem de como essas obrigações podem ser cumpridas. Essa tipologia é crucialmente importante para atribuir os direitos humanos de forma diferenciada. Além disso, essa perspectiva permite superar a dicotomia clássica entre direitos "negativos" e "positivos", pontuando a diferença entre evitar a ação (não interferência) e realizar ações positivas não em direitos, mas em obrigações correlativas. Seria possível assim, distinguir três tipos obrigações: (1) a obrigação de evitar violações dos direitos humanos; (2) a obrigação de proteger os direitos humanos exigindo o reconhecimento da primeira obrigação e estabelecendo disposições “institucionais” que evitam, tanto quanto possível, a violação desta obrigação por meio de sistemas de incentivos apropriados e (3) a obrigação de fornecer acesso às vítimas de violações dos direitos humanos à reparação ou remediação de seus direitos.

O apetite legislativo para criminalizar abusos do poder corporativo por meio de

⁵⁷⁰ ZALNIERIUTE, Monika; MILAN, Stefania. Internet Architecture and Human Rights: Beyond Human Rights Gap, Policy & Internet, 2019. Vol 11(1).

um modelo de responsabilidade que falha na prevenção não dá sinais de enfraquecimento em relação a crimes tributários, fiscais e lavagem de dinheiro.⁵⁷¹ Sob a perspectiva legal, é irrazoável que uma empresa seja facilmente processada por não impedir um suborno pago por seu agente no exterior, e exista tamanha dificuldade na persecução penal dessa mesma empresa quando o crime consiste em uma violação de direitos humanos ocorrida no exterior- como, por exemplo, a manutenção de trabalhadores estrangeiros em condições análogas à escravidão.

Muitos são, no entanto, os obstáculos para reparações por violações de direitos humanos relacionadas à atividade empresarial, desde regras de prescrição até regras substantivas de direito penal, que dificultam a reparação adequada. É possível enxergar progresso na disposição dos Estados em exercer jurisdição criminal sobre as empresas. Alguns dos abusos de direitos humanos mais graves constituem crimes de jurisdição universal - como a tortura, desaparecimento forçado, sequestro, extermínio, entre outros, que se caracterizam como crimes de guerra e crimes contra a humanidade, mesmo que todas as condutas ofensivas tenham ocorrido no exterior.

No entanto, processar com êxito as empresas por esses crimes depende da identificação de uma mente e vontade direcionadora (*mens rea*) na empresa que auxiliou e incentivou a prática da infração penal. Sob esse paradigma da necessidade de demonstração da *mens rea*, no entanto, poucas investigações resultaram em condenações corporativas. Isso reflete ainda mais o quão complexo e controverso é o princípio jurídico da responsabilidade corporativa acessória por abusos de direitos humanos.

As corporações multi e transnacionais, portanto, não podem mais se contentar com uma atitude defensiva, mas antes adotarem uma atitude proativa para promover os direitos humanos. Na esteira do que propõe o professor Adán Nieto Martín acerca do teste de devido controle,⁵⁷² para se avaliar a efetividade dos programas de *compliance*, o que propõe a presente tese envolve a consideração dos seguintes elementos:

a) Previsibilidade do delito: compreende a avaliação da probabilidade da ocorrência de determinada infração na organização empresarial;

b) Mapeamento de riscos aos direitos humanos sensíveis a violações na cadeia produtiva: abrange a verificação dos *value drivers* do segmento específico em que atua a

⁵⁷¹ Vide, por exemplo, a investigação na França sobre Exxelia Technologies (cumplicidade em crimes de guerra) e na Suíça sobre Argor-Heraeus (cumplicidade e lavagem de dinheiro).

⁵⁷² MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, pp.98-100.

empresa;

c) Efetividade dos controles *ex ante*: se o delito, de fato, era previsível e o risco ao direito humano que foi violado fazia parte dos riscos diretos e previsíveis da cadeia produtiva;

d) Efetividade dos controles *ex post*: determinação da relação entre o controle existe e a violação de direitos humanos ocorrida, em uma espécie de terceiro filtro para definir se a entidade resulta ou não em responsável.

Nesse contexto, são inevitáveis os questionamentos sobre quem deve ser responsabilizado de forma ética? A quem a responsabilidade moral pode ser atribuída, para empresas grandes e pequenas? Para organizações e indivíduos? A discussão na literatura está repleta de controvérsias e a resposta que propomos nesta tese é que as organizações empresariais, na medida em que são atores corporativos, também são atores morais em sentido análogo aos atores pessoais. Isso implica a concepção da responsabilidade empresarial como complementar e, portanto, não substitui a responsabilidade pessoal.

Ao mesmo tempo, um grande desafio envolve como esperar que as empresas sejam eticamente responsáveis e assumam a responsabilidade corporativa em um sentido genuíno. No que se refere às condições de agência moral das corporações, é insuficiente nomeá-las como responsáveis ou esperar que se comportem como tal. A atribuição deve se fundar em critérios socioeconômicos e éticos.

A condição de agência moral pode ser atribuída em sentido análogo ao indivíduo, sendo necessário esclarecer algumas diferenças. A atribuição de um status moral a uma organização empresarial não implica que o ator aja de uma maneira moralmente boa, isso significa apenas que o ator é capaz de agir moralmente e ter responsabilidade moral. Em segundo lugar, a responsabilidade moral individual e corporativa não se excluem mutuamente, sendo complementares e por fim, se a responsabilidade moral individual ou corporativa deixa de ser considerada, corre-se o risco de sobrecarregar com culpa moral também determinados atores pessoais ou corporativos.

O status moral como ator deve ser firmemente embasado a fim de atribuir responsabilidade corporativa em sentido genuíno. Justamente na medida em que as organizações empresariais são atores morais, os sujeitos de suas responsabilidades devem ser atores morais também, uma vez que se todas as responsabilidades fossem atribuídas exclusivamente a atores pessoais, eles seriam responsabilizados por fatos que não são capazes de controlar, o que contradiz qualquer noção básica de justiça.

É preciso, todavia, realizar uma distinção técnica entre jurisdição prescritiva e

judicial sobre o crime. A questão de jurisdição prescritiva trata do fato de um Estado poder definir um crime nas circunstâncias em que os atos ou resultados criminais ocorreram fora do território do Estado. A questão central é se o Estado teria legitimidade para legislar sobre o assunto. Se um Estado deu autoridade a seus tribunais para impor determinada sanção por um crime, ela será tratada como uma questão de jurisdição para julgar.

Nesse contexto, muitas violações de direitos humanos envolvem atividades econômicas cuja riqueza raramente é detida por uma única pessoa e as empresas se beneficiam dessas violações. Como resultado, se voltar contra a empresa é um caminho intuitivo de buscar em uma fonte justa a provável indenização das vítimas. Da perspectiva internacional, mesmo os Princípios Ruggie são bastante limitados, dado que não falam diretamente se os recursos judiciais para as violações de direitos humanos devem incluir penalidades criminais para pessoas jurídicas. Pelo contrário, os Princípios buscam envolver Estados com diferentes sistemas penais sem maior preocupação com uma coordenação ou alinhamento estratégico da persecução penal em face de entes coletivos.

Dado o argumento moral para responsabilizar as empresas criminalmente por abusos de direitos humanos - e a dificuldade em processar as empresas por tais abusos sob a lei existente - como a falha no dever de prevenção pode ser concebida? O primeiro desafio é identificar o abuso dos direitos humanos que deve desencadear a responsabilidade corporativa. Na legislação internacional, há diversos tratados e convenções que elucidam os direitos humanos fundamentais, mas nem todos os abusos desses direitos são criminosos. Por exemplo, uma empresa que discrimina uma minoria, contrariando o Artigo 7 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), pode enfrentar sanção civil e censura moral, mas não está agindo criminalmente.⁵⁷³

Para tanto, o primeiro desafio compreenderia a definição de uma lista de direitos humanos relevantes (por exemplo, o direito de não ser mantido em escravidão ou servidão de acordo com o Artigo 4 da DUDH). Após, a definição de um requisito para que o abuso seja considerado um crime no Brasil e no Estado onde o crime ocorreu (ou que o abuso seja considerado um crime de jurisdição universal sob legislação brasileira.

O maior desafio, no entanto, resta em estabelecer responsabilidade criminal com

⁵⁷³ Artigo 7 “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

base na conduta de um subcontratado ou terceiro ou fornecedor no exterior. Basta considerar a situação de uma empresa com matriz na Europa e tem suas mercadorias fabricadas em países em desenvolvimento por empresas locais. Imaginemos que uma de suas fábricas no exterior é destruída por um incêndio, resultando em várias mortes, a empresa-matriz pode alegar que fez tudo o que podia ao apontar as cláusulas de saúde e segurança em seus contratos com as empresas locais. Muitas vezes, é isenta de culpa no direito civil e tem apenas um problema de relações públicas e reputação corporativa. Uma falha em prevenir a ofensa, juntamente com uma defesa de procedimentos adequados ou razoáveis, teria que criminalizar uma empresa que não fez mais do que subcontratar suas responsabilidades com suas subsidiárias ou fornecedores no exterior, o que exigiria diligência e monitoramento ativos.

No entanto, mesmo com definições viáveis de abusos de direitos humanos e uma defesa de procedimentos adequados ou procedimentos razoáveis, permanecem dificuldades conceituais com a ideia de criminalizar empresas por sua omissão em prevenir abusos cometidos por terceiros ou subcontratados. Apesar da gravidade das violações na base da cadeia produtiva que, a princípio, suscitaram a aplicação do direito penal, no longo prazo, esse talvez não seja o instrumento ideal para controlar o comportamento corporativo. Pensar de forma criativa em soluções que enderecem a realidade de cada elo da cadeia produtiva com mais especificidade. Nesse contexto, é possível pensar em soluções alternativas que vão desde a regulamentação de requisitos para regulamentação dos elos intermediários da cadeia produtiva até a definição do próprio *standard* de prova em que, ao invés de a corporação ser responsabilizada por uma violação na base da sua cadeia produtiva, só possa continuar a exportar suas mercadorias e ingressar em determinados mercados caso comprove que tomou todas as medidas razoáveis de monitoramento e vigilância em sua cadeia de valor.

Embora a criminalização beneficie as vítimas na medida em que promoveria uma cultura corporativa que dissuade os abusos dos direitos humanos, é questionável se isso é tão importante quanto garantir que as vítimas desses abusos tenham acesso efetivo aos recursos civis. A ONU já reconheceu repetidamente os obstáculos enfrentados por essas vítimas em processos civis. Ajudar as vítimas a negociar melhor esses obstáculos para melhorar suas perspectivas de receber compensação dentro de um prazo razoável é, sem dúvida, uma grande prioridade do que utilizar o sistema de justiça criminal para punir a empresa em termos de prioridade.

Outro questionamento se refere às condições em que a responsabilidade criminal

deveria surgir, a menos que a empresa-matriz se beneficie economicamente do abuso em questão. Existem abusos de direitos humanos, particularmente em países em desenvolvimento, que resultam em benefícios financeiros perceptíveis para a empresa-mãe, pois os abusos reduzem custos e / ou exploram oportunidades econômicas, por exemplo, explorando mão de obra com baixos salários geralmente em condições irregulares de imigração.

A criminalização a todo custo de violações de direitos humanos, sobretudo daquelas que ocorrem na base da cadeia produtiva, distante do centro de tomada de decisões da empresa também corre o risco de inibir as empresas de relatar e abordar os abusos de direitos humanos que identificam em sua cadeia de abastecimento.

Essas dificuldades conceituais explicam, pelo menos em parte, a dificuldade de se estabelecer uma legislação criminalizando o comportamento corporativo. O fracasso em prevenir o modelo de responsabilidade criminal corporativa alcançou resultados práticos no campo do suborno e criminalidade financeira e não há razão para supor que esses benefícios não possam ser replicados no campo dos abusos dos direitos humanos, com certa cautela. Em termos de incentivos e desincentivos, há soluções mais interessantes do que o próprio direito penal para, de fato, prevenir a ocorrência de novos episódios de abuso de algum direito humano.

No núcleo comum de conformidade, existem pelo menos quatro elementos funcionais: onexo estrutural de conformidade regulatório, dinamismo e atualização de informações entre todas as camadas da empresa, supervisão e vigilância permanente dos processos de negócios e conformidade com base no risco de negócios e em risco potencial para o corpo corporativo.

O primeiro elemento está relacionado à existência de políticas de *compliance* construídas e desenvolvidas na empresa sob a perspectiva de prevenção a violações de direitos humanos, portanto, são processos que vão além do formal, incluindo a existência de diretrizes sérias, precisas e podem ser orientadas para verdadeiros guias no desenvolvimento das atividades da empresa. O segundo elemento está associado à função de *compliance* e à fluidez das informações, que se desdobram de forma ascendente e descendente, da gestão superior para a inferior e vice-versa. A conformidade deve ter um link crítico para o fluxo de informações de forma que os níveis baixos possam relatar as informações para os níveis mais elevados, linhas de reporte eficientes com *compliance officer* e *chief executive officer* ou conselho de administração.

O terceiro elemento envolve monitorar o comportamento dos funcionários e eventual descumprimento das políticas de *compliance* da corporação, por meio de auditorias aleatórias, monitoramento do negócio ou por meio do uso de ferramentas tecnológicas de supervisão. Em quarto lugar, a observância das regras, por meio de esforços internos voltados para os setores de não conformidade mais elevados, as empresas devem ter um vínculo regular com avaliações permanentes de risco, o que requer planejamento, visão e revisão regular, bem como a atualização contínua dos programas de *compliance* de acordo com o setor específico e seu mapa de risco penal.

Com frequência, empresas com operações transnacionais não atuam diretamente no estrangeiro, mas têm a sua produção realizada por empresas do grupo, fornecedores ou subcontratados. Nesse contexto, é questionável se a figura da responsabilidade da empresa-mãe também poderia ser indistintamente transferida para as outras empresas do grupo ou mesmo para terceiros (subcontratados e fornecedores diretos e indiretos). Uma perspectiva positiva nesse sentido permitiria certamente “terceirizar” certas atividades para países com padrões de segurança mais baixos, a fim de evitar a responsabilidade criminal. A questão do dever de supervisão de todo o grupo ainda não foi conclusivamente definida no que se refere à responsabilidade empresarial.

O desenvolvimento de uma política interna e procedimentos de conformidade concebidos precisamente para a empresa- de acordo com o maior ou menor grau de risco que sua atividade impõe aos direitos humanos- são indispensáveis. É irrazoável entender que a adoção de um modelo *one size fits all* seria capaz de dar conta de todas as peculiaridades de operações tão diversas desenvolvidas por empresas.

Paralelamente ao desenvolvimento das normas internas, a corporação deve se comprometer a alocar a responsabilidade pela conformidade em um departamento ou profissional específico. A autoridade de conformidade, no entanto, não precisa necessariamente ficar alocada no departamento de *compliance*, pelo contrário, a inserção das discussões sobre a ética no ambiente empresarial sugere que, cada vez mais, a real transformação do comportamento corporativo depende de um alinhamento entre conformidade e ética empresarial. Apesar da ausência de maiores investigações empíricas no Brasil sobre os benefícios derivados da união entre ética empresarial e conformidade, a realidade demonstra que uma cultura ética forte e sólida é capaz de prevenir, com eficiência, violação no âmbito corporativo.

Além de assumir lugar de destaque dentro da organização empresarial, a estrutura de conformidade deveria, minimamente, dispor de flexibilidade para se adaptar e mudar à

medida que empresa cresce, abrange novos mercados e, portanto, alcança novos patamares e tem diante de si, maiores desafios.

Outro elemento relevante se refere aos fluxos de informação que dentro da cadeia corporativa representam, na maioria das vezes, uma via de mão dupla. O envolvimento crítico da conformidade nesse aspecto envolve a assunção do papel de viabilizar mecanismos de relato e denúncia com segurança aos funcionários⁵⁷⁴ e, de outro lado, treinamentos constantes *top-down*. O problema de circulação dos fluxos de informação que favorece o comportamento delitivo empresarial pode ser analisado como um problema de agência.

A instauração de mecanismos de monitoramento e vigilância intensiva na cadeia produtiva envolve diretamente a efetividade de mecanismos de *due diligence* que vão permitir identificar se, de fato, a organização e seus recursos humanos estão cumprindo as políticas e procedimentos internos. Em alguma medida, monitorar também faz parte da cadeia de coleta e análise de dados. Aliado ao cenário de uso de tecnologia, certamente o uso de ferramentas analíticas de *big data* para peneirar dados e identificar riscos se tornará mais comum.⁵⁷⁵

Ao mesmo tempo, o programa de conformidade precisará se adaptar a todas as mudanças. Além de ser submetido a revisões periódicas, deve evoluir e acompanhar as mudanças legais, práticas comerciais, cultura organizacional. Monitoramento e vigilância também devem fazer parte de toda a cadeia produtiva, sendo elemento essencial do processo de contratação de terceiros e fornecedores. Isso, em alguma medida, significa abrir mão e encerrar relacionamentos comerciais em completo desajuste com a política organizacional da empresa. Sem essa adaptação, não é possível conceber um programa de conformidade baseado em evidências, porque se não existe o monitoramento na cadeia produtiva, é irrazoável conceber um programa que seja considerado “eficaz” na prevenção das violações em potencial.

Na elaboração do programa de conformidade fundado em direitos humanos, as avaliações regulares de riscos devem naturalmente focar áreas com maior risco de não conformidade. O aspecto estratégico da avaliação de risco, portanto, envolveria uma

⁵⁷⁴ Conforme dispõe as *Sentencing Guidelines*, em tradução própria, a empresa deveria “ter e divulgar um sistema que pode incluir mecanismos que permitem o anonimato ou confidencialidade, pelo qual os funcionários e agentes da organização podem relatar ou buscar orientação em relação à conduta criminosa potencial ou real sem medo de retaliação” (U.S. SENTENCING GUIDELINES MANUAL § 8C2.5(f))

⁵⁷⁵ Existem parâmetros de mercado no sentido de que hoje já se captam mais dados do que os responsáveis pela conformidade conseguem analisar. Vide MILLER, Geoffrey. Professor of Law, N.Y. Univ. Sch. of Law, *Remarks at Fordham Journal of Corporate & Financial Law Symposium: Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance*, 2015.

sobreposição da conformidade com as áreas críticas da empresa a fim de mapear e avaliar regularmente as classificações de risco.

Na prática, no entanto, as empresas não são legalmente obrigadas a relatar informações sobre conformidade em seus balanços e divulgações. O fato de a maioria das iniciativas legislativas até o momento derivarem de uma mistura de *hard law* e *soft law*, no entanto, não necessariamente se traduz na abordagem mais eficaz. Conforme esclarece Nolan, uma revisão de 2017 do Comitê Conjunto de Direitos Humanos do Reino Unido sobre o *Modern Slavery Act* revelou que pelo menos 35% das declarações feitas por empresas não discutem processos de avaliação de risco. Pelo contrário, as empresas foram apenas divulgando informações gerais sobre suas políticas internas.

É nesse contexto que a devida diligência ganha espaço como estratégia compartilhada entre governo e empresa que depende, em grande medida, de uma clareza de parâmetros em torno da abrangência da *due diligence* e da definição de standards para avaliação.

A devida diligência em direitos humanos, conforme estabelecido nos Princípios Orientadores é basicamente composta por quatro elementos principais. A saber, espera-se que as empresas: (1) avaliar seus impactos adversos reais e potenciais sobre os direitos humanos; (2) integrar essas descobertas internamente e tomar medidas preventivas e mitigadoras adequadas; (3) rastrear a eficácia de sua resposta e; (4) comunicar publicamente como estão gerenciando os riscos aos direitos humanos.

O Princípio Orientador 17, por exemplo, estabelece os parâmetros básicos do processo de devida diligência e observa que esse instrumento pode cobrir os impactos de causas de negócios, contribuir ou estar diretamente ligado a ele por meio de suas operações e relacionamentos, e irá variar em complexidade de acordo com o tamanho do negócio e a gravidade do risco. A devida diligência, portanto, vai para além do dever de diligência comumente disseminado no ambiente corporativo sobretudo porque tem natureza contínua e foco no risco que as atividades da empresa impõem a terceiros e não nos riscos à empresa.

