



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANDERSON SOUZA LEITE

**A perigosa responsabilidade dada ao Criminal Compliance
Office pela Lei Anticorrupção**

Salvador
2019

ANDERSON SOUZA LEITE

**A perigosa responsabilidade dada ao Criminal Compliance
Office pela Lei Anticorrupção**

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, como premissa para obtenção do título de Pós-Graduado em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Pablo Domingues

Salvador

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

ANDERSON SOUZA LEITE

A perigosa responsabilidade dada ao Criminal Compliance Office pela Lei Anticorrupção

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Pós-graduando em Ciências Criminais, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2019

A meus pais, Gloria e Roberto por não medirem esforços, no intuito de que eu chegasse até esta etapa de minha vida e a me ensinarem o lema da vida nunca desistir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que diante de tantas adversidades enfrentadas neste ano, me deu fé para ser mais forte.

A minha mãe, Gloria, por ser um exemplo de dedicação e honestidade, sem ela não conseguiria.

A meu pai, Roberto, e por sempre acreditar em meu potencial.

A minha esposa, Brenda, pelo seu amor e companheirismo e por acreditar em mim quando eu mesmo tinha dúvidas.

Aos meus Filhos, que me forçam sempre buscar mais e mais.

Aos que estão em um lugar especial, minha madrinha Geralda, meu padrinho e a minha avó.

Assim como todos que contribuíram de alguma forma para minha formação.

“Me juntei aos bom, para ficar mió”.

Patativa do Assaré.

RESUMO

A Obra faz uma abordagem entre o nosso ordenamento pátrio e o Compliance, direcionando a abordagem para os efeitos da responsabilidade penal atribuída aos Compliance Offices, cujo o ordenamento nacional brasileiro por intermédio das leis de lavagem de dinheiro e Anticorrupção. Quanto ao tema, serão colocados: o que é compliance; histórico de implantação no Brasil e no mundo, seus elementos principais e as suas funções que o compõe; traz um enfoque do criminal compliance e suas possíveis penalidade às empresas em caso de não aplicação aos seus acionistas. Trabalha também a figura do “garante” materializada pelo prof. Klaus Roxin, de ação e o tipo subjetivo e para finalizar sugere um enquadramento mais justo ao compliance Office Criminal para que a devida punição respeitando princípios constitucionais como o da legalidade e o da proporcionalidade.

Palavras-chave: Conformidade; Lei criminal; Lei Anticorrupção; Lei Lavagem de dinheiro; responsabilidade objetiva e subjetiva; princípio da legalidade; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The Work takes an approach between our country order and Compliance, directing the approach to the effects of the criminal responsibility attributed to the Compliance Offices, whose Brazilian national order through the laws of money laundering and Anticorruption. As for the subject, they will be placed: what is compliance; history of implantation in Brazil and in the world, its main elements and its functions that compose it; brings a focus on criminal compliance and its possible penalties to companies in case of non-application to their shareholders. It also works the figure of the "guarantor" materialized by prof. Klaus Roxin, action and subjective type and to finalize suggests a fairer framework to the Office Criminal Compliance so that due punishment respecting constitutional principles such as legality and proportionality.

Keywords: Compliance; Criminal Law; Anti-Corruption Law; responsibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abreviação	Termo abreviado
CC	Código Civil
CF	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
PL	Projeto de Lei
LRE	Lei de Recuperação de Empresas
ME	Microempresa
EPP	Empresa de pequeno porte
Proc.	Processo
ONU	Organização das Nações Unidas
Nº	Número
GSO	Guidelines Sentencing Organizations
CP	Código Penal
SOX	Sarbanes-Oxly Act
FATF	Financial Action Task Force
GAFI	Grupo de Ação Financeira
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
CGU	Controladoria Geral da União
OEA	Organização dos Estados Americanos
CICAD	Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

1	INTRODUÇÃO.....	1
2	DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	3
2	COMPLIANCE.....	5
2.1	Características	6
2.1.1	BREVE HISTÓRICO	6
2.1.2	Função do Compliance	8
3	A Lei 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro) E SUAS REFORMAS	16
4	A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LEI 12.846/2013)	18
5	A FIGURA DO “GARANTE” DO CRIMINAL COMPLIANCE	20
6	O FENÔMENO CISNE NEGRO	24
7	PRINCIPIO DA LEGALIDADE	27
8	PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE	30
9	TEORIA DO DOMÍLIO DO FATO.....	30
10	AÇÃO PENAL 470	31
11	COMPORTAMENTO OMISSIVO DO COMPLIANCE OFFICER E AS NORMATIVIDADES JURÍDICO PENAS	34
12	OS DELITOS DA INFRAÇÃO DE DEVER E CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS	36
13	DO ACORDO DE LENIÊNCIA	40
14	PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA.....	53
15	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta obra é demonstrar a injustiça acometida aos profissionais de compliance e em mais específico ao “Compliance office Criminal” que respondem de forma objetiva a todos os possíveis delitos ocorridos na empresa.