A conclusão caminha no sentido de que o alcance de uma conformidade substantiva- e não meramente processual- exige um detalhamento sobre requisitos de programas de auditoria, colaboração com terceiros interessados (*stakeholders*) e mecanismos de conformidade. Para além disso, é indiscutivelmente necessário ao Estado incorporar incentivos e penalidades em seus mecanismos de pressão de conformidade de atores corporativos. A coordenação em nível governamental da política de governança em direitos humanos pode aumentar a consistência e eficácia dos esforços de devida diligência, permitindo o compartilhamento de boas práticas e contribuindo para nivelar o campo de jogo. À medida que se exige maior transparência na cadeia produtiva, os fornecedores e terceiros envolvidos na cadeia produtiva assumem assim,

maior controle e compreensão de suas cadeias de abastecimento.

4.8 O *disclosure* de direitos humanos e a devida diligência na cultura empresarial

A proliferação de leis de divulgação de direitos humanos e devida diligência embasa uma forte crítica no sentido de que o Estado teria praticamente se retirado das funções de supervisão e fiscalização, que teriam sido atribuídas a consumidores, sociedade civil e iniciativa privada. Embora existam experimentos com legislações que exigem divulgações públicas e transparentes das empresas acerca dos impactos de suas atividades sobre os direitos humanos, a transparência parece apenas cumprir uma função útil quando projetada de forma diligente e robusta. Na ausência de um desenho sobre as próprias regras de transparência, emergem diversos relatórios falhos que tratam dos riscos aos direitos humanos de maneira subestimada ou enganosa.

O processo de devida diligência em direitos humanos exige que as empresas identifiquem, previnam, mitiguem e comuniquem todos os riscos em face dos direitos humanos dentro de sua cadeia produtiva. A supervisão regulatória das leis de transparência acerca dos impactos sobre direitos humanos, se feita adequadamente, tem um potencial de transformar o comportamento e a prevenção de danos. Ao mesmo tempo, esses relatórios servem como embasamento às partes interessadas para que possam fazer escolhas acertadas e informadas em suas negociações com empresas.

O fato de as regras de transparência e diligência, na maior parte das vezes, serem concebidas com natureza não coercitiva, indiretamente terminam por delegar a função de fiscalização à ponta da cadeia, ou seja, consumidores, ONGs, investidores e *stakeholders*. Tanto a transparência quanto a devida diligência em direitos humanos são requisitos dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, que foram adotados por unanimidade pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU desde 2011 e, em tese, representam um consenso dos Estados sobre padrões de direitos humanos. Nesse contexto, a devida diligência em direitos humanos se revela a materialização do princípio da responsabilidade corporativa.⁵⁷⁶

Por outro lado, a Diretiva da ONU deixa em aberto a cada Estado-membro a liberdade de determinar livremente se irá exigir a verificação dos direitos humanos por meio de um

⁵⁷⁶ Os Princípios 16 a 24 da UNGPs representam princípios operacionalizáveis.

provedor ou auditor independente e autônomo. A experiência insatisfatória com o voluntarismo sugere que deve haver um mecanismo de supervisão pública regulatória para garantir a qualidade e verossimilhança das informações prestadas pela empresa. A possibilidade de uma abordagem a partir de uma autoridade pública com experiência em governança e direitos humanos, funcionando como capacitador para consumidores e fornecedores permite conceber um espectro de abordagens regulatórias para concretizar a responsabilidade corporativa.

Ao mesmo tempo, essa capacitação da ponta da cadeia permite reforçar um mecanismo de pressão de mercado sobre a empresa para aprimorar o tratamento dos direitos humanos. Por outro lado, Chilton e Sarfaty sugerem que é altamente improvável que a divulgação das cadeias de fornecimento seja utilizada para embasar as decisões de compra pelos consumidores, porque ainda existe um déficit significativo na conscientização pública sobre devida diligência em direitos humanos.⁵⁷⁷ Ao mesmo tempo, esse processo sofre ausência de qualquer reforço positivo do Estado, baseando-se essencialmente em um modelo de fiscalização alicerçado no mercado.

Existe um obstáculo significativo que se consubstancia na dificuldade do consumidor em interpretar o conteúdo dessas divulgações e, portanto, compreender a conexão entre as falhas empresariais e a violação de direitos humanos. Além disso, são essencialmente notadas as empresas cujo produto ou serviço são direcionados diretamente ao consumidor - o que deixa de fora do radar e da pressão consumerista frente à atividade de grandes empresas do setor de mineração, transporte aéreo, construção civil, entre outras.

O impacto positivo mais óbvio seria aproximar a pauta dos direitos humanos da mais alta agenda da gestão corporativa a ponto de influenciar inclusive a tomada de decisões internamente, pressionando por mudanças de dentro para fora, abrangendo as práticas dos fornecedores. Ao mesmo tempo, a adoção de critérios mais assertivos de monitoramento dos riscos adversos aos direitos humanos permitiria elevar a utilidade dos relatórios como condicionantes ao fornecimento de crédito, concessão de contratos de aquisição ou empréstimo.

No contexto da violação de direitos humanos, a responsabilidade corporativa é cultivada dentro da ideia de que as empresas devem sofrer consequências não legais (perda de reputação, barreira de acesso a mercados, desvalorização de suas ações) e legais. Na falta de mecanismos legais para “empurrar” as empresas em direção à conformidade, as

⁵⁷⁷ CHILTON, Adam S; SARFATY, Galit A. "The Limitations of Supply Chain Disclosure Regimes" (2017) 53:1 *Stan J Int'l L* 1-54.

experiências com altas doses de voluntarismo e *soft law* nas últimas décadas demonstraram uma evolução lenta e com baixo progresso.

A fim de viabilizar a existência de padrões mínimos de verificação de direitos humanos na cadeia, conforme Zadek,⁵⁷⁸ seria preciso determinar: o que precisa ser contabilizado no contexto da transparência e devida diligência e estabelecer as consequências e sanções atreladas ao compromisso insatisfatório com os *standards* de direitos humanos. Ao que acrescentaríamos ainda uma terceira etapa envolvendo a definição de estratégias pela empresa para detectar riscos e violações de direitos humanos por meio de mapeamento e desenvolvimento de estratégias de mitigação de impactos adversos, incluindo mecanismos de monitoramento e alerta.

Nesse contexto ainda, é possível identificar que, até o momento, as divulgações de processos de devida diligência não surtiram um efeito significativo no incremento da condição das pessoas envolvidas nas cadeias produtivas. A princípio, é possível identificar, minimamente, duas principais falhas nesse aspecto.

A primeira relacionada ao conteúdo dos relatórios produzidos e divulgações que permanece limitado a informações sobre compromissos e políticas de promoção de direitos, em vez de efetivamente divulgar um mapeamento dos riscos concretos e das estratégias para sua mitigação. Pouco espaço é conferido às questões de fundos e medidas concretas e substantivas adotadas pela empresa para diminuir o impacto adverso de sua atividade. A realidade tem demonstrado que a problemática da violação de direitos humanos tem sido, na maioria das vezes, abordada por meio de auditorias e processos de certificação bastante semelhantes àqueles utilizados para obter selos e certificados de reconhecimento. Mesmo as divulgações mais detalhadas parecem focar principalmente nos projetos e processos e contêm poucas informações concretas sobre os problemas enfrentados pela corporação.

Prover a independência e autonomia das auditorias e certificadoras da cadeia de suprimento é essencial para garantir sua imparcialidade e viabilizar a conformidade regulatória em direitos humanos, especialmente onde não a supervisão pública do Estado não alcança.⁵⁷⁹ É razoável, portanto, que se desenvolva um debate saudável sobre a responsabilidade civil e criminal de empresas de auditoria e certificadoras. Desde a

⁵⁷⁸ ZADEK, Simon. The Meaning of Accountability, in BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FROM PRINCIPLES TO PRACTICE 241 (Dorothee Baumann-Pauly & Justine Nolan eds.), 2016.

⁵⁷⁹ Em casos graves de violações de direitos humanos, foi suscitada a responsabilização criminal de certificadoras. No caso do incêndio na empresa Ali Enterprises no Paquistão, foi levantada a responsabilidade criminal da certificadora italiana que emitiu a AS 8000 que, em tese, garantia a conformidade com padrões de saúde ocupacional.

perspectiva do direito civil, é possível observar que dificilmente se estabelece uma responsabilidade direta de certificadoras pelos eventuais danos a terceiros.

Sob uma perspectiva prática, ainda é de difícil compreensão e comprovação o nexo causal entre direto entre a atuação de uma auditoria ou certificadora que, na má prestação de seus serviços, certifica positivamente a atuação de uma empresa ou organização que, em um segundo momento e já licenciada ou certificada, vem a provocar danos a terceiros ou *stakeholders*. Essas circunstâncias limitam significativamente a possibilidade de usar esses relatórios unilateralmente produzidos como elementos para responsabilização empresarial. Na ausência de um suporte regulatório sólido, a realidade que se verifica é a utilização de litígios consumeristas- alegando declarações falsas, concorrência desleal ou propaganda enganosa- para desafiar a precisão das informações contidas na divulgação de direitos humanos. No geral, porém, o impacto dessas ações é bastante limitado.

É justamente a presença do Estado exercendo poder de fiscalização e supervisão, com poderes para impor sanções pela divulgação incompleta ou enganosa de informações, que permite aos consumidores e sociedade civil exercerem uma influência de maneira mais eficaz sobre a cadeia produtiva. Sobretudo se considerarmos que os regimes legais que toleram ou incentivam a instalação de operações corporativas produtoras de impactos adversos têm sido ineficientes na proposição de ações para mitigar os impactos sobre os direitos humanos.

Muitas tentativas de regulamentar as cadeias de suprimento complexas em países subdesenvolvidos estão sujeitas a grandes dificuldades e altos níveis de burocracia. A supervisão regulatória do Estado, por sua vez, permanece ainda subdesenvolvida. Sob o aspecto do monitoramento, a supervisão limitada de divulgações de direitos humanos é exercida por meio de agências reguladoras de contabilidade ou valores mobiliários, como é o caso da SEC (*Securities and Exchange Commission*) nos Estados Unidos, que impõe responsabilidade por declarações enganosas sob o *Dodd Frank Act*. De forma igualmente questionável, o Departamento de Justiça (DOJ) usou os poderes de promotoria para estender a ênfase em uma política de “conformidade e cooperação com as autoridades”.

Debaixo de uma série de memorandos de política emitidos a partir da década de 90, com sucessivos nomes dos Procuradores Gerais, o Memorando Thompson se destacou após inculcar a filosofia de providenciar condenações forçando as empresas a renunciarem ao privilégio entre cliente e advogado ou descumprindo deveres contratuais em nome da investigação interna.

O memorando instruiu promotores que a cooperação das empresas era um elemento

crítico na identificação de culpados e localização de evidências relevantes. Dessa forma, autorizou-se aos promotores exigir das corporações a renúncia ao privilégio entre advogado e cliente e o início de uma investigação interna que fosse capaz de apurar a má conduta. Do ponto de vista geral, o grande risco da competência assumida pelo DOJ envolveu precisamente a assunção da gestão geral de empresas nos Estados Unidos, como uma espécie de observatório e monitor da conformidade empresarial. Ao contrário de uma agência reguladora, o DOJ sofre o risco constante da calibragem necessária entre custos e benefícios, sob pena de superestimar o benefício e subestimar o custo da política de “conformidade e cooperação com as autoridades”.

A atuação da SEC como reguladora do impacto corporativo socialmente danoso, por sua vez, também é controversa. Do ponto de vista humanitário e protetivo, há dúvidas sobre a capacidade da agência arrogar a competência de verificação intensiva de direitos humanos, dada a ausência de conhecimento especializado.⁵⁸⁰ Dessa forma, quando a supervisão desses relatórios é atribuída a órgãos especializados em outros modelos de relatório corporativo - sem qualquer *expertise* em direitos humanos- a abordagem é fundamentalmente diferente.

Na experiência estadunidense, por exemplo, a segmentação da autoridade de execução entre o DOJ, que lida com violações do FCPA, e a SEC, que julga reivindicações acerca de má conduta sob as leis de valores mobiliários, criou um problema de informação e coordenação entre os agentes reguladores, resultando em um regime de fiscalização em que o comportamento corporativo danoso é julgado de forma fragmentada.

Reguladores, formuladores de políticas públicas, membros de indústrias acreditaram na concepção de que manter um programa de conformidade eficaz é a chave para garantir que a empresa cumpra as leis e exigências regulatórias do local em que desenvolve sua atividade. Em uma avaliação empírica com *cases* de fraudes e escândalos corporativos envolvendo grandes corporações com atuação em território estadunidense, concluiu-se que existia uma falha evidente do governo em sancionar a reincidência da má-conduta corporativa.

A partir do estudo dos casos Hewlett-Packard, HSBC, Biomet, Bridgestone e Johnson & Johnson, Root identifica várias violações em diferentes áreas legais ou de conformidade que todavia, não foram tratadas como reincidentes, apesar das semelhanças de comportamento e propósitos ilegais em várias violações.⁵⁸¹ Ao mesmo tempo, as empresas

⁵⁸⁰ WOODY, Karen E. Conflict Minerals Legislation: The SEC's New Role as Diplomatic and Humanitarian Watchdog, 81 *FORDHAM L. REV.* 1325, 2012.

⁵⁸¹ ROOT, Veronica. Coordinating compliance incentives *In* 102 *Cornell L. Rev.* 1003, 2017.

com repetidas violações só foram efetivamente identificadas como reincidente diante do mesmo ator governamental- assim, que as violações eram múltiplas e, em tese, mais gravosas, a ausência de coordenação entre os órgãos de fiscalização e sanção do Estado deixava de reconhecer a reincidência.

Diferentes atores governamentais que lidam com diferentes tipos de violações estatutárias e regulamentares de forma distinta tem refletido em uma ausência de coordenação nas ações de fiscalização e monitoramento de reincidência. Root argumenta que os esforços para melhorar a conformidade corporativa se beneficiariam assim, de estratégias regulatórias que reconhecessem quando uma empresa está envolvida em comportamento reincidente em mais de uma área regulatória e quando agressivamente sancionam as empresas que são infratoras reincidente.⁵⁸²

As agências e atores governamentais também estão sujeitos, em alguma instância, à complexidade derivada de atuação de agências reguladoras e na ausência de coordenação, a consequência direta é um vácuo de responsabilidade em termos de reincidência corporativa. A “sobreposição de delegações de responsabilidade” exige uma coordenação de inteligência estratégica que pode levar a redundâncias nos esforços de fiscalização. Do ponto de vista prático, no exemplo norte-americano, tanto a SEC quanto o DOJ possuem autoridade para sancionar as empresas por violações ao FCPA. Como resultado, muitas violações ao FCPA resultam em sanções de ambas as entidades governamentais, exigindo uma colaboração e troca de informações.⁵⁸³

Em uma estratégia governamental mais ampla de fiscalização, a multiplicação de agências reguladoras e atores responsáveis por sancionar a má conduta como participantes segmentados dessa estratégia não necessariamente reflete *smart regulation*. A existência de um espaço regulatório em comum entre agências que precisam sancionar uma mesma organização levanta, portanto, a questão sobre a real necessidade de quando é apropriado existirem várias agências responsáveis por mapear os ilícitos corporativos.

É possível identificar uma lacuna de responsabilização porque quando várias divisões são encarregadas de definir ações de fiscalização e sanção a uma empresa, cada agência tende a se concentrar em sua própria autoridade. Ao mesmo tempo, o exame do ilícito corporativo classificado em áreas jurídicas separadas por órgãos distintos dificulta o reconhecimento da

⁵⁸² Ibidem.

⁵⁸³ Para além das dificuldades entre agências existe também um problema de coordenação intra-agência. O DOJ, por exemplo, é composto por uma estrutura organizacional que contém diversos componentes, escritórios, *bureaus*, diretorias, divisões, o que torna particularmente complexo esforços internos de coordenação. ROOT, Veronica. Ibidem.

reincidência e de se tornar as violações ainda mais onerosas às empresas, sobretudo se considerarmos que, com frequência, as violações em âmbito corporativo ocorrem sob várias dimensões.

A experiência com leis de transparência sobre direitos humanos revela que as características singulares desse tipo de relatório exigem um processo com especificidades de supervisão e fiscalização. Isto porque o sentido da “materialidade” em direitos humanos- que não é claro no modelo de regulação existente- é interpretada, por vezes, como a materialidade para investidores em um modelo centrado na figura do acionista (*shareholder*). Porém, essa concepção da materialidade para relatórios de direitos humanos não se alinha com a compreensão de “riscos salientes” de acordo com os Princípios Orientadores, que estão centrados em torno de comunidades e indivíduos afetados pela atividade danosa.

Existe uma diferença significativa entre diligência de direitos humanos e obrigação de relatar. As leis de devida diligência não tratam da identificação de riscos aos direitos humanos em termos de materialidade. Ao avaliar o conteúdo e integridade das divulgações de direitos humanos, auditores e reguladores devem identificar os “riscos salientes” relacionados ao negócio da empresa. Cabe ressaltar, no entanto, que a maioria das leis de transparência carecem de um mecanismo de aplicação em caso de descumprimento. A despeito dos esforços para aprovar sanções em casos de não conformidade, o papel assumido pelos reguladores até agora em matéria de direitos humanos tem se resumido a receber reclamações, relatar falhas e apenas em último caso, buscar a aplicação de sanções.

Para corrigir essa ineficiência, Chambers aborda a possibilidade de introduzir sanções e penalidades prescritas por leis e regulamentos de diligência em direitos humanos que devem ser impostas pelo agente regulador, evitando discricionariedade.⁵⁸⁴ Para além disso, a possibilidade de o agente regulador impor sanções permitiria canalizar o produto da arrecadação das sanções financeiras a um fundo que poderia ser utilizado para contribuir com a reparação de pessoas e comunidades afetadas negativamente pela criminalidade corporativa.

A atuação de uma agência específica para tratar de direitos humanos contribuiria para o desenvolvimento de indicadores confiáveis em bases setoriais e geográficas de atuação corporativa, desenvolvendo diretrizes. Para impulsionar a agenda de direitos humanos de forma significativa, portanto, a supervisão e fiscalização do Estado são elementos essenciais,

⁵⁸⁴ CHAMBER, Rachel; VASTARDIS, Anil Yilmaz. Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability," *Chicago Journal of International Law*: Vol. 21: No. 2, Article 4, 2021.

pois na sua ausência, a integridade dos relatórios de impacto fica consideravelmente comprometida.

A assunção de um compromisso normativo que imponha, em caráter coercitivo, a obrigação de divulgações sobre impactos sobre os direitos humanos provocados pela atuação empresarial também parece ser medida que se faz necessária. A realidade demonstra que não existe, de firma generalizada, uma real cultura organizacional comum a organizações multi e transnacionais que traduza um compromisso ético e transparente em divulgar informações e dados sobre sua própria cadeia produtiva e seus elos de vulnerabilidade.

O incidente em Rana Plaza é um exemplo emblemático da longa história das infrações corporativas nas cadeias de fornecimento em uma variedade de setores e jurisdições. Desde os “minerais de conflito” como ouro e estanho até a contaminação da fórmula do leite e de carne bovina, a globalização aumentou a consciência das violações de direitos humanos. Mas mesmo na perspectiva de episódios trágicos como o Rana Plaza, as recentes iniciativas normativas do *Lieferkettengesetz* e *Mandatory Human Rights Due Diligence* demonstram que, mesmo nas atuais propostas, episódios como este não estariam abrangidos pela proteção prevista em ambos os modelos.

A possibilidade de viabilizar um litígio em face da corporação no seu país de origem por violação a direitos humanos é um importante ponto de inflexão. Após o desastre em Rana Plaza, por exemplo, enquanto Bangladesh lidava com o que se julgava serem os responsáveis diretos pelo colapso do prédio, não houve praticamente nenhuma ação em face das grandes empresas internacionais que adquiriam roupas das fábricas localizadas no prédio.⁵⁸⁵ O litígio doméstico, nessa circunstância, teve quase nenhum impacto sobre a cadeia de fornecimento no exterior.

As estratégias de buscar o *forum non conveniens* como um escudo eficaz para proteger as empresas contra processos em suas próprias jurisdições têm exigido, por outra via, a intensificação de reivindicações civis extraterritoriais e até mesmo contratuais para tornar as empresas ainda mais cientes de que as ações e omissões realizadas ao longo de sua cadeia de abastecimento também podem ser atribuídas à empresa-mãe. Outros tribunais têm reivindicado jurisdição com fundamento no *forum necessitatis*, cujo aspecto mais relevante compreende a possibilidade de criar consenso sobre a responsabilidade civil internacional de indivíduos e empresas pelo cometimento ou participação em crimes internacionais e, conseqüentemente, demonstra a necessidade de criação de uma jurisdição civil praticamente

⁵⁸⁵ International Commission of Jurists, Bangladesh: Public interest litigation (24 June 2013) < <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2013/06/Rana-Plaza-background.pdf> >

universal.

5. COMPLIANCE CRIMINAL DE DIREITOS HUMANOS: RECOMENDAÇÕES PARA UMA AGENDA BRASILEIRA

Promulgada há mais de setenta anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 formulou, pela primeira vez na história mundial, uma base moral comum a todos os países para a convivência. A validade da declaração é desafiada frequentemente por Estados, organizações e pessoas, em particular por movimento populistas e fundamentalistas.

Acompanhada pelo Pacto Global da ONU de 2000 e os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos de 2011, a agenda de direitos humanos se expandiu significativamente para o âmbito empresarial, servindo de fundamento para a elaboração de diversos Planos Nacionais de Ação para os Direitos Humanos na Argentina, Alemanha, Suécia, Itália e Estados Unidos.

Na base do que Gewirth⁵⁸⁶ aponta como cinco elementos essenciais de um direito de reivindicação- ou seja, um direito que afirma ser respeitado- se encontram o sujeito de direito, a natureza do direito, o objeto do direito, o respondente do direito e a justificativa ou embasamento do direito. Embora haja relativo consenso mundial de que todos os seres, sem exceção, são sujeitos desses direitos, incluindo as gerações futuros, é muito mais difícil se chegar a um consenso sobre uma atribuição justa de responsabilidade pela sua violação na contemporaneidade de sociedades pluralistas. A compreensão diferenciada do conteúdo e responsividade dos direitos humanos é o que permite distinguir o respeito dos direitos humanos da proteção pela violação de direitos humanos e a provisão de acesso para remediar as violações.

Tradicionalmente, a responsabilidade de proteger e promover o respeito aos direitos humanos tem sido assumida como dever do Estado, com regras desenhadas predominantemente em tratados internacionais. Em resposta à evolução da agenda global de negócios e direitos humanos, a estrutura normativa de leis nacionais e internacionais centralizadas na figura e papel exclusivamente do Estado está se mostrando cada vez mais inadequada para conter e reparar violações de direitos humanos no âmbito corporativo, levando a lacunas de proteção e governança.

O grande desafio em termos de criminalidade corporativa transnacional compreende

586 GEWIRTH, Alan. The epistemology of human rights. *Social Philosophy and Policy*, Volume 1 , Issue 2 , Spring 1984.

como operacionalizar o direito público, o direito privado e o direito internacional dos direitos humanos. Não é desejável, do ponto de vista normativo, que os direitos humanos exigíveis do Estado sejam diretamente transpostos às organizações privadas, visto que são obrigações originalmente concebidas em face do Estado.

É possível pensar em uma abordagem complementar em que o direito penal nacional aplicável, em caso de criminalidade corporativa, seja interpretado à luz do direito internacional dos direitos humanos. Essa interligação seria uma forma de compatibilizar o ordenamento jurídico internacional com estratégias nacionais de responsabilização empresarial.

Conforme já demonstrado, dentro da proposta de Ruggie a responsabilidade corporativa não significa propriamente responsabilidade internacional, ou seja, violação de direito internacional decorrente do descumprimento de normas secundárias. Pelo contrário, a ideia de “responsabilização” na principiologia de Ruggie se refere a um arcabouço político e moral, sem base estritamente legal. A abordagem dos Princípios 11 a 24, por exemplo, se refere especificamente ao dever das empresas de respeitar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e, para tanto, as empresas deveriam realizar a devida diligência, o que inclui avaliações constantes de impacto sobre os direitos humanos, bem como falhas de vulnerabilidade nas suas respectivas cadeias produtivas.

Em muitas circunstâncias, a aplicação da lei privada é o mecanismo de aplicação mais potente que o sistema jurídico brasileiro tem a oferecer. A aplicação do direito privado não deixa de ser uma via estratégica também para garantia dos direitos humanos. A autorregulação privada, por exemplo, se materializa através do uso de ferramentas de direito contratual. Por meio da inserção de cláusulas contratuais, as partes buscam garantir padrões ao longo de toda a cadeia de valor. Porém, conforme já demonstrado não é suficiente, por seu conteúdo vago e sem fiscalização.

O direito penal, que se encontra na perspectiva oposta do direito regulatório, também é exigido pelo Grupo Intergovernamental de Trabalho quando se observa o último rascunho do art.6(7) que dispõe que os Estados Partes devem assegurar que sua legislação interna preveja responsabilidade civil, administrativa e penal das empresas.⁵⁸⁷

⁵⁸⁷ Art. 6(7) Subject to their domestic law, State Parties shall ensure that their domestic legislation provides for criminal, civil, or administrative liability of legal persons for the following criminal offences: a. War crimes, crimes against humanity and genocide as defined in articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute for the International Criminal Court; b. Torture, cruel, inhuman or degrading treatment, as defined in article 1 of the UN Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; c. enforced disappearance, as defined in articles 7 and 25 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance; d. extrajudicial execution, as defined in Principle 1 of the Principles on the Effective Prevention

A proposta do tratado deixa aos Estados signatários a decisão de inserir o direito penal como instrumento para responsabilização interna, uma vez que a responsabilização criminal para pessoas jurídicas não foi inserida nesse contexto no direito internacional. Fato é que diversos casos envolvendo violações de direitos humanos transnacionais estão sendo litigados em tribunais criminais. A capacidade desse fenômeno efetivamente provocar uma releitura na aplicação do direito penal depende, em grande medida, do que será compreendido verdadeiramente como um crime, assim como questões associadas a jurisdição.

A virada punitiva tem se baseado em doutrinas acerca da capacidade moral em caráter mais pragmático e funcional. A minuta do art. 6 (7) da Minuta Revisada do instrumento juridicamente vinculativo de 2019 considera que, na medida em que as diferenças na legislação nacional causam problemas, seria necessário que os Estados Partes “oferecessem uns aos outros a medida mais ampla de assistência jurídica mútua no início e realização de investigações, processos e processos judiciais e outros”.

Considerando a transnacionalidade da criminalidade corporativa, o fato de cada jurisdição crimina variar em termos de substância e procedimento é um fator complicador da persecução penal em face das empresas que atuam em mais de uma jurisdição. Existe um considerável valor agregado de se conceber um instrumento jurídico vinculativo no âmbito penal que seja compatível com as normas internacionais de direitos humanos. A aplicação do direito internacional torna-se especialmente importante para suprir lacunas deixadas por um ordenamento jurídico nacional falho e frágil.

Nesse contexto, a referência e marco dos direitos humanos pode ser concebida como uma valiosa justificativa para sancionar corporações. Embora esteja para além da presente tese a proposta de construção de um arcabouço dogmático capaz de dar conta dos desafios e lacunas da criminalidade corporativa. Deveria a lei criminal empreender esforços na expansão do conjunto de proibições a ser imposta contra corporações criminosas? Quais sanções aplicar e quando alavancá-las, no entanto, continuará a ser um desafio particularmente empírico. Proibições mais direcionadas podem ser mais sustentáveis a longo prazo quando comparadas com as onerosas reformas de conformidade. Por outro lado, a

and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions; e. Forced labour as defined in article 2.1 of the ILO Forced Labour Convention 1930 and article 1 of the Abolition of Forced Labour Convention 1957; f. The use of child soldiers, as defined in article 3 of the Convention on the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour 1999 g. Forced eviction, as defined in the Basic Principles and Guidelines on Development based evictions and displacement; h. slavery and slavery-like offences; i. Forced displacement of people; j. Human trafficking, including sexual exploitation; k. Sexual and gender-based violence.

ameaça prática derivada da aplicação de sanções não monetárias abrange um escopo de consequências colaterais, cujo impacto está fora do sistema de justiça criminal.

Sally Engle Merry desafiou a apropriação dos direitos humanos como construção legalista liberal, sob a perspectiva de que, no mundo pós-colonial, por exemplo, grupos indígenas e comunidades buscam definir para si um espaço no mundo moderno e, para tanto, se apoderam e redefinem a lei com base em suas reivindicações de justiça.⁵⁸⁸ A violação de direitos humanos de uma determinada comunidade, portanto, em sentido amplo, não evoca simplesmente a lei do Estado ou a concepção das Nações Unidas, mas sim uma noção particular de justiça que une elementos tribais com a perspectiva universal dos direitos humanos. Daí, portanto, a dificuldade de mapear todas as situações em potencial que representam violações de direitos humanos: existe um viés local que não pode ser desconsiderado, porque a dinâmica das relações ali estabelecidas afeta sensivelmente o que se concebe ou não como abuso de direito, conferindo cadência e vocabulário diferente para exprimir, portanto, o que deve ser alvo de uma repreensão.

A perspectiva dos direitos humanos, dessa forma, torna-se um conceito aberto e suscetível de apropriação por diversos grupos que atuam na arena jurídica global, abrindo a oportunidade de redefinir interpretações capitalistas de direitos que permitam enxergar a dinâmica das diversas relações travadas entre empresas e sociedade.

Existe um potencial limitador do uso do direito internacional que deriva das estruturas de poder e desigualdades que permeiam o cenário internacional.⁵⁸⁹ Por outro lado, seu caráter aberto e indeterminado também oferece caminhos para suscitar lógicas contra sistêmicas que permitam, dentro do discurso jurídico, fazer reconhecer aspectos da atuação corporativa que são social e ambientalmente destrutivos.

De início, cumpre ressaltar que, para fins criminais, portanto, é irrazoável conceber toda e qualquer violação de direitos humanos- assim caracterizada- como um ilícito penal. A inserção da criminalização do comportamento corporativo necessariamente precisa partir da avaliação pontual da dinâmica, agentes envolvidos e circunstâncias geográficas e culturais da infração. A maleabilidade e capacidade de expansão dos direitos humanos se tomada exclusivamente como referencial tornaria praticamente impossível conciliar os princípios sistêmicos do direito penal, como a própria legalidade, com a resposta punitiva do Estado toda vez que se configurasse alguma situação entendível- ainda que sob uma perspectiva

⁵⁸⁸ MERRY, Sally Engle. Legal vernacularization and Ka Ho'okolokolonui Kanaka Maoli, the People's International Tribunal, Hawai'i 1993' in *Political and Legal Anthropology*, Vol. 19, No. 1, pp. 67–82, 1996.

⁵⁸⁹ MIÉVILLE, China. "Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism". *Finnish Yearbook of International Law* 19, 2000.

relativista- como sendo violadora de direitos humanos.

A existência de organizações de poder fragmentado, em paralelo ao Estado, como representam as grandes empresas, fazem com que o indivíduo perceba autoridade, limites, repressão e alienação a partir de outros sujeitos. Isso implica uma distinção clara no sentido de que nem tudo que o uma organização empresarial faz e possa potencialmente prejudicar o bem-estar de um grupo de indivíduos necessariamente seja considerada uma violação de direitos humanos, assim como o aumento da arrecadação de impostos, apesar de onerar a população, não representa uma violação em si.

Mesmo neste cenário, sem um alinhamento internacional colaborativo, a legislação doméstica certamente terá dificuldades em regular- de forma eficaz- a ação privada. Definir o escopo de deveres corporativos, em alguma medida, compreende rediscutir o direito internacional dos direitos humanos, seus sujeitos de direitos e obrigações. A noção de deveres corporativos representa assim, um abandono da ênfase no Estado como titular de deveres e parte da premissa de que o reconhecimento de direitos também dá origem a uma variedade de titulares de obrigações.⁵⁹⁰

O fato de a atual configuração econômica global oferecer incentivos para que os governos de países produtores negligenciem suas obrigações internacionais de prevenir violações direitos humanos por empresas, desde uma perspectiva organizacional encontra sintonia na sugestão do professor Surya Deva sobre a necessidade de discutir reformas radicais e estruturais na ordem econômica. Ou seja, seria preciso viabilizar modelos de incentivo empresarial que evitem o círculo vicioso de resolução de crises com novas crises em potencial, em que o comportamento corporativo seja, de fato, conduzido por intenções positivas. Nesse contexto, a preocupação com a gestão de riscos na cadeia produtiva ínsita à política empresarial seria, de fato, um diferencial competitivo (*race to the top*).

A criminalidade corporativa constitui um tema de convergência para diversas áreas do conhecimento. Embora a tendência jurídica internacional demonstre o sentido de reconhecimento total da responsabilidade criminal corporativa, ainda há um amplo debate sobre modelos de atribuição de responsabilidade e a forma como o próprio Judiciário deve considerar os programas de integridade. Se da perspectiva da União Europeia pouco se avançou em termos de recorrer às sanções penais para garantir as obrigações de devida diligência, em grande parte, se deve aos entraves e dificuldades também da produção

⁵⁹⁰ Conforme Joseph Raz, “não há uma lista fechada de deveres que correspondem ao direito (...) Uma mudança de circunstâncias pode levar à criação de novas funções bom base no antigo direito. RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom* 171, 1986.

legislativa dentro do direito comunitário.

No Brasil, por outro lado, a necessidade de intervenção do direito penal, no entanto, ainda se faz necessária ante a possibilidade de, enquanto ferramenta de controle social formal, oferecer às vítimas uma forma direta e mais fácil de indenização ou reparação para as frequentes tragédias corporativas. Na linha da construção de uma agenda nacional brasileira, é indissociável a conclusão de que um direito penal eficaz também faz parte do cumprimento da obrigação de proteger que recai sobre os Estados diretamente a partir dos Princípios Ruggie. Partindo de uma avaliação holística, todavia, não existe no Brasil um tratamento sistemático e organizado da relação entre direitos humanos e empresa, a despeito da existência de mecanismos de responsabilização civil, administrativa e criminal de pessoas jurídicas.

A construção de uma agenda brasileira para o efetivo *compliance* de direitos humanos depende da identificação de lacunas normativas no ordenamento brasileiros e esse fenômeno passa, necessariamente, pela avaliação empírica de dados sobre as próprias organizações empresariais que permitam aprofundar o entendimento da dinâmica entre empresa e sociedade. Ao mesmo tempo, é necessário que se desenvolva a iniciativa de definir uma prescrição normativa para a forma de realização das análises de risco no ambiente empresarial.⁵⁹¹

Um processo de devida diligência deve ser capaz de identificar, abordar os riscos e rastrear a eficácia das respostas, abrangendo uma avaliação real e potencial dos possíveis impactos de suas atividades sobre os direitos humanos, rastreando respostas, mapeando os riscos e comunicando como esses impactos são tratados. Acima de tudo, a concepção dos programas de devida diligência deve engajar processos interativos e compartilhados, sobretudo considerando serem as cadeias produtivas extremamente dinâmicas, com alto nível de detalhamento a ponto de exigir que a elaboração de um programa eficaz seja estritamente direcionada para um setor específico.

A devida diligência se diferencia das auditorias sociais, em vista desta última tratar de processo pelo qual a empresa verifica a conformidade de um fornecedor com padrões de direitos humanos, parametrizados em códigos de conduta ou boas práticas. A maior distinção entre ambos estaria precisamente na introdução de penalidades civis e criminais onde ocorrerem violações de direitos humanos. O escopo legal que se proponha a abordar uma

⁵⁹¹ Até o momento de elaboração da presente pesquisa, existe apenas a publicação de 2015 da Controladoria Geral da União nominada “Diretrizes para Empresas Privadas”, com relação à implantação de programas de integridade, estabelecendo expectativas acerca da análise de riscos.

due diligence de direitos humanos precisa ser capaz de absorver e incorporar uma noção evidente sobre requisitos para divulgação e critérios de diligência: a lei deve fornecer orientação clara sobre quais as informações necessárias a serem relatadas pela empresa e a forma de divulgação dessas informações a fim de permitir produzir relatórios que possam ser comparáveis e permitam identificar melhorias. Isso evita conferir margem de liberdade para que o ator privado defina quais informações deseja ou não trazer a público. Ao mesmo tempo, é preciso garantir colaboração com partes externas interessadas (*stakeholders*) e mecanismos de conformidade que combinem transparência com responsabilidade.

No desenvolvimento de leis para abordar os riscos da cadeia de abastecimento, deve-se considerar a garantia de que o relatório estrutura requer a devida diligência a ser conduzida, incentiva a colaboração com uma variedade de partes interessadas e incorpora mecanismos de conformidade para que os esforços realizados para abordar os riscos de direitos são substantivos, e não aqueles que podem engendrar um processo mais orientado de forma cosmética a conformidade. Partindo da premissa que existem determinados direitos humanos que, quando violados, jamais são devidamente remediados ou reparados, justifica-se assim a necessidade de partir, em um modelo ideal, de um paradigma de prevenção à violação.

Nos termos do que consta da proposta de diretiva europeia, não parece ser diferente a necessidade de viabilizar a criação de uma base de dados nacional, informatizada, hígida que reúna informações de violações e práticas corporativas no território nacional de maneira a fornecer informações abrangentes e atualizadas envolvendo a atuação de organizações empresariais no Brasil e seu papel na dinâmica e extensão do dano, vitimização e perseguição. O histórico de décadas de captura regulatória, portanto, aponta para um caminho diferente daquele que outros países optaram no que se refere à organização e constituição de uma autoridade nacional capaz de compartilhar e divulgar boas práticas empresariais, estabelecer métricas de avaliação de programas de conformidade e supervisionar e impor sanções.

Na medida em que se torna obrigatória a divulgação de relatórios de impacto adversos em direitos humanos e meio ambiente, a autoridade nacional organiza e supervisiona uma plataforma centralizada e de livre acesso ao público, em que as empresas possam divulgar seus programas de devida diligência. A ideia, portanto, é que a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos se aplica a todas as organizações empresariais, independentemente do seu tamanho, contexto, setor operacional, estrutura e propriedade. Todavia, de acordo com a complexidade e escala, os meios e instrumentos utilizados pela empresa para atender essa responsabilidade podem variar de

acordo com esses fatores.

5.1. A noção de qualidade de vida e a delimitação da violação de direitos humanos para fins criminais

No contexto do sistema de justiça criminal, os direitos humanos têm sido tradicionalmente associados à proteção de suspeitos e vítimas em face do poder coercitivo do Estado. No entanto, para além da função de “escudo”, os direitos humanos também vêm assumindo uma função de “espada” que se materializa, por exemplo, na construção dos deveres coercitivos pelo Tribunal de Direitos Humanos.⁵⁹² Em particular, é exigido dos Estados que criminalizem determinadas violações de direitos humanos como o tráfico de pessoas, tortura, estupro além de investigar criminalmente criminosos e suspeitos.

A presente tese buscou compreender os perigos de se mobilizar o direito penal por meio do viés coercitivo dos direitos humanos e quais seriam as respectivas limitações de uma abordagem criminal do ponto de vista dos direitos humanos violados. Nesse contexto, dois grandes trabalhos de viés doutrinária foram escritos respectivamente por Anja Seibert-Fohr⁵⁹³ e Kresimir Kamber⁵⁹⁴

Em sua investigação, Seibert-Fohr explora as dimensões mais evidentes da obrigação de processar sérias violações de direitos humanos sob direito internacional, com foco em diferentes ramos do direito internacional, incluindo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o direito internacional consuetudinário.

Com a finalidade de examinar até que ponto o direito internacional dos direitos humanos em sua dimensão coercitiva é capaz de complementar direito penal internacional, sua análise doutrinária faz um balanço do estado do direito internacional na área. Kamber, por sua vez, busca esclarecer partindo de uma doutrina coercitiva de direitos humanos como as funções de “espada” e “escudo” dos direitos humanos podem ser conciliadas sob a perspectiva legal.