Conforme entende Saavedra¹, introduzido na década de 90, o compliance foi implantado pela Lei nº 9.613/98, e conseqüentemente pela Resolução nº 2.554/98, tendo a CMN como autora, passando a ter retaguarda no Direito Penal. A obrigatoriedade das organizações em cooperação nas investigações de crimes de lavagem de dinheiro e conseqüentemente na criação de sistemas de controles internos atribuídos a governança para prevenir atos de corrupção, de lavagem de dinheiro e atitudes que coloquem a imagem da instituição em risco e principalmente o sistema financeiro.

O entendimento dado por Rotsch², a compliance, é que sempre estará alinhado ao direito. No que tange as noções do princípio da legalidade, as definições feitas por Cirino dos Santos³, que são definidas como artefato constitucional, com pauta nos princípios constitucionais e penais, norteados e colocando limites ao programa.

O compliance é uma ferramenta poderosa capaz de dirimir riscos a instituição, independente do seu aporte financeiro porém não é infalível, pois os meios de corrupção internos e externos evoluem de forma muito rápida e infelizmente passar despercebido ou até mesmo não ser previsto pela equipe de conformidade.

Os fenômenos atemporais que foram gerados antes da implementação do sistema de conformidade ou mesmo o famoso efeito “Cisne Negro”, ou surgindo de outra forma quando a conduta do a gente não se enquadra como um tipo penal.

¹SAAVEDRA, Giovani, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/257-218-Janeiro-2011>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

²ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://prope.unesp.br/cic/admin/ver_resumo.php?area=100080&subarea=24036>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

³SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal - Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, pp. 20-21.

O compliance ficou mais conhecido no território nacional, a partir do momento em que as leis ficaram mais duras e praticamente impuseram que as instituições implementassem setor de Compliance e boas práticas, para que os mesmos tivessem reflexos na política criminal ainda não observados exceto pelos deveres de Compliance, um dos aspectos da lavagem de dinheiro⁴.

O tema abordado tem impacto relevante sobre os profissionais de compliance, visto que não se pode falar de compliance no Brasil sem falar da LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013, que agrupa as penalidades referentes as empresas, os seus sócios e por fim o compliance office.

A responsabilidade trazida pela lei acima citada é a objetiva penal que pune os sócios ou ao profissional de compliance e sendo assim, independente se houver o dolo ou a culpa o mesmo será responsabilizado, independentemente da causalidade material pois a simples tentativa frustrada de corrupção já seria o suficiente para punir.

A área de concentração dessa pesquisa se debruçou no direito penal, porém com foco na atividade de Compliance, que em suas associações adota o entendimento de responsabilidade objetiva ao profissional da área. pois o mesmo tem a obrigação de responder objetivamente por qualquer crime que

A linha de pesquisa adotada para a situação problema, foi mostrar que a Lei de Nº 12.846 de 2013 acomete uma responsabilidade a o profissional em questão ferindo princípios constitucionais de legalidade e proporcionalidade.

O método utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi baseado em doutrinas, artigos, consultas e legislação pertinentes a dar sustentação ao trabalho, não menos importante consulta com professores.

⁴ SAAVEDRA, Giovani, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/257-218-Janeiro-2011>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

O raciocínio adotado, o trabalho se inicia com um breve histórico sobre o compliance no Brasil, o que é responsabilidade objetiva penal, a severidade da lei anticorrupção, passando pelo entendimento das associações de Compliance quanto a responsabilidade objetiva dos seus operadores, a abordagem de possibilidades de crimes nas empresas que são muito difíceis de serem detectadas e por fim uma conclusão apresentando o mito da responsabilidade objetiva aos Profissionais da área.

No campo jurídico se abordara algumas opiniões a respeito da responsabilidade objetiva nas empresas, essas opiniões são de vital importância para a obra visto que elas embasam o raciocínio adotado comentando essas opiniões. Desmistificando essa aberração no ramo de compliance, inclusive ferindo o princípio constitucional da legalidade.

2 DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico costuma ser definido com expressões como “crime de colarinho branco” ou como “crime dos engravatados”, as quais reproduzem os termos norte-americanos “*crimes of the powerful*”, “*White collar criminality*” e “*criminality of the upper word*”, entre outros, que agrupam os crimes relacionados as atividades das empresas (corporations).

Para Sutherland, o “*White collar crime*” seria uma “*violation of the criminal law by a person of the upper social-economic class in the course of his occupational activities*” e “o que caracteriza a criminalidade dos poderosos seria o fato de seus autores pertencerem a classe social elevada, atuando no exercício de sua atividade ocupacional e causando um dano extenso e considerável”.⁵

A terminologia “Crime de colarinho branco” (White collar crime) foi utilizado pela primeira vez pelo sociólogo estadunidense Edwin H Sutherland, em 1939 durante a 34ª conferência anual da sociedade americana de sociologia (sociedade presidida

⁵ SHUTHERLAND, Edwin H “Crime and business” The annals of American Academy of political and social sciene, 1941, v.217,112.Cf também de mesmo autor:”White-collar criminally”, american Sociological Review, V. 5, nº1, 1940.

por Sutherland naquela ocasião), reunida na Filadélfia durante o recesso universitário entre o natal e o ano novo. Naquele ano a conferência foi realizada em conjunto com 52º conferência anual da Associação Americana de Economia⁶.

O objetivo inicial da palestra inaugural proferida por Sutherland era chamar atenção para o exame de uma categoria de ilícitos que até então era solenemente ignorada nos estudos conduzidos pelos sociólogos e criminólogos: os crimes praticados por diretores das grandes corporações.

Inicialmente, Sutherland atacou as principais teses, até então dominantes no cenário da criminologia estadunidense, sobre os fatores que determinam a atuação do criminoso, quais sejam:

- a) A Pobreza;
- b) A criação dos criminosos em lares desfeitos;
- c) A existência de fixações freudianas por comportamentos ilegais na mente dos criminosos.

O sociólogo estadunidense defendeu, perante seus pares, que diversas pessoas criadas em famílias economicamente bem estabelecidas, de acordo com o modelo tradicional de família e sem qualquer traço de perturbação psíquica, também poderiam delinquir. E mais, que determinados delinquentes com essas características ocupavam posições de poder no governo ou em grandes companhias.

As Palavras de Sutherland eram o resultado de uma pesquisa que ele realizara nos anos anteriores documentado de forma detalhada o comportamento de Grandes empresas. Determinadas práticas adotadas na gestão do negócio empresarial lembravam praticas semelhantes às de organizações criminosas. O foco do estudo de Sutherland eram comportamentos de empresários que causavam grandes prejuízos aos acionistas das empresas (fraudes financeiras), aos consumidores, aos concorrentes (como o roubo de segredos industriais) e ainda ao governo (por meios

⁶ SHUTERLAND, Edwin H; White collar crime – the uncut version. New Haven: Yale University Press, 1983.

das fraudes fiscais e da corrupção de funcionários Públicos).

2 COMPLIANCE

O termo compliance se origina do verbo em inglês to comply, que significa cumprir, satisfazer, realizar. A tradução mais adequada para esse termo provavelmente seria conformidade. Entretanto, talvez pela receptividade que se dá a termos de língua inglesa, especialmente no mundo corporativo, a tradução não “vingou” e até hoje se utiliza o termo estrangeiro.

Compliance, assim, pode ser definido conforme preferiu Vanessa Alessi Manzi⁷, como o “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal. ”

Já a OICV (Organização Internacional das Comissões de Valores), ou IOSCO na sigla em inglês, entendo a área de compliance como a responsável por aconselhar os negócios e áreas de suporte da companhia quanto à regulamentação local, bem como políticas e normas específicas do setor em que atua, buscando manter os mais altos padrões éticos.

Na verdade, quando se fala em compliance, está-se referindo aos sistemas de controle internos que servem para proporcionar maior segurança à empresa quanto às suas análises econômico-financeiras, possibilitar uma atuação correta e adequada no meio em que atua, proteger contra os riscos de corrupção e fraudes em processos licitatórios ou demais delações com entidades governamentais, elaborar e atualizar normas internas que estejam em harmonia com a filosofia da companhia e garantir que sejam conhecidas e cumpridas por todos.

⁷ MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 15.