Parte do desafio associado ao uso do parâmetro dos direitos humanos para fins de

⁵⁹² A ex-juíza do Tribunal de Direitos Humanos, Françoise Tulkens, descreve a relação dos direitos humanos no sistema de justiça criminal como “escudo” e “espada”, concluindo que este paradoxo exige uma decisão do próprio sistema.

⁵⁹³ SEIBERT-FOHR, Anja. *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

⁵⁹⁴ KAMBER, Kresimir. *Prosecuting Human Rights Offences*. Leiden, 2017.

criminalização corporativa se associa ao que Liora Lazarus nomina de “exagero coercitivo”, em que os deveres coercitivos se desenvolveriam de maneira que, por uma questão de princípio ou política, determinados atos ou omissões seriam criminalizados, porém não necessariamente exigindo a intervenção penal.⁵⁹⁵

Existe um grande perigo associado a uma doutrina de viés coercitivo dos direitos humanos que compreende a retórica de se ampliar o uso de medidas coercitivas, cobrindo tendências autoritárias com o véu dos direitos humanos. Ao mesmo tempo, também existe a preocupação de que uma doutrina coercitiva dos direitos humanos possa determinar parâmetros mais restritos e delineados a fim de atrair a responsabilidade penal individual e, em última instância, diluir o conteúdo substancial dos direitos humanos em si.

Do ponto de vista histórico, o direito internacional dos direitos humanos passou a assumir uma postura mais incisiva a partir de meados do final da década de 80 através de um movimento catalisado pelas consequências de graves violações de direitos humanos no contexto das ditaduras latino-americanas.

Contudo, é importante ressaltar que, a despeito da assunção de uma agenda cada vez mais ampla envolvendo direitos humanos e empresas, o paradigma dos direitos humanos coercitivos tende a atrair remédios não punitivos para a esfera criminal, o que sugere talvez que medidas não penais devam ser concebidas e instrumentalizadas propositalmente fora do âmbito do direito penal.

Embora o direito penal possa oferecer reparação eficaz em algumas circunstâncias, também neste tema há amplo espaço para investigação empírica a fim de explorar até que ponto a doutrina coercitiva dos direitos humanos está tendo o efeito de reformular o direito penal e sua operacionalização na justiça criminal e sistema de aplicação da lei, vinculando-o mais estreitamente à proteção de humanos direitos. A ideia de que poderia a orientação protetiva do direito penal se aprimorar a partir do paradigma de direitos humanos ainda é um campo aberto a investigações. Isto porque ainda há forte corrente ainda sustentando que a legislação de direitos humanos não deveria ser arena tão fértil para elaboração de normas penais.⁵⁹⁶

Tal raciocínio se coaduna com a preocupação de que uma criminalização excessivamente expansiva poderia contrariar o princípio legítimo da *ultima ratio*, traduzindo

⁵⁹⁵ LAZARUS, Liora. Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce? in L Zedner and J Roberts (eds), Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice (Oxford, Oxford University Press, 2012).

⁵⁹⁶ MAVRONICOLA, N. Submission to the Human Rights Committee on its Draft General Comment on

a criminalização em si como último recurso.⁵⁹⁷ Dessa forma, o princípio se impõe como uma espécie de freio às criminalizações quando houver alternativa menos repressiva disponível. No entanto, majoritariamente, o princípio da *ultima ratio* é encarado como pertencente à teoria da criminalização e não à teoria da sentença, como um comando dirigido sobretudo ao legislador. Conceitualmente, porém, a noção de proporcionalidade conjugada com a *ultima ratio* remonta à questão de “quanto direito penal” deve ser usado no caso concreto. Logo, em seu sentido mais funcional, a proporcionalidade reflete a proporção entre o delito cometido e a sanção prescrita.

Quando transposto à lógica das violações de direitos humanos perpetradas pelas empresas, caberá ao julgador a aplicação de sanções adequadas a violações severas de direitos humanos sem, ao mesmo tempo, provocar a incapacitação da empresa- quando, de fato, não for o caso de liquidação da pessoa jurídica. Para tanto, parte-se da necessária definição de um escopo claro do que se é concebido como violação de direitos humanos para fins de tutela penal.

É nesse contexto que se observa que a concepção da qualidade de vida enquanto elemento da tutela penal ainda não recebeu maior desenvolvimento teórico. Naturalmente, a consequência histórica de um direito penal afeto à proteção de bens jurídicos ou interesses legalmente protegidos conduziu uma vertente de enfoque nas infrações e proibições do que precisamente no valor do que é protegido pela norma penal em si.

A noção de qualidade de vida poderia assumir uma conotação ampla a ponto de abranger a complexidade do dano corporativo em escala multidimensional (ambiental, social, individual, moral, cultural, entre outros) e, portanto, ser capaz de categorizá-lo com maior propriedade. Com maior proximidade ao desenvolvimento proposto por Nina Persak,⁵⁹⁸ já desde Andreas von Hirsch,⁵⁹⁹ no entanto, existe produção teórica no sentido de que seria possível conceber a avaliação do crime partindo do conceito de qualidade ou padrão de vida. Realizar o caminho inverso, isto é, compreender a necessidade de criminalização a partir do dano, especialmente em contextos corporativos, abre as portas para a compreensão do que viria a ser uma criminalização legítima e um processo de condenação pautado pelo

⁵⁹⁷ A despeito do raciocínio exposto, na Europa, por exemplo, a aprovação do Tratado de Lisboa ampliou significativamente a competência da União Europeia, conferindo-lhe poderes mais amplos de criminalização e elaboração de política legislativa criminal.

⁵⁹⁸ PERSAK, Nina. Using ‘quality of Life’ to Legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*, edited by AP Simester et al., Hart, 2014, pp. 225–45.

⁵⁹⁹ VON HIRSCH, Andreas; JAREBORG, N. Gauging crime seriousness: A “Living Standard” conception of criminal harm’ in A von Hirsch and A Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (Oxford, Oxford University Press, 2005)

viés de avaliação dos direitos humanos violados.⁶⁰⁰

É inquestionável como uma concepção clara dos danos, portanto, assume importância para formulação de política criminal e relevância pedagógica. A avaliação dos danos também permite distinguir quais circunstâncias compreendem uma violação severa de direitos humanos a ponto de se exigir a intervenção do direito penal e, portanto, harmonizar todo o sistema principiológico que rege a seara criminal. Mensurar o dano ocorrido ou resultante, todavia, não necessariamente coincide com o uso do dano para fins de criminalização.

Isto porque a análise do dano, em certa medida, informa a propositura de políticas sociais que também vão para além da própria política criminal em si e, portanto, são enriquecidas por iniciativas empíricas capazes de capturar a legítima expectativa depositada na intervenção criminal. O conceito de “qualidade de vida” enquanto categoria que abrange elementos tangíveis e intangíveis como o lazer, segurança, recursos culturais, vida social, saúde física, qualidade ambiental, entre outros.⁶⁰¹ Trata-se assim, de conceito multifacetado, sujeito a constantes alterações e que, portanto, detém maleabilidade suficiente para também se adaptar à evolução natural de seu conteúdo com o passar do tempo.

É indissociável da aplicação do viés de direitos humanos à criminalidade corporativa a delimitação precisa do que se entende como uma “violação de direitos humanos” para fins penais. Isto porque o limiar de diferença entre um crime comum e uma violação de direitos humanos é implícito, porém não definido. Para além de se entender a “violação de direitos humanos” em si como um bem jurídico (*Rechtsgut*) cuja infração deve ser proibida pelo direito penal, talvez o mais razoável parece ser compreendê-la como bem jurídico fundamental cuja repercussão abrange a proteção de outros direitos e valores como a vida, privacidade, trabalho digno, inviolabilidade, entre outros.

A categorização como violação de direitos humanos, por sua vez, inclui um componente normativo de Estado.⁶⁰² Franziska Oehm, nesse sentido, relembra o caso do Danzer Group suíço e alemão. Em 2011, uma unidade das forças de segurança locais

⁶⁰⁰ Já na Europa esse tem sido o raciocínio construído quando se observa que o Parlamento Europeu publicou o seu próprio documento sobre o tema em maio de 2012, enfatizando (inter alia) "que a necessidade de novas disposições de direito penal substantivo deve ser demonstrado pelas evidências factuais necessárias tornando-o claro. . . que as disposições penais foco na conduta que causa danos materiais ou imateriais significativos à sociedade, aos indivíduos ou a um grupo de indivíduos »(resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma abordagem da UE em relação ao direito penal).

⁶⁰¹ PERSAK, Nina, *op. cit.*

⁶⁰² OEHM, Franziska. Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von wirtschaftlichen Akteuren für Menschenrechtsverletzungen In Markus Krajewski, Franziska Oehm & Miriam Saage-Maaß (eds.), *Zivil- Und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung Für Menschenrechtsverletzungen*. Springer Berlin Heidelberg, 2018.

congolesas entrou em uma aldeia e fez um tumulto, espancando moradores e estuprando mulheres e meninas. As forças de segurança, na ocasião, se utilizaram inclusive dos veículos de uma subsidiária da Danzer Group, que também pagou os policiais após a operação, dado o interesse em viabilizar na região um determinado projeto de infraestrutura. Nessa oportunidade, o gerente foi acusado de cumplicidade por omissão nos crimes praticados, pois como gerente responsável pelos negócios africanos no grupo Danzer, deveria ter evitado a ocorrência das violações e orientado os funcionários locais sobre instruções em casos de conflito.⁶⁰³ Mais tarde em 2013, a Global Witness e o Centro Europeu para Direitos Constitucionais e Humanos apresentaram uma queixa-crime acusando a Danzer pelas graves violações de direitos humanos.

Neste caso houve evidente negligência organizacional em comunhão com um elemento de Estado, o que conduz a uma violação de direitos humanos com relevância criminal. O raciocínio aqui, no entanto, não deve ser no sentido porque a República Democrática do Congo é uma zona de governança fraca, todo crime deve ser considerado uma violação de direitos humanos, mas sim a identificação do componente de Estado que permite essa categorização. O caso descrito, por exemplo, revela que o Danzer Group usou as estruturas de Estado para o seu próprio benefício, fazendo cumprir seus interesses privados.

Dentro do conceito de “qualidade de vida” é possível extrair uma série de necessidades e valores, porém isso não significa necessariamente que todos os elementos englobados suscitem o reconhecimento de dano do ponto de vista criminal. Dessa forma, a criminalização deve, naturalmente, obedecer aos danos suficientemente sérios e abusivos. Não sendo esta a circunstância, a criminalização em si deve ser evitada. Exemplo disso é a situação de trabalhadores de uma corporação que são dispensados em massa e não recebem devidamente os valores a título de remuneração pelas rescisões feitas. Nessa situação, o dano em si não seria suficientemente intrusivo a ponto de justificar a aplicação do direito penal, para além da solução do litígio por meio do direito trabalhista e, possivelmente, coletivo.

As escolhas envolvidas na classificação de danos, em última instância, são também decisões normativas e enquanto elemento a ser alvo de consideração na sanção aplicada a organizações empresariais, estarão sujeitas a objeções à criminalização decorrentes de problemas de aplicabilidade pontuais ou mesmo o custo de aplicação. É sabido que muitas expectativas estão depositadas no direito penal e, mesmo no plano internacional, ao

⁶⁰³ SAAGE- MAAß, Miriam. Ahndung wirtschaftsverstärkter Kriminalität – Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern?, 2014.

funcionamento do Tribunal Penal Internacional acerca da existência do que viria a ser uma espécie de “jurisdição universal” que, no entanto, não deixa de ser um conceito problemático do ponto de vista de sua legitimidade.

A noção de jurisdição universal, ou seja, a provisão para qualquer Estado poder julgar crimes internacionais ainda é bastante controversa e não desenvolveu ainda um papel significativo em processar grandes organizações empresariais por violações de direitos humanos. Apesar disso, existem inúmeras convenções internacionais que fomentam o uso da jurisdição universal como meio de criar solidariedade na proteção de determinados interesses.⁶⁰⁴

Em outros termos, não obstante as possibilidades teóricas e factuais de desenvolver os direitos humanos de maneira que as obrigações positivas provoquem uma expansão do direito penal, a questão compreende se esse desenvolvimento realmente é desejável e de que forma ele deve ser concebido. Darryl Robinson, nesse sentido, já alertava para a inadequação de normas penais coextensivas com normas semelhantes em direitos humanos ou humanitário, negligenciando as diferentes estruturas e fundamentos e, portanto, deixando de lado a principiologia necessária para culpar e punir indivíduos.⁶⁰⁵ O raciocínio para a criminalidade corporativa não deve ser diferente: os padrões de responsabilização do direito penal internacional que foram concebidos para punir e determinar a sanção a Estados não deve ser o mesmo aplicado a grandes corporações transnacionais.

Os debates do 20º Congresso Internacional da AIDP para abordar os desafios da responsabilidade corporativa além das fronteiras são oportunos nesse sentido. Nesta oportunidade defendeu-se uma nova avaliação de jurisdição territorial que trata da responsabilidade penal corporativa nos sistemas de justiça criminal nacional. Essa proposta vem ao alcance da necessidade de reestruturar o princípio da personalidade ativa e ressignificação da jurisdição universal. Ao mesmo tempo, torna-se necessário repensar a estrutura internacional que aborda o princípio do *ne bis in idem* e evita processos arbitrários e injustos.

A pirâmide valorativa da qual faz parte o direito penal deve estar em sintonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito que, portanto, assume a relevância pertinente ao status dos direitos humanos. Ao mesmo tempo, é preciso sempre zelar para que ao

⁶⁰⁴ GLESS, Sabine *et al.* Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (June 28, 2018). Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues, International Colloquium Section 4, Basel, 21-23, 2018.

⁶⁰⁵ ROBINSON, Darryl. ‘The Identity Crisis of International Criminal Law’ *In 21 Leiden Journal of International Law* 925, 929, 2008.

enxergar os direitos humanos através de lentes criminais não se estreite ou dilua o rigor das obrigações que são estabelecidas em face dos Estados.

Nesse contexto, alinhado ao que propõe Von Hirsch e Jareborg, a intervenção punitiva do Estado seria aplicável às ações ou omissões que provocassem efeitos prejudiciais no longo prazo,⁶⁰⁶ sempre com a cautela de se desassociar do discurso de tolerância zero. Naturalmente como todo conceito desenvolvido é preciso conter abusos em seu uso, sob pena de desqualificá-lo antes mesmo de melhor desenvolver e fundamentar os danos em face de uma noção universal de bem estar humano.

5.2 Elementos de direito penal para uma legislação brasileira sobre cadeias produtivas

Difícilmente as organizações empresariais, no âmbito da sua personalidade jurídica, são responsabilizadas no contexto de infrações negligentes. Partindo de uma perspectiva prática, a inserção da responsabilidade criminal no Brasil no curso das cadeias produtivas enfrenta, além de outros desafios dogmáticos expostos, minimamente, dois grandes desafios. Em primeiro lugar, na hipótese em que funcionários da empresa atuando diretamente em nome da empresa estão fora do território nacional e também não são cidadãos nacionais. Essa questão levanta circunstâncias duvidosas acerca da aplicação do direito penal nacional de forma legítima.

O segundo obstáculo se refere ao fato de que os fornecedores, subcontratados, terceirizados que participam da cadeia produtiva não estarem propriamente sujeitos às imposições da empresa-matriz. Exemplo de responsabilidade corporativa resultante da violação de devida diligência resultando em negligência se refere à responsabilidade pelo produto. O desafio associado a este tipo de responsabilização se afirma quando as condições diversas daquelas atinentes ao produto não puderem explicar o resultado, então quase que por uma presunção se afirmaria a causalidade. A crítica que se faz é a de que quando a determinação da causalidade não puder ser feita de maneira confiável, cria-se um sério risco de erro judicial.

No que concerne à posição de garantidor, a alternativa que a jurisprudência construiu culminou no instituto da ingerência, que no Código Penal brasileiro está disposto no artigo

606 VON HIRSCH, Andreas; JAREBORG, N. Gauging crime seriousness: A “Living Standard” conception of ‘criminal harm’ in A von Hirsch and A Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

13, § 2º, “c”,⁶⁰⁷ que é considerada como uma espécie de atuação precedente causadora de resultado lesivo. Na perspectiva de Hassemer e Muñoz Conde, a compreensão da ingerência e os limites de sua punibilidade dependeriam essencialmente de dois elementos: o conceito de periculosidade e o conhecimento desta periculosidade, de forma que existem duas posições doutrinárias majoritárias a respeito do que compreenderia a periculosidade.⁶⁰⁸

A corrente tradicional exige que o agente causador tenha criado o perigo não permitido através da violação de deveres e, assim, produzido o dano respectivo. A segunda posição, por sua vez, sustenta que a posição de garante decorre de uma conduta antecedente que tenha produzido um perigo em nível acima daquele comum à vida cotidiana, sendo desnecessária a violação a deveres legais predefinidos, sendo esta última posição adotada no caso Lederspray. O posicionamento da Corte alemã no julgamento deste precedente revela uma intenção político-criminal de transformar a criminalização por omissão em instrumento de intervenção preventiva, ampliando escopo da punibilidade para situações de perigo.

No caso Lederspray, por exemplo, foi decidido pelo Supremo Tribunal alemão que o spray para couros e sapatos produzido pela empresa *Werner und Mertz GmbH* teria dado causa a uma série de lesões reportadas por consumidores e que os diretores poderiam ser criminalmente responsabilizados na forma omissiva dolosa por continuar a fabricar e distribuir o produto mesmo após os relatos de danos provocados.

Nessa circunstância, segundo esclarece Hassemer,⁶⁰⁹ o Tribunal entendeu legítima a aplicação do direito penal mesmo não tendo a perícia conseguido demonstrar cientificamente qual seria o produto elementar da composição do spray que de fato provocava danos, desde que excluía a possibilidade de que fatores externos tivessem produzido o resultado.

Na perspectiva do exemplo dado da responsabilidade pelo produto, é evidente que não se trata do dever individual de um membro da gestão, no entanto, esta possui um dever organizacional e de monitoramento cuja abordagem passa pela alocação do dever de cuidado dentro do conceito de negligência. Barreira significativa também representa a posição da administração de uma empresa no que diz respeito à legislação societária e a concepção de

⁶⁰⁷ Na redação original do artigo:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...)

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁶⁰⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Alenja: Tirant lo Blanch, 1995.

⁶⁰⁹ *Ibidem*

responsabilidade criminal no ensejo de relações contratuais. Isto porque a separação jurídica entre a empresa-matriz e as demais envolvidas nos elos da cadeia produtiva torna mais difícil identificar a obrigação específica relativa à conduta social ou ambientalmente danosa. De certa forma, não pode ser automática a presunção de que sempre existe um poder de controle da empresa-matriz, por outro lado, quando esta é o principal ou único cliente comprador de determinado fornecedor, pode-se reconhecer uma espécie de poder de controle por dependência.

Paralelo ao âmbito repressivo e reativo tradicional, o foco das políticas normativas criminais em face das corporações deverá ser sempre na prevenção, porque os direitos humanos nem sempre são remediáveis, uma vez violados e, por outro lado, ainda existem atividades que- pela sua natureza- ainda implicarão constantes danos à sociedade e meio ambiente.

Precisamente nesse contexto, é possível começar a enxergar os deveres de devida diligência de forma mais transparente, como deveres de garantia da empresa. Apenas a partir da materialização dos deveres e do escopo real da devida diligência, como tem desenvolvido o Parlamento Europeu a partir da experiência com a *Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence*, é possível construir a lógica da intervenção do direito penal. Isto porque, é na medida em que a empresa- ciente dos deveres de devida diligência- quando não o faz em relação a um fornecedor, indiretamente aumenta o risco de violações na cadeia produtiva, como trabalho escravo ou infantil. A clarificação sobre o conteúdo do dever de devida diligência para fins penais, portanto, é indispensável também para definir os limites do que se concebe como ações neutras.

É a partir da existência de padrões de conformidade regulatória que se torna possível pensar e exigir a obrigação de conhecimento das violações por parte da gestão, obrigações de registro documental e *disclosure* de informações sobre a cadeia produtiva e, ao mesmo tempo, se estabelece a legitimidade na delegação de funções dentro da corporação.⁶¹⁰ Paralelamente, a possibilidade de se conceber novos tipos penais cuja essência seria a proteção de direitos humanos no âmbito da empresa inauguraria um novo domínio de cumprimento normativo que caminha no sentido da reconfiguração das relações entre empresas multinacionais e direitos humanos.