2.1 Características

Para falar das características do compliance obrigatoriamente deve se abordar os elementos que o compõe, a sua função e os possíveis danos causados em não está em conformidade a cartilha de compliance da empresa.

2.1.1 BREVE HISTÓRICO

O aumento da necessidade de criação de padrões que adotavam a Ética e a transparência como sendo nortes ganhou força na década de 1970. Apesar de já se ter na década de 1940 o seu nascimento pelo Acordo de Bretton Woods, o primeiro sistema para controle de regulamentação da política internacional.

Após esse evento surge O BIRD (Banco internacional para a reconstrução e desenvolvimento), logo após o Banco Mundial e por fim o FMI.

O acordo originou um tratado de cooperação mutua para a adoção e consequentemente a manutenção de uma política econômica em que os países signatários fossem obrigados a manter as suas moedas em uma determinada faixa de câmbio.

Esse sistema chegou ao fim em 1971 através do presidente Richard Nixon, consequentemente ao cenário criado, surgiu o comitê da Basileia com a finalidade de estabelecer regras de boas práticas e procedimentos financeiros, ou seja proteger e dar retaguarda ao sistema financeiro.

O presidente Nixon sofreu impeachment em virtude dos escândalos de Watergate, logo em seguida é aprovada pelo congresso americano a FCPA (Foreign Corrupt Practice ACT), a maior referência em termos de combate a corrupção.

A partir deste episódio, o governo norte americano passou a ampliar o controle sobre as atividades das empresas, não somente em território americano, mas também nos locais de atuação dessas empresas no mundo. Toda empresa que

quisesse lançar ações na bolsa americana ou em empresas locais com operações estrangeiras poderiam ser investigadas e sofrer sanções pelo referido instituto.

No Brasil o efeito começou 20 anos depois, na década de 1990, o mercado de forma prematura começava a abrir comercialmente, e logicamente começaram as pressões para as mesmas se alinharem aos sistemas de competitividade e transparência, inclusive no que diz respeito ao órgão reguladores internacionais BIS (Bank for International Settlements) e SEC (Securities and Exchange Commission).

O comitê da Basileia, em 1997, passa a informar aos bancos centrais dos países a respeito da garantia de rigidez em seus sistemas financeiros, traçando diretrizes bem definidas.

O ataque terrorista de 11 de setembro as torres gêmeas nos Estados Unidos, ocorre um enorme impacto na política e no mercado financeiro, porém não só por isso, mas também por escândalos dos casos Enron, WorldCom e Parmalat.

A partir desses acontecimentos foi necessária uma nova abordagem aos sistemas de controle e regulação e se verificou a necessidade de regras mais rígidas. Em cima desse cenário nasce a Lei Sarbanes-Oxley.

Referida lei teve por objetivo a criação de mecanismos de auditoria e segurança confiáveis, bem como regras bem definidas para a criação de comitês responsáveis pela supervisão dessas operações, procurando reduzir os riscos do negócio, evitando fraudes e criando meios de identificação de irregularidades, buscando, com isso a total transparência nos negócios.

No Brasil, regras similares foram adotadas pelo Conselho Monetário Nacional, como por exemplo a Resolução n. 2.554 de 1998, mas mesmo empresas brasileiras também podem estar sujeitas à SOX, desde que tenham ações negociadas no mercado americano.

Além disso, em 2011, a legislação anti-concorrêncial pátria foi renovada com a Lei 12.529, estruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dando

ainda mais poder ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), passando a ser obrigatória sua análise em atos de concentração.

Finalmente, em 2013, talvez em decorrência de pressões sociais, acelerou-se o processo de aprovação de uma lei que regulasse as práticas de corrupção no país. Assim, entrou finalmente em vigor em janeiro de 2014 a Lei 12.846/13, chamada de Lei Anticorrupção ou LAC.

A norma ainda aguarda sua principal regulamentação, a ser emitida pela CGU (Controladoria Geral da União). Porém, já foi suficiente para fazer com que diversas empresas, sobretudo aquelas de grande porte, voltassem suas atenções para a área de compliance.

2.1.2. Função do Compliance

A partir do tópico anterior, pode-se perceber que há um problema a nível global que é a ética empresarial. Do outro lado da balança está a governança alinhada ao sistema de compliance, aliada em seu bojo o uso da ética corporativa. O entendimento que a falha do programa não é uma responsabilidade somente individual como também de toda organograma funcional da empresa.

A constante melhora por mecanismos de controle que dão segurança ao processo, redução de custos, aumento de reputação mercado e conseqüentemente competitividade.

Todas essas ferramentas servem como mecanismos de prevenção, detecção e reposta para que haja o máximo de transparência e lisura. Para COIMBRA⁸ as instituições devem se adequar para serem transparentes, responsáveis e para enfrentar o controle social.

A área de compliance vem tendo sua importância destacada por diversas entidades internacionais tais como ONU (Organização das Nações Unidas), OCDE

⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. xii.

(Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). O Comitê da Basileia, conforme explica Vanessa Alessi Manzi:

Tem destacado a alta relevância dos riscos de *compliance* e de sua função nos bancos. A expressão risco de *compliance* é definida como risco legal, ou de sanções regulatórias, de perda financeira ou de reputação que um banco pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas bancárias.⁹

A autora continua explicando que:

...para entender perda de reputação, parte-se do pressuposto que está se baseia na síntese de como os clientes e acionistas veem a organização. Essa avaliação fundamenta-se na identidade da organização, inclusive nas informações fornecidas pela empresa sobre sua visão estratégica, assim como nas ações no decorrer do tempo; na percepção da organização por parte de pesquisadores de opinião e terceiros com credibilidade, e no desempenho, como lucratividade e responsabilidade social. O risco atrelado à reputação é, portanto, a perda em potencial na reputação, que poderia levar a publicidade negativa, perda de rendimento, litígios caros, declínio na base de clientes e falência. Uma ampla avaliação desse tipo de risco é uma estimativa da atual posição da organização por seus clientes e acionistas e de sua capacidade de operar com sucesso no mercado. Risco regulatório, ou seja, de sanções regulatórias, relaciona-se à não conformidade com leis, regulações e padrões de *compliance* que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos (código do consumidor), prevenção à lavagem de dinheiro, entre outras. Esse arcabouço regulatório tem como fonte: as normativas de órgãos reguladores como Banco Central e Comissão de Valores Mobiliários, leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações de bancos e códigos de conduta internos aplicáveis aos profissionais dos bancos.

Para o BIS, *compliance* deve fazer parte da cultura da organização, sendo responsabilidade de todos os funcionários. Para melhor gerenciar o risco de *compliance*, o próprio BIS define sua função a partir de princípios e responsabilidades sem, no entanto, especificar uma estrutura organizacional em particular.

Assim, de acordo com as orientações do BIS e outros órgãos, a área de *compliance* possui diversas funções, que podem variar de empresa para empresa, mas, em suma, podem ser resumidas conforme elencado abaixo:

- Garantir a aderência e cumprimento de leis;
- Desenvolver e fomentar princípios éticos e normas de conduta;
- Implementar normas e regulamentos de conduta;
- Criar sistemas de informação;

⁹ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 39.

- Desenvolver planos de contingência;
- Monitorar e eliminar conflitos de interesses;
- Realizar avaliações de risco periódicas;
- Desenvolver treinamentos constantes;
- Estabelecer relacionamento com os órgãos fiscalizadores, auditores internos e externos e associações relacionadas ao setor da companhia.

Já o profissional de *compliance*, de acordo com Vanessa Alessi Manzi¹⁰, deve dominar:

- Conhecimentos de Regulação;
- Domínio de métodos para aplicação da regulação e de políticas internas aplicáveis à instituição;
- Habilidade para discutir tópicos relacionados ao risco regulatório;
- Habilidade para realizar apresentações;
- Capacidade de estabelecer bom relacionamento com reguladores e órgãos fiscalizadores;
- Criatividade para resolução de problemas com imparcialidade;
- Capacidade de gerenciamento de projetos;
- Entendimento do negócio, dos processos e dos objetivos da instituição;
- Reconhecimento da importância da prática de *feedback*;
- Preparo para atuar de forma preventiva;
- Capacidade para resolver prontamente conflitos entre áreas;
- Habilidade para motivar as demais áreas e conscientizar os profissionais da importância de *compliance*;
- Conhecimento da importância de controles para mitigar riscos de *compliance* relacionados à reputação;
- Preparo e habilidade para monitoramento;
- Capacidade para ministrar treinamentos;
- Habilidade para ser ouvido por profissionais dos diferentes níveis hierárquicos da instituição.

¹⁰ MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas*. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008. p. 43.

Para a aplicação do compliance é fundamental entendermos a sua definição. O mesmo pode ser compreendido como: “uma ferramenta que assegura as organizações conformidade com a lei, regulamentos, políticas de boas práticas, com aderência aos objetivos da instituição. Outra funcionalidade é que serve como artefato para procurar possíveis riscos e conseqüentemente diminuí-los para que se previna a perda de credibilidade e conseqüentemente a sua reputação frente ao mercado através de sanções legais e regulatórias”¹¹.