Ao mesmo tempo, a gestão contratual das cadeias de abastecimento é um recurso subordinado que precisa ser melhor explorado. A utilização de mecanismos contratuais

⁶¹⁰ MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, *In Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2020.

associada a política de direitos humanos em si potencialmente pode contribuir para a melhoria no cumprimento de direitos pelos fornecedores. Ainda que não seja a solução para a violação de direitos, certamente cria riscos de responsabilidade, uma vez que o comprador assume uma função mais supervisora e controladora. As expectativas de regulamentação por parte da sociedade em face das operações das corporações também mudaram ao longo do tempo, inserindo *standards* cada vez mais altos em termos de conformidade.

A delegação de responsabilidades da empresa-matriz para os demais elos da cadeia produtiva não pode levar à isenção de responsabilidade, se ela incidir sobre aqueles cuja responsabilidade é precisamente prevenir e, portanto, são a fonte de riscos a serem monitorados. Nessa situação existe uma diferença significativa na delegação dentro da estrutura hierárquica de uma empresa, por meio das funções de fiscalização, para evitar o cometimento de crimes pelos funcionários.

A concepção de uma nova geração de infrações penais capaz de definir obrigações positivas de tutela dos direitos humanos permitiria, por exemplo, criminalizar a comercialização de produtos e serviços derivados do uso de trabalho escravo ou infantil trazendo obrigações em face da empresa-mãe de empreender melhores esforços para prevenir a ocorrência de infrações. A sanção penal derivada do descumprimento de obrigações de devida diligência reforçaria assim, o dever positivo da corporação de mitigar os riscos em sua cadeia de suprimentos. Naturalmente, a coerência da aplicação da sanção penal depende da especificamente do dever de diligência em cada setor, tornando suficientemente claro o conteúdo do dever da empresa.

É nesse sentido que se orientam as Recomendações da OCDE em relação às empresas em áreas de governança fraca,⁶¹¹ com a finalidade de que a supervisão da alta gestão pudesse ser intensificada em operações que apresentassem alto risco de violações. Enquanto marco sistêmico de governança, essa Recomendação busca direcionar quando, por exemplo, as corporações devem compartilhar informações sobre transgressões, viabilizar *ombudsman* e denúncias, a fim de diminuir o risco de represálias.

No âmbito concreto, o ponto de partida passa necessariamente pelo dever concreto de organização e fiscalização da cadeia de valor. Da mesma forma, no que se refere especificamente aos tipos penais, a criação de responsabilidade organizacional com relação à criminalidade econômica em atividades comerciais deve passar também pela ressignificação funcional dos direitos humanos. Tradicionalmente, tanto a jurisprudência

⁶¹¹ OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones, 2006.

quanto a doutrina associam os crimes de corrupção e suborno, por exemplo, a proteção de interesses legais, moralidade pública, integridade e pureza da conduta administrativa e a competitividade no mercado.⁶¹²

A utilidade de se trazer a dimensão dos direitos humanos, nesse contexto, permite que dimensões antes ocultas e potencialmente ignoradas de danos provocados pela atividade corporativa passem a ser consideradas. Ao mesmo tempo, é a partir da construção de uma agenda de estudos empíricos que certas correlações, como aquela demonstrada pelo índice de Gini,⁶¹³ que se pode relacionar a ocorrência de corrupção com o aumento dos índices de desigualdade, permitindo conceber políticas legislativas no campo da responsabilidade corporativa dos direitos humanos e gerando conformidade.

A conformidade também reflete governança, o que cria implicações sobre como pensamos a teoria do direito corporativo e como devemos conduzir a conformidade no âmbito empresarial. Historicamente, porém, existe uma dificuldade de tentar conciliar estruturas públicas com a iniciativa privada no Brasil que remota a décadas de captura regulatória de interesses. Dessa forma, qualquer proposição precisa considerar o risco de captura ideológica das avenidas de participação social pelas próprias organizações empresariais.

Na perspectiva trazida por Roland, ciente de que a maioria dos instrumentos de direito internacional requer que os Estados ajustem seus ordenamentos e incorporando as recomendações em suas legislações nacionais, a elaboração dos Planos Nacionais de Ação precederia, portanto, a adoção de um tratado vinculante.⁶¹⁴ Isto porque os Princípios Orientadores estabelecem um *framework* básico que precisa ser preenchido e ter suas lacunas abordadas na construção de um Plano Nacional de Ação para, apenas quando atingida determinada robustez e maturidade, culminar na adoção e ratificação do instrumento vinculante para empresas e direitos humanos.

No atual cenário, o Brasil perpassa pelas discussões acerca da construção de um Plano Nacional de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos, como recomendação derivada da última Revisão Periódica Universal (RPU) realizada em 2017. Quando se observa o

⁶¹² O bem jurídico tutelado é a moralidade pública, a qual não pode admitir qualquer relativização. STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER. Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ - HC: 642831 RJ 2021/0029597-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Pulicação: DJ 05/02/2021.

⁶¹³ Vide: < https://www.ipece.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/45/2015/02/Entendendo_Indice_GINI.pdf>. Acesso em 12.12.2021.

⁶¹⁴ ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. In Revista de Direitos Humanos e Empresas da FGV, 2018.

ordenamento jurídico nacional, em se tratando da responsabilidade civil, o art.927, parágrafo único, do Código Civil prevê a responsabilização objetiva nas hipóteses em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implique, por sua natureza, risco aos direitos de outrem. Na atual configuração de grandes grupos econômicos complexos e com diversos arranjos normativos, existe uma dificuldade de atribuição da responsabilidade cível objetiva que, por vezes, se vê minada por alegações de ilegitimidade passiva.

A relevância associada à existência de um instrumento internacional vinculante também estaria associada à possibilidade de complementação das lacunas existentes nos Planos Nacionais de Ação.⁶¹⁵ Ao tratar de organizações empresariais transnacionais, naturalmente, as violações não se restringem à atuação dentro de um Estado

Sob o viés da responsabilização administrativa, existem previsões na legislação ambiental, o art. 56 do Código de Defesa do Consumidor que sugere a competência de órgãos do Sistema Nacional de Defesa ao Consumidor para aplicar sanções administrativas, além das previsões específicas na própria Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) pois dispõem sobre a responsabilização objetiva cível e administrativa de pessoas jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica, todavia, ainda segue limitada a crimes ambientais, com especificação das penas de multa, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade e proibição de contratar com o Poder Público, bem como receber subvenções e doações, além da prestação de serviços à comunidade.

Ao mesmo tempo, não existe qualquer previsão normativa de responsabilização da corporação por ilícitos ocorridos na cadeia produtiva de valor, mesmo quando os atores não fazem parte do mesmo grupo econômico. Do ponto de vista normativo, o Brasil adotou uma postura de aderência aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos no Decreto nº 9.751/2018 que, no entanto, adota a mesma perspectiva voluntarista dos Princípios Orientadores da ONU, fundada na *soft law*. Além disso, esse instrumento normativo sofreu diversas críticas em razão da ausência de participação popular, bem como diante da ausência de centralidade do acesso à justiça, questões de gênero, raça, diversidade e proteção e reparação às vítimas. O Decreto instituiu as chamadas “Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos” voltadas às médias e grandes empresas, incluindo as grandes multinacionais que atuam no país a partir da lógica de adoção do selo “Empresa e Direitos Humanos” às organizações empresariais que voluntariamente adotassem as

⁶¹⁵ Ibidem.

orientações. Além da sistemática falha que não estabelece diretrizes de monitoramento, fiscalização e revogação do selo, a lógica de “premiar” o comportamento corporativo também é colonizada pela estratégia de marketing empresarial que inviabiliza grandes tragédias e violações de direitos humanos cotidianas.

Na demanda de diversos movimentos sociais, sindicais pela construção de mecanismos efetivos de responsabilização empresarial, houve a elaboração da Resolução nº 5/2020 pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos que, apesar da sua força mais imperativa em matéria de proteção a direitos, também não tem a mesma força normativa de uma lei ordinária. Até o momento, todavia, não existe ainda uma legislação brasileira capaz de abranger as violações ocorridas em todos os elos da cadeia produtiva entre matriz, fornecedores, subcontratantes e terceirizados. Quando se transpõe, por exemplo, a realidade ocorrida em Bangladesh no incidente de Rana Plaza dificilmente a maior compradora varejista da produção têxtil asiática seria responsabilizada, porque a nossa legislação ainda não se encontra sofisticada a ponto de reconhecer esse nexos causal indireto capaz de ensejar responsabilização.

Ao mesmo, tempo, também não parece ser o cenário mais adequado estimular que cada jurisdição elabore sua própria legislação nacional sobre cadeias produtivas, sem uma perspectiva de intercomunicação e intercolaboração, sobretudo em se tratando de organizações empresariais que operam em várias jurisdições diferentes. Seria bastante complexo conceber um cenário em que Estado definiria seu próprio *standard* ou padrão legal para as cadeias produtivas de empresas que atuassem em sua jurisdição.

Como as empresas-matrizes ou a alta administração deve ser criminalmente responsável pela violação de direitos humanos, mesmo que terceiros, como subsidiárias ou parceiros de negócios fora do Estado tenham envolvimento direto com as violações perpetradas é o principal questionamento que a nova política regulatória precisa endereçar. Embora a violação de direitos humanos não abra completamente uma nova área de condutas puníveis no direito brasileiro, a proteção adequada dos *stakeholders* e pessoas afetadas por graves irregularidades perpassando pelo viés dos direitos humanos certamente confere maior eficácia ao direito penal.

Essa resignificação conferiria certa percepção vitimológica a ponto de os tribunais perceberem, portanto, que a punição nem sempre é o que as vítimas querem ou precisam. Em que medida o direito penal pode responder a violações de direitos humanos que não sejam perpetradas por atores estatais compreendeu parte da investigação da presente tese. Via de regra, o foco da perspectiva dos direitos humanos sempre foi em favor da proteção

dos acusados contra a intervenção de autoridades no processo penal. Dessa forma, a existência de direitos fundamentais a serem protegidos também sempre amparou a delimitação dos fundamentos e limites do dever de criminalização de determinadas condutas.

No horizonte do reconhecimento da validade do efeito indireto dos direitos humanos, isto é, o valor do direito na relação entre particulares, se ampliou assim o alcance dos efeitos protetivos. Quando uma organização empresarial se envolve em um escândalo de corrupção associado às condições degradantes do local em que opera, a alta gestão certamente é reconhecida na prática de um ato criminoso, mas que não necessariamente aparece como uma violação de direitos humanos. Ainda que a posição e poder de influência de algumas corporações seja significativamente forte a ponto de criar uma posição comparável à de alguns Estados, esta equiparação não parece ser o caminho mais adequado, mesmo para as regiões do mundo em que atividades de bem-estar público são promovidas e desenvolvidas essencialmente por empresas.

Uma abordagem de direito penal para tratar das violações de direitos humanos praticadas por empresas também deve dar conta desse desequilíbrio de poder entre a empresa e o indivíduo. O ato criminoso deve estar relacionado às atividades da empresa, de maneira que as políticas corporativas existentes devem ser incapazes de prevenir a ocorrência do ilícito. No projeto alemão de sanções corporativas (*Verbandssanktiongesetz*) o crime corporativo também pode ser uma violação dos direitos humanos. Nesse contexto, é precisamente no âmbito das deficiências organizacionais que se verifica a concretização da responsabilidade corporativa, não no “contexto dos direitos humanos” em si. Quando um determinado interesse jurídico é protegido contra atos negligentes- como é o caso do homicídio e lesão corporal- a responsabilidade organizacional pode ser justificativa para a atribuição de responsabilidade individual.

Dessa forma, a cadeia de suprimentos se caracteriza, na verdade, como uma cadeia de responsabilidade. Há uma série de ofensas que podem ensejar a responsabilização das empresas por violações a direitos humanos. Todavia, em sua grande maioria exigem um caráter intencional atribuível à verificação da *mens rea*, como é o caso dos crimes de guerra, genocídio, crimes contra a humanidade, tortura, escravidão e trabalho forçado.

Ao invés de criar diversos tipos penais viabilizando a criminalização das condutas comissivas ou omissivas da empresa, melhor endereçaria o propósito de criação de uma legislação nacional sobre cadeias produtivas que, definindo de maneira clara as obrigações das organizações empresariais, possa suscitar que a violação da devida diligência desencadeie, dentro de condições previstas, responsabilização cível, administrativa e

também criminal. Dessa forma, sob a condição de que o dever era previsível, evitável e a ilegalidade da conduta era patente, seria possível conceber a violação ao dever de devida diligência como elemento para responsabilização empresarial.

À semelhança do que prevê o §130 da lei alemã de infrações administrativas (*OWiG*),⁶¹⁶ portanto, a ideia seria estabelecer de forma clara os deveres *in vigilando* e também *in eligendo* derivados da nomeação ou atribuição de poderes de supervisão. Há de se ressaltar ainda, dentro do que propõe Lascurain Sánchez, que mesmo a delegação de atividades não afasta o dever de garante originário, mas tão somente modifica seus contornos.⁶¹⁷ O mesmo raciocínio se aplicaria assim, às cadeias produtivas: o dever de controle da empresa-matriz é tão maior quanto for o grau de risco da atividade delegada aqui incluso o mapa de riscos aos direitos humanos. Dessa maneira, quanto maior e mais robusta a confiança no elo delegado, menor é a necessidade de controle e vigilância da matriz, diminuindo-se assim o alcance do risco proibido pela omissão do administrador.

Seria razoável atribuir a uma pessoa física ou jurídica integrante da cadeia produtiva a posição de garante se, de fato, fosse transferido o dever de proteção de um interesse jurídico-penal valioso, desde que o dever estivesse disponível e se concedesse ao delegado os meios e instrumentos ao cumprimento do dever.⁶¹⁸ Nesta seara, sempre será necessário partir sempre de quais riscos a empresa e seus dirigentes têm a obrigação de controlar e monitorar para então compreender os contornos do poder de delegação. Isso importa assim, delimitar sempre os riscos a direitos humanos dos quais a empresa efetivamente é gestora.

Uma definição clara do escopo das obrigações individuais de devida diligência certamente também auxiliaria no dilema criminal de responsabilidade individual v.

⁶¹⁶ Em tradução própria:

Violação do dever de fiscalização em empresas e sociedades- Seção 130

(1) *Qualquer pessoa que, como proprietário de um negócio ou empresa, intencionalmente ou por negligência, deixar de tomar as medidas de supervisão necessárias para evitar violações de obrigações no negócio ou empresa que afetem o proprietário e cuja violação seja ameaçada com uma penalidade ou multa, estiver agindo indevidamente, se tal infração for cometida podendo ter sido evitada ou tornada significativamente mais difícil por uma supervisão adequada. As medidas de supervisão necessárias também incluem a nomeação, seleção cuidadosa e supervisão de supervisores.*

(2) *A empresa ou empresa na acepção do parágrafo 1 também pode ser uma empresa aberta.*

(3) *A infração regulamentar pode ser punida com multa até um milhão de euros se a violação do dever estiver ameaçada com pena. Aplica-se a Seção 30, Parágrafo 2, Cláusula 3 se a violação do dever for ameaçada com uma multa, sendo que o montante máximo da multa pela violação do dever de fiscalização é determinado pelo montante máximo da multa ameaçada pela violação do dever. A cláusula 3 também se aplica em caso de violação do dever que é ameaçada com uma pena e uma multa ao mesmo tempo, se o montante máximo da multa ameaçada por violação do dever exceder o montante máximo de acordo com o parágrafo 1.*

⁶¹⁷ SÁNCHEZ, Lascurain. Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento), *In Responsabilidad de la Empresa y Compliance* (dir. Santiago Mir Puig *et al*) Montevideo/ Buenos Aires: Editorial B de F, 2014, p.307.

⁶¹⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*. Almedina, 2019, p.138.

responsabilidade coletiva. Basta imaginar a possibilidade de que a omissão de medidas de supervisão necessárias para evitar violações nas atividades da empresa ou nas funções que incumbem a gestão poderia conduzir a um processo por questões regulatórias. Também seria possível, dessa forma, conceber a responsabilização criminal a partir da violação de um dever de supervisão, especialmente, se a pessoa em questão assumia a posição de garante para prevenir crimes no interesse de partes externas.

Com o objetivo de prevenir sistematicamente violações legais cometidas no âmbito da empresa e podendo causar desvantagens consideráveis resultantes de perda de reputação, é possível concluir que as abordagens de conformidade também se prestam ao uso no contexto da proteção de direitos humanos. Do ponto de vista do legislador, é importante que sejam disponibilizados cada vez mais incentivos para essa autorregulação por parte das empresas. Para a definição do escopo desse dever existem elementos decisivos relacionados à natureza, tamanho e abrangência da organização, sua presença geográfica e as violações já perpetradas no passado. Dessa forma, a fim de dissipar as incertezas, é essencial a definição de um marco dogmático criminal claro acerca do dever de conformidade das empresas.

Isto porque, sob a perspectiva não criminal, fatores como as circunstâncias pessoais e características especiais da pessoa sujeita à obrigação nem sempre são elementos consideráveis. Já desde o início do século XX, por exemplo, na Alemanha houve a construção jurisprudencial da obrigação de segurança (*Verkehrssicherungspflicht*) e do dever de cuidado (*Verkehrspflicht*), já tendo este último sido considerado para fins de responsabilização das empresas pela eliminação de resíduos no curso da fabricação de produtos.⁶¹⁹ A noção de dever de cuidado especifica referência ao conceito de negligência e também pode ser proveitosa para conexões com violações de direitos humanos para fins de prevenção à ocorrência de danos. É a partir da definição desse escopo que circunstâncias trágicas como aquelas ocorridas recentemente em Mariana e Brumadinho permitiriam reconhecer que mesmo quando ocorre terceirização de etapas da atividade produtiva a parceiros confiáveis, ela deve ser acompanhada de instruções e controles apropriados.

A sofisticação do conceito permitiu evoluir para uma espécie de dever de vigilância indireto ou secundário em que a empresa deve eliminar os perigos que ela não necessariamente causou, mas estava em posição de controlar e/ou evitar. É pela definição e delineamento do conteúdo da devida diligência voltada a empresas matrizes, portanto, que também se evita, indiretamente, o cenário insistentemente presente de “delegação” do dever

⁶¹⁹ BGH, judgment of 7.10.1975 – VI ZR 43/74 = NJW 1976, 46

de vigilância para diversos elos da cadeia, frequentemente depositando maiores níveis de responsabilidade sobre os elos mais frágeis.

É irrazoável imaginar uma obrigação de descartar completamente a ocorrência do dano, dessa forma, a obrigação de segurança também daria contornos a situações em que também não é apropriado atribuir responsabilidade à empresa pela ocorrência do dano. Ao mesmo tempo, para fins de desencadear a responsabilização criminal, os contornos da devida diligência devem abranger obrigações das empresas em relação aos seus sistemas de gestão, conformidade, auditoria e divulgação de informações, com vistas a prevenir ou mitigar efeitos adversos derivados da terceirização ou delegação.

A abordagem de integrar os direitos humanos às diretrizes voluntárias da empresa, embora eficaz, também possui certa condicionalidade à própria obrigação de implementar um programa de integridade. A Lei Anticorrupção criou incentivos à implantação de programas de conformidade dentro das empresas e, embora a lei não preveja sanções, de forma generalizada, às empresas que deixarem de implementar o programa,⁶²⁰ é essencial que se conceba um dever de implantação um regime de conformidade eficaz para mitigar riscos e colaborar com o cumprimento do dever de diligência dos gestores.

Ainda representa um campo aberto a discussões até que ponto as violações de direitos humanos na cadeia de abastecimento também podem se tornar relevantes dentro da estrutura do referido dever de supervisão. Nesse sentido, a incorporação do *benchmark* dos Princípios Orientadores da ONU para fins de especificar deveres sob a perspectiva criminal permitiria um maior alinhamento aos *standards* internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos em nível corporativo.