A batalha em tornar grandes corporações em organizações integras é árdua. É comum o número de grandes corporações envolvidas em escândalos no Brasil podemos destacar: OAS, Petrobras, Odebrecht. Todo esse repertório apresentado já fazem parte das premissas da empresa em seus portfólios, mas o que garante realmente o discurso apresentado é um programa de compliance com pilares sólidos dando alicerce a essa postura.

Para uma instituição está em conformidade é condição necessária que a mesma coloque o compliance como uma questão central na sua estratégia, a ponto de materializar o seu código de ética em sua política e naturalmente o mesmo ser elemento base da sua reputação, cooptando ferramentas a fim de garantir um ambiente ético e harmonioso entre todos no que diz respeito às normas.¹²

Vale ressaltar que qualquer implantação de sistema é necessária a colaboração de todos e inclusive da alta gestão pois eles que vão dar a credibilidade ao programa obedecendo, participando e colaborando para o sucesso da implantação do sistema, pois caso os funcionários abaixo deles sigam o programa e a alta administração não esteja comprometida com o programa ele tende ao fracasso, pois o comprometimento da alta administração é o exemplo que todos estão no mesmo caminho e podem ser punidos da mesma forma se ferirem o programa.

¹¹ FEBRABAN. Disponível em <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescompliance.pdf>> Acesso em 19 de janeiro de 2019.

¹² BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 241.

O Compliance é uma ferramenta que assegura as organizações conformidade com a lei, regulamentos, políticas de boas práticas, com aderência aos objetivos da instituição. Outra funcionalidade é que serve como artefato para procurar possíveis riscos e conseqüentemente diminuí-los para que se previna a perda de credibilidade e conseqüentemente a sua reputação frente ao mercado através de sanções legais e regulatórias.

A ABBI entende que a premissa do compliance é de garantir, que todos os setores, se moldem ao programa de conformidade da empresa, buscando diminuir possíveis riscos levando em consideração a particularidade de cada setor, bem como, plantar a rotina de controles para garantir que as leis e regulamentos sejam cumpridos e dessa forma diminuindo os riscos com o intuito de se proteger de sanções jurídicas que desagüem em perdas financeiras.¹³

O compliance é caracterizado pelo agrupamento de ferramentas que compõe o código ético da empresa. A integridade é peça principal nessa engrenagem, farol do programa de integridade. Outra visão seria que o compliance é o núcleo do sistema de integridade, ao mesmo tempo que garante a sua integridade pela auto-regulamentação. Nesse ponto a mesma funciona como limitador no que tange a missão da organização, equalizado com os objetivos e compromissos¹⁴.

O compliance têm como base as suas funções prevenção detecção e resposta. Esse monitoramento é estabelecido por imposição de limites, a empresa começa a adotar uma postura de governança, independente de quem for assumir o mais alto cargo. Essa busca por uma personalidade jurídica atrelado a uma orientação ética orientados por valores e boas práticas[...]. Por esse motivo que a forma como as empresas são geridas é alvo do interesse de todos que compõe o seu quadro profissional.¹⁵

¹³ A função de compliance no setor bancário em nível internacional: ABBI. Função de Compliance. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 15 de Dezembro de 2018.

¹⁴ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 8.

¹⁵ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 11-13.

Para que a Função programa de compliance obtenha êxito é necessário que: haja retaguarda da equipe de liderança, sistemas de levantamento de informações e análise de riscos, implementação de boas práticas e um código de ética bem formulado, a criação de um canal de comunicação externo para que haja credibilidade, reciclagem contínua de seus colaboradores. A mensagem da organização deve ser clara e objetiva quanto ao cumprimento das suas normas e do seu código de ética.¹⁶

Ainda se faz necessário, que a instituição tenha conhecimento quais são os setores que possam oferecer riscos, tanto internamente quanto externamente, para que a função alcance o seu potencial máximo. Dessa forma é possível antecipar quais operações ou rotinas tendem a colocar a empresa em risco e diminuir os prejuízos que ocorreram:

“A ideia é que as empresas hajam de forma preventiva, antecipando possíveis problemas que por ventura possam ocorrer. Sendo condição fundamental que a manutenção do programa de integridade seja orientada por um projeto de análise de risco. Esse ponto é reconhecido internacionalmente em todas as principais instituições que lidam com o compliance. Nos Estados Unidos podemos ver expressamente menções a análise de risco como sendo um dos alicerces para implantação de um sistema de compliance eficiente”¹⁷.