6. CONCLUSÕES

O objetivo da presente tese foi individualizar, de forma inédita na literatura jurídica brasileira, o potencial uso dos programas de *compliance* na prevenção a violação de direitos humanos no âmbito corporativo, discutindo como a gestão de riscos em direitos humanos, no entanto, difere das abordagens de gestão convencionais. Para tanto, busca-se refletir sobre

⁶²⁰ Com exceções à afirmação para empresas sob circunstâncias especiais, como dispõe a Resolução nº 4.595/2017 do Bacen que regulamenta as políticas de integridade aplicáveis a instituições financeiras. Além disso, a Instrução nº 480 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) reproduz ainda as regras de integridade do Código Brasileiro de Governança Corporativa, incorporando recomendações acerca de códigos de conduta, canais de denúncia e um comitê de conduta independente e autônomo. Outra exceção se refere às companhias abertas que estão sujeitas a maior grau de obrigatoriedade e Estados que já exigem a implementação de programas efetivos de conformidade como requisito para contratação com a Administração Pública.

o que torna os direitos humanos um eixo tão específico do impacto das atividades empresariais, bem como esclarecer o contexto regulatório da proteção transnacional destes direitos.

A contribuição original que se pretendeu acrescentar à ciência jurídica brasileira consiste, portanto, em traçar a compreensão do potencial preventivo de uma abordagem dos programas de *compliance* baseada em direitos humanos para o enfrentamento da criminalidade corporativa. A definição de quais violações de direitos humanos são relevantes para o direito penal ainda é um campo em aberto, mas que parte antes da necessidade de entender se a conformidade criminal é o instrumento adequado para proteger os direitos humanos e se tem evoluído ao longo do tempo. Superada a discussão sobre eventual “terceirização” ou “privatização dos direitos humanos”, em que existe uma transferência de longo alcance da proteção de direitos humanos como responsabilidade de entidades privadas não estatais, a investigação buscou compreender a utilidade de medidas de detecção precoces de riscos criminais em relação a direitos humanos.

Ainda não existe no cenário brasileiro uma legislação abrangente sobre cadeias produtivas empresariais que permita antever obrigações claras, cuja violação suscite infração ao dever de vigilância e, portanto, acarrete a respectiva responsabilização da organização. O direito penal carece de uma obrigação de supervisão na cadeia produtiva e necessária definição de um *standard* de vigilância. A movimentação da legislação europeia no sentido de impor a responsabilização pelas violações que ocorrem ao longo da cadeia produtiva das corporações, no Brasil, reflete-se em *overcompliance*. Na medida em que existe um considerável atraso jurídico e dogmático, a imposição de *standards* de comportamento que nem mesmo a legislação doméstica dá conta de gerir ou incentivar favorece o aumento dos custos de transação. Em última instância, esse fenômeno “sufoca” *players* menores e reproduz uma nova via colonial de imposição dos direitos humanos.

Em um ciclo vicioso de crescente judicialização e não contarmos com a responsabilidade penal da pessoa jurídica minimamente consistente no ordenamento jurídico, o sistema jurídico fica reduzido a um sistema de acordos, como ocorreu nos Estados Unidos. É no âmbito do acordo que se define quem foi vitimizado, quais são as práticas restaurativas a serem adotadas, e, no entanto, a reparação do dano vem a passos largos de criatividade, reduzindo a compensação a uma questão financeira ou patrimonial.⁶²¹

⁶²¹ Experiências como a da Samarco refletem, nesse aspecto, a necessidade de reparos e correções embasadas em um sistema de justiça restaurativa. Vide SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimologia corporativa. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, pp.190 e ss.

A criminalidade corporativa constitui um tema de convergência para diversos campos do conhecimento. Com base nos debates de diferentes teorias e na varredura das tendências criminológicas tradicionais em relação ao desvio dentro de um ambiente organizacional, existe uma inclinação para uma análise de múltiplos fatores em relação às tensões sociais. Na perspectiva da criminalidade de colarinho branco, o incentivo ao crime, estruturas desorganizadas e o aprendizado do crime por meio de um ambiente comum, conforme trazido por Sutherland, abriu o caminho para uma conexão corporativa.

Por outro lado, é inevitável que o direito penal encontre um valor intrínseco na responsabilidade criminal corporativa que precisa ser melhor delineado no sistema jurídico brasileiro, mas também constitui elemento essencial do controle social formal das organizações empresariais. A responsabilidade criminal, em última instância, além do caráter simbólico, cumpre um dever de auto governança nas empresas, oferecendo uma resposta a violações mais graves de direitos humanos no ambiente corporativo. Nesse sentido, embora a tendência jurídica internacional possa estar mudando no sentido de um reconhecimento total da responsabilidade criminal corporativa, ainda há um completo debate sobre os modelos de atribuição de responsabilidades e a forma como o sistema judiciário deveria considerar em termos de legitimidade dos programas de conformidade.

Processos e condenações corporativas por violações de direitos humanos nas cadeias produtivas são eventos raros no Brasil. Mais do que a ausência de um regime penal corporativo gravoso, as maiores causas dos escândalos corporativos compreendem uma governança corporativa deficiente e uma cultura corporativa sem integridade. Ao mesmo tempo, os dados regulatórios sobre as organizações são majoritariamente ausentes, assim como informações sobre vítimas e agressores. A dificuldade em se conceber parâmetros efetivos de responsabilização empresarial ocorre porque não pode ser desvinculada do necessário aprofundamento de um subcampo empírico e teórico de vitimologia capaz de revelar camadas de vitimização desconhecidas ou despercebidas em um amplo espectro de partes interessadas e ressignificando os limites do conceito de culpabilidade corporativa.

A criminalidade corporativa multi e transnacional tem como característica constante o profundo enlace com o direito penal internacional que se reflete, historicamente, no apoio a uma articulação colonialista de poder e, precisamente em vista desse caráter imperialista, as lutas contra violações de direitos humanos corporativos suscitam questionamentos sobre a própria legitimidade do direito internacional em um sistema que depende da intervenção ativa de governos. É nesse contexto, que os direitos humanos assumem um espaço de contradição entre dominação e empoderamento.

A despeito desse embate, no entanto, e da vantagem estrutural desfrutada pelas empresas que deriva do seu protagonismo na sociedade capitalista. A chave de leitura dos direitos humanos pode alinhar as condições para a efetiva responsabilização empresarial, não necessariamente fomentando a criação de novos tipos penais. A eficácia da intervenção preventiva contra a criminalidade corporativa pressupõe a existência de um sistema de alerta precoce nas empresas, que deve ser articulado de forma a garantir a interferência jurídica antecipada diante de fatores que favorecem a prática do crime.

Ao mesmo tempo, as medidas de conformidade na empresa devem ser dirigidas para a criação de uma política interna de genuína cautela, detecção e prevenção de riscos. Isso exige um acompanhamento permanente de órgãos de gestão que fiscalizem as atividades descentralizadas e a cadeia produtiva, a garantia de um processo disciplinar que integre o sistema de conformidade e sanções efetivas para todos os níveis e cargos da empresa.

A despeito da indústria em que opera e dos valores da comunidade em que está imersa, existem alguns valores universais que as corporações podem considerar inclusive em seus próprios Código de Conduta e Regulamentos Internos, deixando claro como eles se aplicam às operações do dia-a-dia da empresa. A estrutura organizacional de uma empresa, seu sistema de recompensa e a maneira pela qual ela mede e acompanha o desempenho afeta significativamente o comportamento de todos os envolvidos no propósito. As ações e decisões da gestão devem refletir a cultura que se pretende inspirar, de forma que haja sistemas de gestão que sejam capazes de identificar, prevenir e sancionar o mau comportamento dentro da empresa.

A universalidade de direitos humanos deve obter um fundamento jurídico claro para viabilizar a responsabilização de empresas. Em meio a uma controvérsia profunda sobre a universalidade dos direitos humanos aplicados a Estados, a tentativa de transposição dessas mesmas obrigações diretamente às corporações parece não ser a melhor resposta. A extensão às empresas das obrigações derivadas de direitos humanos deve ser garantida nas circunstâncias em que a atividade corporativa representa uma ameaça real a essas garantias. Nesse contexto, a principal questão levantada é sobre em qual conjuntura quais direitos humanos internacionais podem ser exigidos das empresas- sob pena de responsabilidade criminal- e como eles devem ser aplicados.

A ulterior definição de normas peremptórias que passem, de início, pela escolha do legislador acerca de quais as principais violações de direitos humanos que ensejam a tutela penal é uma medida indispensável para que se respeite o elemento chave do Estado de Direito que é o princípio da legalidade. A movimentação internacional com as discussões de tratados

internacionais impondo obrigações diretas às empresas é um caminho que deve continuar a se construir, porém conjuntamente com o envolvimento da comunidade, das vítimas, da sociedade civil e de terceiros interessados.

O maior desafio nesse contexto abrange o alinhamento de diferentes níveis regulatórios. Há que se cuidar para evitar que o *gap* regulatório das organizações privadas transnacionais do ponto de vista societário seja franqueado também ao campo dos direitos humanos. Existe uma crescente demanda por novos modelos de correção que envolvam o direito penal interno e o direito internacional dos direitos humanos. A construção de uma base mais robusta do direito transnacional com a interdisciplinaridade do direito ambiental, direito do trabalho, direitos humanos, entre outras áreas, permitiriam lançar mão do direito penal, na prática, como último recurso. Por outro lado, as falhas do modelo tradicional de responsabilização individual, quando “adaptadas” à criminalidade corporativa demonstram lacunas ainda mais graves que suscitam o próprio questionamento associado a vantagens e desvantagens de buscar encaixar o modelo tradicional das ciências criminais às infrações cometidas por organizações empresariais.

O contencioso criminal não será sempre o caminho mais apropriado em todas as transgressões, porém pode contribuir para fomentar as empresas a comprometer recursos adequados para investigação e sanção por abuso aos direitos humanos. A necessidade da responsabilização penal da corporação não pode passar ao largo da manutenção da coerência com o Estado Democrático de Direito. Mesmo as recentes experiências na França, por meio da Lei do Dever Corporativo de Vigilância, na Alemanha com a *Lieferkettengesetz* e na União Europeia a iniciativa da *Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence*, não preveem a responsabilização penal das empresas, replicando a dificuldade em inserir o direito penal no ambiente empresarial. Todas as iniciativas normativas mencionadas também reproduzem a desproteção da base das cadeias produtivas, que, via de regra, coincide com os elos onde se verificam as violações de direitos humanos mais persistentes e severas. Portanto, é possível concluir que existe um maior nível protetivo apenas para os elos da cadeia produtiva mais próximos da empresa-mãe.

Por outro lado, também urge a necessidade de elaboração de um Plano Nacional de Ação brasileiro capaz de trazer mecanismos de *accountability* efetivos aliado, em nível internacional, à futura adoção e ratificação do instrumento do tratado internacional vinculante sob discussão. O equilíbrio da tutela penal no ambiente corporativo também exige, ao mesmo tempo, que não se dissemine um *overcompliance*.

Quando se observam as violações de direitos humanos de organizações multi e

transnacionais, geralmente envolvendo mais de uma jurisdição, a absorção do conflito transnacional necessita manter coerência sistêmica com o direito penal. Dessa forma, a responsabilização penal da corporação deve ser lançada apenas como último recurso, em vista da compatibilização com os princípios da intervenção mínima e legalidade, sob pena de provocar uma onda de insegurança jurídica e desestruturação sistêmica da lógica das ciências criminais.

Isso necessariamente se revela em um fator limitador, porque nem sempre é possível traduzir em um tipo penal singular um conflito de ordem transnacional e multidisciplinar. Nem sempre a tentativa de adaptar a moldura fática à previsão normativa pode ser vantajosa em termos de criminalidade corporativa porque também se perde robustez e potencial transformador na visualização do conflito. De outro lado, a complexidade e os riscos em potencial que a atividade corporativa transnacional provoca, tornam impensável a conduta de criminalizar praticamente todas as potenciais violações de direitos humanos vislumbradas na cadeia produtiva.

O próprio conceito de violação de direitos humanos é um conceito em disputa, sobre o qual não existe um consenso exato sobre quais direitos e em quais circunstâncias se caracteriza um real abuso. O relativismo cultural pertinente aos direitos humanos torna a sua interpretação bastante particular em alguns contextos, o que evoca a necessidade de se definir, no entanto, um rol de tipos penais específicos para tratar de crimes derivados das mais graves violações de direitos humanos. A concepção de um escopo claro da criminalização da atividade empresarial também está associada à necessária elucidação sobre quais são as obrigações específicas de devida diligência da organização empresarial, sob pena de nos desviarmos para o que Silva-Sánchez nomina como *overcriminalization*.

Dentro da construção do que vem a ser uma espécie de direito penal econômico internacional se verifica uma sobreposição entre interesses jurídicos afetados no contexto do direito penal econômico, direito comercial e direito internacional. O contexto de direitos humanos não está isolado destas “constelações” como justificativa para aplicação de sanções. A violação de direitos humanos em si oferece um valor agregado tanto de uma perspectiva relativa quanto expressiva do direito penal. Dessa forma, os tribunais internacionais também assumem especial relevância em processos criminais internacionais, uma vez que comunicam na sentença um valor criminal internacional. Na ausência de uma autoridade transnacional de aplicação da lei penal, a implementação da legislação nacional ou inclusão de infrações penais na legislação internacional são as únicas maneiras de garantir um processo penal envolvendo organizações empresariais na seara criminal.

Os sistemas de crimes internacionais e crimes transnacionais devem, portanto, ser reorganizados. Em nível prático, isso não necessariamente implica o Tribunal Penal Internacional assumir jurisdição sobre os crimes atualmente transnacionais. Em vez disso, o conceito de crimes internacionais deveria ser reformulado criticamente no contexto de crimes econômicos, a fim de se legitimar. Essa legitimação, no entanto, depende também do preenchimento de lacunas derivadas do conteúdo da devida diligência para fins penais.

A devida diligência envolve necessariamente identificar e avaliar impactos reais e potenciais adversos sobre direitos humanos fundamentais e condições de trabalho decentes que a empresa causou ou contribuiu direta ou indiretamente através de fornecedores, parceiros de negócios ou terceiros vinculados à cadeia de abastecimento. Em um segundo plano, envolve ainda a implementação de medidas necessárias para cessar, mitigar e prevenir impactos adversos e parte também da comunicação com as partes interessadas e afetados sobre como os impactos adversos são tratados.

A experiência com o caráter *soft law* aplicado às corporações nos Princípios Ruggie de 2011 traduz um papel já bastante insatisfatório na violação de direitos humanos por empresas transnacionais. A concepção das obrigações de devida diligência em direitos humanos, partindo de orientações claras e transparentes às empresas sobre metodologia, índices e mensuração de e mapeamento de riscos constituem elemento essencial na prevenção do comportamento corporativo social e ambientalmente danoso. A obrigação de devida diligência é um processo necessariamente iterativo e contínuo que tem como cerne a identificação e gestão de riscos na cadeia de abastecimento, mas que depende de um esforço do Estado em materializar seu escopo e tornar, portanto, as obrigações claras e exigíveis.

As abordagens de devida diligência devem, obrigatoriamente, identificar e avaliar riscos de abusos aos direitos humanos. Isto porque apenas com base na identificação e avaliação de risco as empresas podem decidir sobre as medidas adequadas para evitar a concretização do perigo. Assim, a definição do escopo material do dever de devida diligência permitira dar contornos mais evidentes às hipóteses de responsabilização criminal, fomentando a cultura de avaliação de impacto sobre direitos humanos antes de lançar projetos ou instigar relações comerciais. É dessa forma que a criação de um histórico do impacto sobre os direitos humanos torna mais evidente às empresas as oportunidades e riscos decorrentes de suas atividades.

A assunção dos compromissos vazios de inserção da ética no ambiente empresarial também se torna, paralelamente, mais sujeita a represálias. A transparência do aspecto estrutural das empresas em assumir o compromisso de não violar direitos humanos é de

grande importância para investimentos éticos, mas também é um critério que deve ser usado para aferir a qualidade ou risco da gestão. O mesmo raciocínio se aplica a consequências criminais da delegação da atividade de garante e às tentativas de transferir responsabilidades atinentes a direitos humanos por meio de cláusulas contratuais.

As possibilidades de intervenção do direito penal na cadeia produtiva de grandes organizações empresariais transpõem os limites clássicos da lei e desafiam os conceitos clássicos de direito penal. A contribuição oferecida pela lente dos direitos humanos implicaria a possibilidade de se desenvolver uma nova geração de infrações capazes de considerar e estabelecer obrigações positivas, complementando as disposições clássicas do direito penal. No âmbito concreto, o ponto de partida passa pelo necessário preenchimento da lacuna do dever de devida diligência, sendo que a utilidade do viés de direitos humanos certamente permite que dimensões potencialmente ignoradas de danos passem a ser consideradas.

Por outro lado, conceber esta conformidade regulatória em direitos humanos, incrementaria significativamente os limites subjetivos das ações neutras e o escopo de padrões de conformidade. Isto porque os padrões regulatórios aumentam o escopo do dever de cuidado e monitoramento da alta gestão, geralmente afetando também a obrigação de prevenir e providenciar registros documentais do comportamento corporativo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, G. The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines" in Snyder and Sthirathni (ed.), *Third World Attitudes Towards International Law. An Introduction* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987).

ADEYEYE, Adefolake O. *Corporate social responsibility of multinational corporations in developing countries: perspectives on anti-corruption*. Cambridge University Press, 2012, p.25.

AGGARWAL, Reena; EREL, Isil; STARKS, Laura. Influence of Public Opinion on Investor Voting and Proxy Advisors (Charles A. Dice Ctr. for Research in Fin. Econ., Working Paper No. 2014-12, 2015).

AID, Christian. *Behind the mask: the real face of corporate social responsibility*. London: Christian Aid, 2004.

ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. Cohen. Why Do Corporations Become Criminals? Ownership, Hidden Actions, and Crime as an Agency Cost, 5 J. CORP. FIN. 1 (1999).

ALEXANDER, Cindy R; ARLEN, Jennifer. Does Conviction Matter? The Reputational and Collateral Effects of Corporate Crime, in RESEARCH HANDBOOK ON CORPORATE CRIME AND FINANCIAL MISDEALING 87, 109–12 (Jennifer Arlen ed., 2018).

ANDERSEN, Erik André; SANO, Hans-Otto. Human Rights Indicators at Programme and Project Level: Guidelines for Defining Indicators Monitoring and Evaluation (The Danish Institute for Human Rights 2006) 22–23.

ARLEN, Jennifer; CARNEY, William J. Vicarious Liability for Fraud on Securities Markets: Theory and Evidence, U. ILL. L. REV. 691, 1992.

_____. *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, 23 Journal of Legal Studies 833, 1994 e ARLEN, Jennifer; KRAAKMAN, Reinier. *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, 72 N.Y.U. L. Rev. 687, 699, 1997.

ARLEN, Arlen; SPITZER, Matthew; TALLEY, Eric. Endowment Effects Within Corporate Agency Relationships, 31 J. LEGAL STUD. 1, 5, 2002.

_____. *The Failure of the Organizational Sentencing Guidelines* (August 2, 2011). University of Miami Law Review (Symposium issue), Forthcoming, NYU Law and Economics Research Paper No. 11-21.

ARLEN, Jennifer; BUELL, Samuel W. The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement (October 30, 2019).

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Tripartism: Regulatory capture and empowerment, July 1991.
BAER, Miriam. Choosing punishment. Boston University Law Review, Vol. 92, No. 2, 2012, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 272, 2012.

BAER, Miriam. Choosing punishment. Boston University Law Review, Vol. 92, No. 2, 2012, Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 272, 2012

BAER, Miriam H. Too Vast To Succeed, 114 MICH. L. REV. 1109, 1119, 2016.

BAIR, Anner M; BLASI, J. Toward joint liability in global supply chains: addressing the root causes of labor violations in international subcontracting networks' *Comp. Labor law & Policy Journal* Vol 35:1, 2013.
BAKER, Dennis J. *The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law*, 56 MCGILL L.J. 349, 349, 2011.

BAXTER, Thomas C. Keynote Address: The Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance, 21 *FORDHAM J. CORP & FIN. L.* 61, 2016.

BAYNE, Nicholas. Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives. In: KIRTON, John J.; TREBILCOCK, Michael J. (eds), *Hard Choices of Soft Law: Voluntary Standards in Global*

Trade, Environment and Social Governance, 2004, p.348.

BEALE, Sara Sun. A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability, 46 AM. CRIM. L. REV. 1481, 1487, 2009.

_____. *What Are the Rules if Everybody Wants to Play? Multiple Federal and State Prosecutors (Acting) as Regulators*, in *Prosecutors in the Boardroom*. New York University Press, 2011.

BECK, Ulrich. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London: SAGE Publications, Inc, 1992.

BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO. Getting incentives right: is deferred bank executive compensation sufficient? *Roberta* 31 YALE J. ON REG., 2014.

BLITT, Robert. "Beyond Ruggie's Guiding Principles on business and human rights: charting an embracing approach to corporate human rights compliance". *Texas International Law Journal*, 48/2012.

BRAITHWAITE, John. *Corporate crime in the pharmaceutical industry*. London: Routledge Kegan Paul, 1984.

_____. A Future Where Punishment Is Marginalized: Realistic or Utopian?, 46 UCLA L. REV. 1727, 1743, 1999.

_____. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford University Press, 2002

_____. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v.34 2006, pp.880-899.

BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and Contemporary Problems, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535913>

BRICKEY, Kathleen F. Corporate Criminal Accountability: A Brief History and an Observation, 60 WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 393, 421-422, 1982.

BRIGHT, Claire. The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction (July 1, 2015). C. Bright, "The Implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Case for the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction", in Adriana Di Stefano (ed.), *A Lackland Law? Territory Effectiveness and Jurisdiction in International and EU Law* (Torino: G. Giappichelli), 165-181.

BRIGHT, Claire; HODGES, Christopher. A New Architecture for Business-Related Human Rights Claims (January 11, 2017).

BROWNLIE, Ian. *System of the Law of Nations. State Responsibility*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

BUCHY, Pamela H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 MINNESOTA LAW REVIEW 1095, 1138, 1991.

BUELL, Samuel W. *The Blaming Function of Entity Criminal Liability*, 81 IND. L.J. 473,491, 2006.

_____. Potentially Perverse Effects of Corporate Civil Liability, in PROSECUTORS IN THE BOARDROOM: USING CRIMINAL LAW TO REGULATE CORPORATE CONDUCT 87, 89 (Anthony S.Barkow & Rachel E. Barkow eds., 2011).

_____. Capital offenses: Business crime and punishment in America's corporate age, 109-75, 2016.

_____. The Responsibility Gap in Corporate Crime (May 26, 2017). *Criminal Law and Philosophy*, 2017, Forthcoming, Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2017-42.

BURCHARD, Christoph. Ancillary and neutral business contributions to Corporate-Political Core Crime *In Journal of International Criminal Justice*, vol.8, Issue 3, 2010, pp.919-946

- BURKE, Roland. Decolonization and the Evolution of International Human Rights. *Pennsylvania Studies in Human Rights*, 2013.
- BUTLER, Tom *et al.*, *A Systematic Approach for Managing and Supervising Conduct Culture and Risk 2–3* (Governance, Risk, & Compliance Tech. Ctr., 2017),
- CASSESE, Antonio. International criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CENCICH, John Robert. International Criminal Investigations of Genocide and Crimes Against Humanity: A War Crimes Investigator's Perspective, *International Criminal Justice Review*, 2009.
- CHAMBER, Rachel; VASTARDIS, Anil Yilmaz. Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability," *Chicago Journal of International Law*: Vol. 21: No. 2, Article 4, 2021.
- CIALDINI, Robert B. *et al.*, *Managing Social Norms for Persuasive Impact*, 1 SOC. INFLUENCE 3, 11–12 (2006); Lyn S. Paine, *Managing for Organizational Integrity*, 72 HARV. BUS. REV. 106, 111, 1994.
- CHILTON, Adam S; SARFATY, Galit A. "The Limitations of Supply Chain Disclosure Regimes" (2017) 53:1 *Stan J Int'l L* 1-54.
- CLAPHAM, Andrew. *Human Rights in the Private Sphere*, 1993
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost, 3J.L. & ECON.1, 1960.
- COFFEE JR, John C. "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, 79 MICH. L. REV. 386, 1981.
- _____. *Corporate Crime and Punishment: The crisis of Underenforcement*. Berrett-Koehler Publishers, 2020
- COHE, Mark A. Corporation Crime and Punishment: A Study of Social Harm and Sentencing Practice in the Federal Courts, 1984-87, 26 Am. Crim. L. Rev. 605, 1989.
- KOZMA, J.; NOWAK, M; SCHEININ, M. A World Court of Human Rights – Consolidated Statute and Commentary. European University Institute, 2010.
- BLAME, Susan Wolf. Italian Style, in REASONS AND RECOGNITION: ESSAYS ON THE PHILOSOPHY OF T.M. SCANLON 332, 335–43, in R. Jay Wallace, Rahul Kumar & Samuel Freeman eds., 2011.
- BRADSHAW, Elizabeth A. *Blacking out the Gulf: State-Corporate Environmental Crime and the Response to the 2010 BP Oil Spill*. In: BARAK, Gregg (Org.) *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015, p. 362-372.
- BRANDON, Garrett; GREGORY, Mitchell, Testing Compliance (February 10, 2020). Law and Contemporary Problems, Forthcoming , Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535913>
- BUCY, Pamela H. Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability, 75 MINNESOTA LAW REVIEW 1095, 1138, 1991.
- BURCHARD, Christoph. Ancillary and Neutral Business Contributions to Corporate-Political Core Crime: Initial Enquiries Concerning the Rome Statute *In Journal of International Criminal Justice*, 2010.
- CARROLL, Archie B. A Three-Dimensional Conceptual Model of Corporate Performance, The Academy of Management Review, Vol. 4, No. 4, pg. 497 – 505, Academy of Management, New York, USA, 1979
- CASSESE, Antonio. International criminal law. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *International Law*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CAULFIELD, Matthew; LAUFER, William S. The Promise of Corporate Character Theory *In Iowa Law Review*, Vol. 103, 2018.

CHAPMAN, Bruce. Corporate Tort Liability and the Problem of Overcompliance, *Southern California Law Review*, Vol. 69, p. 1679, 1996.

CHINKIN, C.M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 38, 1989.

COFFEE JR, John C. The Political Economy of Dodd Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systematic Risk Perpetuated, 97 CORNELL L. REV. 1019, 1028-29, 2012.

CUTLIP, Scott M. *The Unseen Power: Public Relations, A History* (Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum, 1994), pp. 1-3.

DAI, Xinyuan. 'The 'compliance gap' and the efficacy of international human rights institutions', in: T. Risse *et al.* (eds.), *The Persistent Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 85-102.

DELI GIANNIS, Amalia. *Executives Blamed for Boeing's Ethical Missteps*, CORP. LEGAL TIMES 18, Abril/2004.

DEVA, Surya. Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation (January 3, 2013). *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, pp. 1077-1090, Christoph Luetge, ed., Dordrecht; New York: Springer, 2012.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DIAMANTIS, Mihailis. *Corporate Criminal Minds* (January 1, 2017). *91 Notre Dame Law Review* 2049, 2016.

DIAMANTIS, Mihailis, LAUFER, William S. Prosecution and Punishment of Corporate Criminality (November 29, 2018). Mihailis E. Diamantis & William S. Laufer, 15 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, 2018.

_____. Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment, 103 IOWA L. REV. 507, 2018.

_____. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law (July 18, 2019). 97 N.C. L. Rev. 893, 2020.

DÍEZ, Gómez-Jara. Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance, and Corporate Citizenship. *New Criminal Law Review* 14 (1): 78–96, 2011.

DIHN, Nguyen Quoc. *Droit International Public* (5th ed.) (Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), 1994.

DURKHEIM, Emile, URKHEIM, THE DIVISION OF LABOR IN SOCIETY 47, 1984.

ECKEL, Jan. Utopie der Moral, *Kalkül der Macht: Menschenrechte in der globalen Politik seit 1945*, '' *Archiv für Sozialgeschichte* 49 (2009): 437–84, here 458–78

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. *Harvard international law journal*, 2013, pp. 201-234.

EWELT-KNAUER, Corinna; BAUER, Anastasia. *Compliance Management Systeme- Definition, Bedeutung und Berichterstattung*. In WAGNER, Udo et al. *Langfristige Perspektiven und Nachhaltigkeit in der*

Rechnungslegung, Springer, 2017.

FARROW, Lauren. *A soft verdict for corporate polluters*. New Matilda, 15 June 2010.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. In: *Revista Liberdades*, n.9, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. El delito corporativo en el Código Penal Español, ed. Civitas, 2016, pp. 109 e ss.

FEINBERG, Joel. *Harmless Wrogndoing*. Oxford University Press, 1988.

FICHTER, Michael; MCCALLUM, Jamie. Implementing global framework agreements: the limits of social partnership, 2015, 15 (1) *Global Networks*, 65.

FISCHEL, Daniel R; SYKES, Alan O. Corporate Crime, 25 *J. LEGAL STUD.* 319, 321, 1996.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability, 11 *Sydney Law Review* 468, 1988.

FISSE, Brent; BRAITHWAITE, John. The Impact of Publicity, pp . 246-247. John Braithwaite, *Crime, Shame, and Reintegration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1989), pp . 144-145.

FONSECA, Alberto; MCALLISTER, Mary Louise; FITZPATRICK, Patricia. Sustainability reporting among mining corporations: a constructive critique of the GRI approach, *Journal of Cleaner Production*, Volume 84, 2014.

FORD, Jolyon. Business and human rights: bridging the governance gap. Chatham House International Law Programme, Research Paper (22 September 2015).

FOX, T. Corporate social responsibility and development: in quest of an agenda, *Development* 47: 3, 2004, pp. 29–36; M. Warner, *Optimising the development performance of corporate investment: building the case for a core competences approach* (London: Overseas Development Institute, 2002).

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press, 1962. p.133

FRIEDMAN, Milton. “The social responsibility of business is to increase its profits”. *New York Times*, 13.09.1970.

FRYNAS, Jędrzej George. ‘Corporate Social Responsibility in the Oil and Gas Sector’, *Journal of World Energy Law & Business* 2(3), 2009, pp.178-195.

GALLANT, Kenneth S. Corporate criminal responsibility for human rights violations. *Corporate Criminal Responsibility for Human Rights Violations: Jurisdiction and Reparations* (March 4, 2017).

GARDNER, John. Wrongs and Faults, in *APPRAISING STRICT LIABILITY* 51, 63, A.P. Simester ed., 2005.

GARRETT, Brandon L. Globalized Corporate Prosecutions, 97 *VA. L. REv.*, 2011.

_____. *Too Big to Jail: How prosecutors compromise with corporations*. Belknap Press, 2014.

GEWIRTH, Alan. The epistemology of human rights. *Social Philosophy and Policy*, Volume 1, Issue 2, Spring 1984.

GINSBURG, Tom; SCHAFFER, Gregory. ‘The Empirical Turn in International Legal Scholarship’, *The American Journal of International Law*, vol. 106(1), January 2012, pp. 1-46.

GLESS, Sabine *et al.* Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues (June 28, 2018). *Prosecuting Corporations for Violations of International Criminal Law: Jurisdictional Issues*, International Colloquium Section 4, Basel, 21-23, 2018.

- GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Direito penal, v. 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p.526.
- GÓMEZ-JARA, Carlos. Corporate Culpability as a Limit to the Overcriminalization of Corporate Criminal Liability: The Interplay Between Self-Regulation, Corporate Compliance and Corporate Citizenship (October 21, 2010). *New Criminal Law Review* 2010.
- GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Corporate Criminal Liability in the 21st Century: Are All Corporations Equally Capable of Wrongdoing?* (January 5, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1531468>
- GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law, 54 *Duke Law Journal*, 621, 2004.
- GRABOSKY, Peter N. "Counterproductive Regulation," *International Journal of the Sociology of Law* 23, 1995, pp. 347-369.
- GRAHAM, David; WOODS, Ngaire. Making corporate self-regulation in developing countries. *World Development*, 2006, vol. 34, issue 5, pp.886-883.
- GRIFFITH, Sean J. Corporate Governance in an Era of Compliance, 57 *WM. & MARY L. REV.* 2075, 2133, 2016.
- GUNNINGHAM, Neil; GRABOSKY, Peter. *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- HAMILTON, David L.; SHERMAN, Steven J. Perceiving Persons and Groups, 103 *PSYCHOL. REV.* 336, 337-41, 1996
- HANASZ, W. Towards Global Republican Citizenship? *In Social Philosophy and Policy*, Vol. 23, 2006, pp. 282-302.
- HASNAS, John. The Centenary of a Mistake: One Hundred Years of Corporate Criminal Liability, 46 *AM. CRIM. L. REV.* 1329.
- HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, out/dez, 1994.
- HASSAN, R. Reflections on foreign direct investment and development with reference to Non-Governmental Organizations and Corporate Social Responsibility, *Critical Sociology*, 39(1), 2010, pp. 37-73
- HENDERSON, Rebecca. *Reimagining Capitalism in a World on Fire*. PublicAffairs: New York, 2020.
- HODGES, Christopher. *Law and Corporate Behaviour: integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- HODGES, Christopher. Corporate Behaviour: Enforcement, Support or Ethical Culture? *Legal Research Papers Series*, Paper n. 19, Oxford, April 2015.
- HON, Eleanor Hill. *Coordinating Enforcement Under the Defense Department's Voluntary Disclosure Program*, in *THE GOOD CITIZEN CORPORATION*, 1995.
- HOWARTH, Richard J. Lex Mercatoria: can general principles of Law govern international commercial contracts? *Canterbury Law Review*, v. 10, 2004, pp.36-76.
- HÜBNER, «Human Rights Compliance um Haftung im Außenverhältnis », em KRAJEWSK / SAAGE MAAB (eds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, 2018
- JAKOBS, Günther. *Norm Person Gesellschaft*. Duncker&Humblot: Berlin, 2008.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio: Lumen Juris, 2004.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Criminologia e delinquência empresarial: da cultura criminógena à cultura do Compliance. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 10, p. 1031-1051, 2017.

JAPIASSÚ, C. E. A.. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas e direito penal internacional. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victoria Vitti. (Org.). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 77-88.

JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure* 3 J. FIN.ECON. 305, 1976.

JEßBERGER, Florian. Die I.G. Farben vor Gericht. *JZ* 64:924–932, 2009.

JEßBERGER/KALECK/SINGELNSTEIN (eds.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, 2015.

JONGE, Alice de, *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*. Edward Elgar, 2011.

JORGE SILVEIRA, Renato de Mello. A atual percepção sobre o fenômeno da corrupção: questão penal, econômica ou de direitos humanos? *Revista do Advogado*. n. 125, 2014, pp. 131-137.

JUNIOR, John Gibeaut. G-Men: Corporate Lawyers Worry That They're Doing the Government's Bidding While Doing Internal Investigations, 89-JUN A.B.A. J. 46, 50, 2003.

JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. O método de leitura estrutural. Como encontrar um tema dentro de minha área de interesse? In: In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coords.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, Saraiva, 2019.

KADISH, Sanford H. Excusing Crime, 75 CALIF. L. REV. 257, 264, 1985.

KAHAN, M; NUSSBAUM, Martha C. Two Conceptions of Emotion in Criminal Law, 96 COLUM. L. REV. 269, 352, 1996.

KALECK, W.; SAAGE-MAAß, M. Transnational Corporations on Trial: on the Threat to Human Rights Posed by European Companies in Latin America. v. 4 in the Publication Series on Democracy. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung, 2008, p.27.

KEARNEY, C. International human rights – corporate liability claims not actionable under the alien tort statute – *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* in *Suffolk International Law Review*, Vol. 34, No. 1, pp. 263–271, 2011.

KEIZER, Kess *et al.* The spreading of disorder, 322 SCI, 1681, Dec. 12, 2008.

KEMSHALL, Hazel. *Understanding risk in criminal justice*. Philadelphia: McGraw Hill, 2003, p. 4-5; semelhante, BERG, Heinz Peter. Risk management: procedures, methods and experiences. *Reliability: Theory & Applications*, 17/2010, p. 79.

KHANNA, V.S. Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?, 109 HARV. L. REV. 1477, 1477, 1996.

KHANNA, V.S., Is the Notion of Corporate Fault a Faulty Notion?: The Case of Corporate Mens Rea, 79 B.U. L. REV. 355, 377–82, 1999.

KIM, Matthew D. Public Perceptions of Corporate Criminal Sanctions: An Empirical Study of the Reputational Impact of Corporate Criminal Misconduct (July 9, 2020). *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 29, No. 3, 2020.

KLOSE, Fabian. *Menschenrechte im Schatten kolonialer Gewalt. Die Dekolonisierungskriege*

in *Kenia und Algerien 1945–1962*, München. 2009.

KNIGHT, Graham. Activism, Risk, and Communicational Politics: Nike and the Sweatshop Problem. In: MAY, Steve; CHENEY, George; ROPER, Juliet. (Org.) *The debate over corporate social responsibility*. Oxford University Press, 2007, pp. 305-318.

KOEHN, Darryl. Why Saying “I’m Sorry” Isn’t Good Enough: The Ethics of Corporate Apologies, 23 *BUS. ETHICS Q.* 239, 2013.

KOGUT, Tehila; RITOV, Ilana. The “Identified Victim” Effect: An Identified Group, or Just a Single Individual?, 18 *J. BEHAV. DECISION MAKING* 157, 2005.

KOKKINI-IATRIDOU, D; WAART; PJIM. Foreign Investments in Developing Countries - Legal Personality of Multinationals in International Law " in *XIV Netherlands Yearbook of International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1983.

KORNHAUSER, Lewis A. Three Roles for a Theory of behavior in a theory of law, *Rechtstheorie*, 31, 2010, pp.197–252.

KRAJEWSKI, Markus; TONSTAD, Kristel; WOHLTMANN, Franziska. Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?, 2021.

KRAWIEC, Kimberly D. *The Future Disclosure System: Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance*, 81 *WASH. U. L.Q.* 487, 495-96, 2003.

KUBICIEL, Michael. Facilitation Payments: a crime? *Cologne Papers on Criminal Law Policy 2015*, Cologne, Institute for Criminal Law and Criminal Procedure, 3.

_____. Sonderunternehmensstrafrecht für fehlende Sorgfalt in Lieferketten

LAUFER, William S. A very special regulatory milestone. 20 *J. Bus. L.* 392, 2017.

LAUFER, William S. Ilusões de *compliance* e governança. In SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016.

JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

PRITCHARD, A.C. The SEC at 70: Time for Retirement?, 80 *NOTRE DAME L. REV.* 1073, 1093, 2005.

LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds*, 43 *EMORY L.J.* 648, 655 n.32, 1994.

_____. Social accountability and corporate greenwashing. *Journal of Business Ethics*, 43, 253-261, 2003.

_____. Ilusões de *compliance* e governança. In SAAD-DINIZ, Eduardo et al (Org). *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016.

_____. The missing account of progressive corporate criminal law, 14 *NYU Journal Law & Business* 71, pp;112-114, 2017.

_____. Responsabilidade social e *greenwashing* corporativo. In SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victória Vitti de (Org). *Corrupção, direitos humanos e empresa*. Belo Horizonte: editora D’Plácido, 2018.

LEAVENS, Arthur. A Causation Approach to Criminal Omissions, 76 *CAL. L. REV.* 547, 555, 1988.

LEMLEY, Mark A., CASEY, Bryan. Remedies for Robots, 86 *U. CHI. L. REV.* 1311, 1313, 2019.

LEVIN, Benjamin. Mens rea Reform and its discontents. In *University of Colorado Law Legal Studies Research Paper N° 19-20*, p.32.

LISTE, Philip. Transnational Human Rights Litigation and Territorialized Knowledge: Kiobel and the ‘Politics of Space’. In *Comparativa Research in Law and Political Economy, Research Report n.61*, 2013.