No que tange aos riscos externos, deve-se considerar: Os problemas em cada área do setor, pois cada setor pode apresentar riscos distintos e deve naturalmente serem tratados de forma diferente; as leis de cada país e o índice de risco corrupção, pois há distinção para cada país, observando os parâmetros como leis internacionais, costumes locais, ou seja tudo que incidem sob o modelo de negócio da empresa.

¹⁶ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 181-182.

¹⁷ MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio Janeiro: Elsevier, 2013, p. 187.

Deve se levar em conta que o compliance tem como premissa criar ou transformar uma empresa, com identidade comum, se autorregulando. É um pré-requisito do nosso Estado Democrático de Direito, pois o mesmo é tangenciado por leis que foram forjadas a partir de valores e princípios, tendo como objetivo garantir o direito do cidadão e estabelecendo balizas para a sociedade e no âmbito econômico.¹⁸

O compliance é visto como um dos alicerces da Governança, além das funções impositivas e protetivas da ética e da reputação das organizações, por fortalecer o respeito ao código de ética e dirimindo possíveis riscos. Dessa forma, ocorre a prevenção do regramento interno e perde de reputação em ações em todas as esferas.

A procura por boas práticas antecipa a identidade da organização em futuras enquadramento de leis. Assim, o compliance dirimi as despesas com logística e resposta a qualquer situação, porque os riscos são mais perceptíveis a alta gestão da organização. A procura pela Ética vai além das fronteiras da instituição: a empresa tende a se comprometer com diversas causas sociais, se adequando aos padrões de responsabilidade ambiental, e tendo mais aderência a projetos que envolve a comunidade. Segundo Benedetti: "A consequência e um aumento das chances de êxito da instituição, onde cria um ciclo virtuoso onde todos se beneficiam seja ele funcionário ou cliente, representando a sociedade nesse contexto."¹⁹

Entretanto, tende ao fracasso o programa de compliance, se a situação de risco não tenha o tratamento adequado. É bom salientar que o programa de conformidade deve ser uma ponte facilitadora quanto as relações na empresa e não um entrave. Caso essa situação ocorra o programa não alcançara a sua função. Entende Rizzo²⁰, que o compliance deve estar alinhado com a governança e o setor de análise de riscos, dificilmente a função do compliance obterá êxito se um não

¹⁸ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). **Manual de Compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15.

¹⁹ BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 89.

²⁰ RIZZO, Maria Balbina Martins de. Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro. São Paulo: Trevisan Editora, 2013, p. 22.

considerar o outro, pois os mesmos estão interligados em sua pratica e conceito".

Segundo Rizzo, O compliance é um meio de capitalizar valor agregado a empresa, e não seguir regras e normas apenas, defendendo o que lhe é mais valioso a sua reputação. O êxito do programa depende da validação se todos os elementos que interagem com o sistema estão fazendo o seu papel como pré-estabelecido, além da prevenção, detecção e resposta de acordo com o esperado.²¹

Já os autores Ana Paula P. Candeloro, Maria Balbina Martins De Rizzo e Vinícius Pinho⁴³, lembram de um ponto bastante importante quando ensinam que a função de compliance deve ser independente.

Ensinam que essa independência envolve quatro elementos. O primeiro é o status, que deve dar à função de compliance dentro da empresa a formalidade e autoridade necessárias para que receba o respeito e atenção necessários para o desenvolvimento de um trabalho eficiente. Isso significa, em última análise, ter o apoio do Conselho de Administração, do CEO ou autoridades equivalentes. É a partir daí que se consegue o mesmo tratamento dos diretores, gerentes, coordenadores, chegando, assim, a todos os níveis da empresa.

Esse status também deve garantir acesso às informações relevantes e contato direto com as autoridades máximas da companhia.

O segundo elemento da independência é o Head ou Compliance Officer que não pode ter funções na área de negócios. É essencial que, ainda que não seja membro da alta gerência, possa se reportar diretamente ao Conselho de Administração ou órgão equivalente.

O terceiro elemento é o conflito de interesses. O profissional de compliance não pode estar submetido a uma situação em que suas atividades possam ser comprometidas por incompatibilidades com outras atividades da companhia. Não convém, por exemplo, o Compliance Officer também atuar dentro da assessoria

²¹ MAEDA, Carneiro. Prog de Compl Anticor: importância e elem essenciais. DEL DEBBIO, Ales; MAEDA. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio Janeiro: Elsevier, 2013, p. 197.

jurídica em atividades diretamente relacionadas à área de negócios.