- LOPEZ, George A.; STOHL, Michael. Problems of Concept and Measurement in the Study of Human Rights, in HUMAN RIGHTS AND STATISTICS: GETTING THE RECORD STRAIGHT 216, 224ff.
- LUHMANN, Niklas. *Funktionen und Folgen formaler Organisation (Schriftenreihe der Hochschule Speyer)*. Berlin: Duncker & Humblot, 1964.
- MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. 34 ed., São Paulo: Edusp, 2004, p.25.
- MACHADO, Nuno Miguel Cardoso. Karl Polanyi e a Nova Sociologia Económica: Notas sobre o conceito de *(dis)embeddedness*. In Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 90, 2010.
- MALAMUD-GOTI, Jaime. Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?, 12 HUM. RTS, 1990.
- MALLE, Bertram F. The Social and Moral Cognition of Group Agents, 19 J.L. & POL'Y 95, 100, 2010.
- MARSHALL B. CLINARD, CORPORATE ETHICS AND CRIME: THE ROLE OF MIDDLE MANAGEMENT 54 (1983)
- MARTÍN, Adán Nieto. Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. In Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, ISSN-e 0718-3399, N.º. 5, 2008.
- NIETO MARTÍN, Adan; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los. Diretrizes para uma estratégia efetiva contra a corrupção no México In SAAD-DINIZ, Edurado [et. al]. *Tendências em governança corporative e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016.
- MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p.49.
- MARTÍN, Adán Nieto. O cumprimento normativo. In MARTÍN, Adán Nieto et al (Org). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- MARTÍN, Adán Nieto. Hacia un derecho penal económico europeo de los derechos humanos, In *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N.º. 3, 2020
- MCCOLLISTER, Kathryn E. et al., The Cost of Crime to Society: New Crime-Specific Estimates for Policy and Program Evaluation, 108 DRUG & ALCOHOL DEPENDENCE 98, 2010.
- MCCORQUODALE, Robert, et al. 2017. 'Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practices and Challenges for Business Enterprises' 2(2) *Business and Human Rights Journal*, pp. 195-224.
- MCCORQUODALE, R.; BONNITCHA, J. The concept of "Due Diligence" in the UN guiding principles on business and human rights. *European Journal of International Law*, v. 28, 2017.
- MCDONALD, Duff. *The Golden Passport: Harvard Business School, the limits of capitalism and the moral failure of the MBA elite*. New York: Harper Collins, 2017.
- MERON, T. *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Oxford: Clarendon Press), 1989.
- MERRY, Sally Engle. Legal vernacularization and Ka Ho'okolokolonui Kanaka Maoli, the People's International Tribunal, Hawai'i 1993' in Political and Legal Anthropology, Vol. 19, No. 1, pp. 67–82, 1996.
- MERRY, Sally Engle. Measuring the World: Indicators, Human Rights, and Global Governance. Current Anthropology, Vol. 52, No. S3, *Corporate Lives: New Perspectives on the Social Life of the Corporate Form*: Edited by Damani J. Partridge, Marina Welker, and Rebecca Hardin (Supplement to April 2011), pp. S83-S95
- MICHALOWSKI, Sabine. "Due diligence and complicity: a relationship in need of clarification". DEVA,

- Surya; BILCHITZ, David. *Human rights obligations of business*. Cambridge: Cambridge Press, 2013.
- MIEVILLE, China. "Multilateralism as Terror: International Law, Haiti and Imperialism". *Finnish Yearbook of International Law* 19, 2000.
- MILLER, Geoffrey P. *THE LAW OF GOVERNANCE, RISK MANAGEMENT, AND COMPLIANCE* 1, 2014.
- MILLER, Geoffrey. Professor of Law, N.Y. Univ. Sch. of Law, *Remarks at Fordham Journal of Corporate & Financial Law Symposium: Changing Face of Corporate Compliance and Corporate Governance*, 2015.
- MOORE, Michael S. The Moral Worth of Retribution, in *RESPONSIBILITY, CHARACTER, AND THE EMOTIONS: NEW ESSAYS IN MORAL PSYCHOLOGY* 179 (F. Schoeman ed., 1987)
- MUELLER, Gerhard O.W. Mens Rea and the Corporation: A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability, *19 U. PITT. L. REV.* 21, 38, 1957.
- MULLERAT, Ramon. *International Corporate Social Responsibility: The Role of Corporations in the Economic Order of the 21st Century*. Kluwer Law International, 2010, p.150.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Alenqa: Tirant lo Blanch, 1995.
- NAUCKE, Wolfgang. *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung*. LIT, Berlin, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NEWELL, Peter; FRYNAS, Jędrzej George. Beyond CSR? Business, poverty and social justice: an introduction. *Third World Quarterly*, Vol. 28, No. 4, 2007, pp. 669 – 681.
- NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: *Compliance y teoría del derecho penal*. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (editores). Madrid: Marcial Pons, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adan; MONTEROS DE LA PARRA, Manuel Espinoza de los. Diretrizes para uma estratégia efetiva contra a corrupção no México In SAAD-DINIZ, Eduardo [et. al]. *Tendências em governança corporativa e compliance*. LiberArs: São Paulo, 2016.
- NOLAN, Justine. Human Rights and Corporations. *In Australian Journal of Human Rights*, 2009, pp. 185-187.
- _____. The corporate responsibility to respect human rights: soft law or not law? In: DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 138-139.
- _____. Hardening Soft Law: Are the Emerging Corporate Social Disclosure Laws Capable of Generating Substantive Compliance with Human Rights (January 1, 2018). Forthcoming (2018) *Brazilian Journal of International Law*, UNSW Law Research Paper No. 18-62.
- NWOBIKE, Justice C. Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: o caminho a seguir. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.3, n.4, 2006.
- OCDE. *Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável*, 2018.
- OEHM, Franziska. Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von wirtschaftlichen Akteuren für Menschenrechtsverletzungen In Markus Krajewski, Franziska Oehm & Miriam Saage-Maaß (eds.), *Zivil- Und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung Für Menschenrechtsverletzungen*. Springer Berlin Heidelberg, 2018.
- OJO, Marianne. Responsive Regulation: Achieving the Right Balance between Persuasion and Penalisation (May 19, 2009). Published as revised book chapter and title in *Designing Optimal Models of Financial*

Regulation in a Changing Financial Environment, Nova Science Publications, May 5 2016.

ORLAND, Leonard; CACHERA, Charles. Corporate Crime and Punishment in France: Criminal Responsibility of Legal Entities (Personnes Morales) under the New French Criminal Code (Nouveau Code Penal), 11 CONN. J. INT'L L. 111, 1995.

OLIVEIRA, José Antonio Puppim. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 2. Ed.

ORCHARD, P. Protection of Internally Displaced Persons: Soft Law as a Norm-Generating Mechanism. *Review of International Studies*, vol. 281, 2010, p.287.

PAINE, Lynn Sharp, *Managing for Organizational Integrity*, HARV. BUS. REV. Mar.-Apr. 1994, at 106, 111-17.

PAREK, Bhikhu. Finding a Proper Place for Human Rights' in Kate E. Tunstall (ed), *Displacement, Asylum, Migration: The Oxford Amnesty Lectures 2004*, Oxford University Press: 2006.

PARKER, Christine. Reinventing regulation within the corporation: compliance-oriented regulatory innovation. *Administration & Society*, 32/2000.

_____. *The Open Corporation*. Cambridge University Press, 2002.

_____. *The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, 2006.

_____. Meta-regulation: Legal accountability for corporate social responsibility. In D. McBarnet, A. Voiculescu, & T. Campbell (Eds.), *The new corporate accountability: Corporate social responsibility and the law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2006, pp.207-237.

PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke L. Corporate Compliance Systems: Could They Make Any Difference? *Administration & Society*. 2009;41(1):3-37.

_____. *The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement*, 2014.

PARKER, Jeffrey S. Corporate Crime, Overcriminalization, and the Failure of American Public Morality F.H. Buckley, ed., *The American Illness: Essays on the Rule of Law*, pp. 407-431, Yale University Press 2013.

PEGRAM, Tom. Human Rights: Leveraging Compliance (March 18, 2017). In: D. Held, T. Hale et al. (eds.), *Beyond Gridlock: Polity*, 2017.

PERSAK, Nina. Using 'quality of Life' to Legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder. *Liberal Criminal Theory : Essays for Andreas von Hirsch*, edited by AP Simester et al., Hart, 2014, pp. 225-45.

PETERS, Anne; GLESS, Sabine; THOMALE, Chris; WELLER, Marc-Philippe, *Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law* (March 26, 2020). Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-06

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. São Paulo: Juspodium, 2019, p. 74.

POSNER, Richard A. Optimal Sentences for White-Collar Criminals, 17 AM. CRIM. L. REV. 409, 410, 1980.

PRAHALAD, C.K. *A fortuna na base da pirâmide, edição revisada e atualizada do 5º aniversário: erradicando a pobreza por meio dos lucros*, FT Press, 2009

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. *Empresas Transnacionais no banco dos réus: violação de direitos humanos e possibilidades de responsabilização*. Curitiba: Terra de Direitos, 2009, p.26.

RAMASASTRY, Anita. Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon- An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations. *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 1, 2002, pp.91-159

RAMÍREZ BARBOSA, P. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del Estado de Derecho. Aspectos esenciales para su configuración. En *NovumJus*, Vol. 2. No. 1, 2008, pp. 101 e ss.

RATNER, Steven R. Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility. *The Yale Law Journal* Vol. 111, No. 3 (Dec., 2001), pp. 443-545.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom* 171, 1986.

RHODES, Carl. Democratic business ethics: Volkswagen's emissions scandal and the disruption of corporate sovereignty. *Organization Studies* 37(10), 2016, pp.1501 a 1518.

ROBINSON, Darryl. 'The Identity Crisis of International Criminal Law' In 21 *Leiden Journal of International Law* 925, 929, 2008.

ROBINSON, Paul H.; KURZBAN, Robert. Concordance and Conflict in Intuitions of Justice, 91 MINN. L. REV. 1829,2007.

ROBINSON, Paul; DARLEY, John. Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy. *Scholarship at Penn Law*. 81, 2007.

ROOT, Veronica. Coordinating compliance incentives In 102 *Cornell L. Rev.* 1003, 2017.

ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Desafios e perspectivas para a construção de um instrumento jurídico vinculante em direitos humanos e empresas. In *Revista de Direitos Humanos e Empresas da FGV*, 2018.

ROXIN, Claus. *Sobre la autoría y participación en el derecho penal. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Pannedile, 1970.

_____. *Derecho Penal Parte General: Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997.

RUGGIE, John G; TAMARYN, Nelson. Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges. In *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 66*. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Cumprimento normativo, criminologia e repsonsabilidade penal das pessoas jurídicas. In NIETO MARTÍN, Adán. [et. al]. *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018, p.126.

_____. Brasil vs Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. *Revista dos Tribunais*, vol.988, ano 107.

_____. *Vitimologia corporativa*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

_____. *Justiça de Transição Corporativa: a nova geração de estudos transicionais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 28, n. 167, p. 71-128, maio 2020.

_____. *Injustiça alimentar, regulação e compliance: expecativas da Carne Fraca*. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 25, n° 293, abril/2017.

SAAD-DINIZ, Eduardo; LAURENTIZ, Victória Vitti de. (Org). *Corrupção, direitos humanos e empresa*.

Editora D'Plácido: São Paulo, 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética negocial e compliance*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

SAAGE- MAAß, Miriam. Ahndung wirtschaftsverstärkter Kriminalität – Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern?, 2014.

_____. Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers' Rights in Global Supply Chain. *In Interdisciplinary Studies in Human Rights book series (CHREN, volume 6)*, 2021

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

SÁNCHEZ, Lascuraín. Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento), *In Responsabilidad de la Empresa y Compliance* (dir. Santiago Mir Puig *et al*) Montevideo/ Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.

SARKIN, Jeremy. O advento das ações movidas no Sul para reparação por abusos de direitos humanos. Sur, *Revista Internacional de Direitos Humanos*. vol.1 no.1 São Paulo, 2004

SCHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. Hard vs. Soft law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, n.94, 2010, p.719.

SCHEININ, M. *Core Rights and Obligations*. In SHELTON, Dinah(ed.) *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford, 2013.

SCHELL-BUSEY, Natalie; SIMPSON, Sally S., RORIE, Melissa; ALPER, Mariel. *What Works? A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence*, 15 *CRIMINOLOGY & PUB. POL'Y*. 387, 410, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities*, CRIMINAL RESPONSIBILITY OF COLLECTIVE AND LEGAL ENTITIES at 230 (Albin Eser, Günter Heine & Barbara Huber eds. 1999)

SCHUTTER, Olivier de. Towards a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, CRIDHO Working Paper, 2015.

SCHWARTZ, Irwin. Toward Improving the Law and Policy of Corporate Criminal Liability and Sanctions, 51 *AM. CRIM. L. REV.* 99, 112, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEPINWALL, Amy J. Responsible Shares and Shared Responsibility: In Defense of Responsible Corporate Officer Liability, *University of Pennsylvania*, 2014.

_____. Faultless Guilt: Toward a Relationship-Based Account of Criminal Liability, *AMERICAN CRIMINAL LAW REVIEW*, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Editora Método, 2002.

SHERMAN, Lawrence W. Misleading evidence and evidence-led policy: making social Science more experimental. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 589, pp.6-19.

SHIFFRIN, Seana. The Moral Neglect of Negligence in 3 *OXFORD STUDIES IN POLITICAL PHILOSOPHY* (D.Sobel, P. Vallentyne & S. Wall, eds.), 2017.

SILETS, Harvey M.; BRENNER, Susan E. The Demise of Rehabilitation: Sentencing Reform and the Sanctioning of Organizational Criminality, 13 *AM. J. CRIM. L.* 329, 36, 1986.

SILVA- SÁNCHEZ, José María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. 2nd Edition. Madrid: Edisofer S.L, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. Saraiva: São Paulo, 2015.

_____. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. Saraiva: São Paulo, 2015.

SIMMONS, Beth Ann. Treaty Compliance and Violation. *Annual Review of Political Science*, v.13, n.1, 2010, pp. 273-296.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*. New York: Oxford University Press, 2007.

SIMONS, Kenneth W. Rethinking Mental States, 72 B.U. L. REV. 463, 1992.

SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law and social control*. Cambridge University Press, 2002.

SKINNER, G. Parent Company Accountability – Ensuring Justice for Human Rights Violations (International Corporate Accountability Roundtable, 2015), 3.

SOLTES, Eugene. The Frequency of Corporate Misconduct: Public Enforcement versus Private Reality, December 5, 2018.

SORKIN, Andrew Ross. *Too big to fail*. Penguin Books: Australia, 2010.

STOUT, Lynn A. The Mythical Benefits of Shareholder Control, 93 VA. L. REV. 789, 789, 2007.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol. 1 (1776; reprint, Indianapolis, Ind.: Liberty Classics, 1976), p. 267.

SOUSA, Susana Aires de. *Questões Fundamentais de Direito Penal da Empresa*. Almedina, 2019.

STARK, Andrew. What's the Matter With Business Ethics. In *Harvard Business Review*, May/June, 1993, pp. 38-48.

STEWART, James G., The Turn to Corporate Criminal Liability for International Crimes: Transcending the Alien Tort Statute (February 19, 2014). 47 *New York University Journal of International Law and Politics*, 2014, p.19.

STIGLITZ, Joseph E. *Fazendo a globalização funcionar*, WW Norton and Co, Nova York 2006.

SUSSTEIN, Cass R., On The Expressive Function of Law, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2044–45, 1996.

TEIXEIRA, Ana; FLORES, Francisco. O modelo de internacionalização de Uppsala sob a ótica da visão baseada em recursos (RBV), 2014.

TERWINDT, C; ARMSTRONG, A. Oversight and accountability in the social auditing industry: the role of social compliance initiatives' *International Labour Review* Vol. 158 No. 2 245-272, 2019.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. *Global Law without a State*. Dartmouth, 1996, pp.3-28

_____. Self-constitutionalizing TNCs? On the linkage of 'private' and 'public' corporate codes of conduct. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011.

_____. “Autoconstitucionalização de corporações transnacionais?” In: SCHWARTZ, Germano (org). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*, Oxford: University Press, Oxford, 2012.

THOMPSON, Grahame. Global Citizenship: Corporate Activity in Context. *In Competition & Change*, 9(2),2008, pp. 131–152.

TIEDEMANN, Klaus. Corporate Criminal Liability as Third Track. In Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (Eds.) *Regulating Corporate Criminal Liability*. Springer, 2014.

TREVIÑO, Linda Klebe. *Ethical decision Making in Organization: A Person-Situation Interactionist Model*, 11 Acad. Mgmt. Review 601, 1986.

TREVIÑO, Linda Klebe *et al.*, *Managing Ethics and Legal Compliance: What Works and What Hurts*, 41 CAL. MGMT. REV. 131, 1999.

UHLMANN, David M. *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, 72 MD. L. REV. 1295, 2013.

ULLAH, Subhan; ADAMS, Kweku; ADAMS, Dawda; ATTAH-BOAKYE, Rexford. Multinational corporations and human rights violations in emerging economies: Does commitment to social and environmental responsibility matter?, *Journal of Environmental Management*, Volume 280, 2021.

UROFSKY, Philip. *Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs*, U.S. ATT’YS’ BULL., Mar. 2002, at 19, 25.

VAN DAM, C. Tort law and human rights: brothers in arms on the role of tortlaw in the area of business and human rights. *J Eur Tort Law* 3, 2010, pp. 221–254.

VAN DAMME, Yasmin; VERMEULEN, Gert. Towards an EU strategy to combat trafficking and labour exploitation in the supply chain: connecting corporate criminal liability and state-imposed self-regulation through due diligence? *In Regulating Corporate Criminal Liability/ organizadores: Dominik Brodowski [et al]*. Springer, 2014.

VAUGHAN, Diane. The Dark Side of Organizations: Mistake, Misconduct, and Disaster. *Annual Review of Sociology*, vol. 25 (Palo Alto, Calif.: Annual Reviews, 1999), p. 297.

VERNON, Raymond. *Transnational Corporations: Where are They Coming From, Where are They Headed?*, 1 TRANSNAT’L CORPS. 7, 10, 1992.

VON HIRSCH, Andreas; JAREBORG, N. Gauging crime seriousness: A “Living Standard” conception of criminal harm’ in A von Hirsch and A Ashworth, *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* A(Oxford, Oxford University Press, 2005)

WALKER, Nigel. *Why Punish? Theories of Punishment Reassessed* (Oxford University Press 1991) 133

WALSH, Charles J.; PYRICH, Alissa. Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?, 47 RUTGERS L. REV. 605, 676, 1995.

WERHANE, Patricia (Org.). *Ethical issues in business*. 8. ed. New Jersey: Pearson, 2008. p. 33-39.

WERLE, Nick. Prosecuting Corporate Crime When Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review (August 7, 2018). *Yale Law Journal*, Note Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3216152> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3216152>

WILKE, Helmut. *Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und*

organisationaler Wissenbasierung 6 MANAGEMENTFORSCHUNG 263, 1996.

WILKINS, Mira. European and north american multinationals. 1870-1914: comparions and contrasts. In: JONES, Geoffrey (Org.). *Transnational corporations: a historical perspective*. London: Routledge, 1992.

WITTIG, Petra. Die Strafbarkeit des Geschäftsherrn nach deutschem Strafrecht für transnationale Menschenrechtsverletzungen In Markus Krajewski, Franziska Oehm & Miriam Saage-Maaß (eds.), *Zivil- Und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung Für Menschenrechtsverletzungen*. Springer Berlin Heidelberg, 2018.

WOODY, Karen E. Conflict Minerals Legislation: The SEC's New Role as Diplomatic and Humanitarian Watchdog, 81 *FORDHAM L. REV.* 1325, 2012.

WYLER, E. *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l homme*. Paris : Pedone, 1995.

YAZBEK, Otavio. Representações do dever de diligência na doutrina jurídica brasileira: um exercício e alguns desafios. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Org.). *Temas essenciais de direito empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZADEK, Simon. The Meaning of Accountability, in *BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: FROM PRINCIPLES TO PRACTICE* 241 (Dorothee Baumann-Pauly & Justine Nolan eds.), 2016.

ZALNIERIUTE, Monika; MILAN, Stefania. Internet Architecture and Human Rights: Beyond Human Rights Gap,' *Policy & Internet*, 2019. Vol 11(1).