Por fim, como quarto elemento, é necessário total acesso às informações da companhia, podendo comunicar-se com qualquer membro da empresa e ter acesso a qualquer tipo de registro de qualquer setor ou departamento da empresa.

3 A Lei 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro) E SUAS REFORMAS

Com o crescimento do tráfico de Drogas ficou comprovado que o Brasil não estava preparado para suprimir essa pratica em seu território, a criminalização da lavagem de capitais aparecer como ferramenta crucial para se controlar o ganho de capital proveniente do tráfico de Drogas.

O Brasil ratificou a convenção das Nações unidas, se comprometendo a combater o tráfico de drogas em 1991. A partir daí surgiu a lei de nº 9.613/98 com essa finalidade e logo em seguida surgiu a lei de nº 12.683/12 promovendo mudanças na primeira lei como o objetivo de incorporar ao ordenamento recomendações internacionais.

A definição sobre lavagem de dinheiro é o Ato ou o conjunto de atos praticados por determinado agente com o objetivo de conferir aparência ilícita a bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal. Essa expressão americana "money laundering" veio do advento que o criminoso Al Capone comprou lavanderias para legalizar o proveito econômico obtido da comercialização de bebidas alcoólicas, pratica ilegal na época.

O crime de lavagem de dinheiro possui três fases porem não é necessário que ocorra todas as fases para consumação do crime, o que é necessário é que ocorra é que o conjunto de atos tenha o objetivo de dar aparência licita a bens, direitos ou valores provenientes de um ato infracional anterior.

Há 4 correntes doutrinárias acerca do bem jurídico tutelado pela lavagem:

1) Mesmo bem jurídico tutelado pela infração penal antecedente. Ex.: a lavagem do dinheiro obtido com o tráfico de drogas afetaria a saúde pública (bem jurídico tutelado). Caracteriza bis in idem: a punição pela lavagem estaria fundada na afetação do mesmo bem já lesionado. Posição minoritária

b) Administração da justiça. A lavagem torna difícil a recuperação do produto direto ou indireto da infração antecedente, dificultando a ação da justiça.

c) Ordem econômico-financeira. A lavagem afeta o equilíbrio do mercado, a livre concorrência, as relações de consumo. É um elemento de desestabilização econômica. As empresas de fachada podem subsidiar os produtos da empresa a preços inferiores ao custo do próprio produtor (vantagem competitiva indevida). Posição majoritária.

d) Pluriofensividade. A lavagem ofende vários bens jurídicos.

O processo de lavagem de capitais possui três momentos distintos, também chamados de “fases da lavagem”: o da ocultação, o da dissimulação (ou lavagem propriamente dita) e o da transmutação dos valores ilícitos em lícitos.

A ocultação pode ser chamada de fase de “colocação” ou placement, corresponde às ações dos criminosos que visam a afastar de si os valores ilicitamente obtidos, geralmente aplicando em estabelecimentos que labutam com um volume grande de valores e que sejam tradicionais, como escolas, restaurantes, hotéis, etc., ou mesmo instituições financeiras (bancos ou casa de câmbio).

Nessa modalidade os criminosos adotaram uma estratégia onde eles fracionam os depósitos, pois essas instituições monitoram seus depósitos e

tem que efetuar uma comunicação aos órgãos de controle.

Vencida a fase anterior, vem a de dissimulação também chamada de mascaração, essa fase corresponde ao acobertamento da operação de colocação e a ruptura definitiva dos laços que unem o dinheiro ilícito aos seus titulares por meio de diversas operações financeiras sucessivas, muitas vezes variadas, se superpõe, impedindo que se reestabeleça o vínculo desde a sua origem.

Essas operações envolvem instituições financeiras internacionais, os famosos “paraísos fiscais”, mostrando uma engenharia financeira complexa. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação, essa fase se tornou mais rápida e simples de ser feita. Quanto maior o número de operações para acobertar a origem criminosa do capital, maior será o grau de pureza.

Finalizando temos a fase de integração (recycling), quando os ativos ilícitos, já com suas marcas encobertas pelo processo, são transformados em valores aparentemente lícitos de modo que os negócios dessa empresa apresentam resultado legítimos.

4 A LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA (LEI 12.846/2013)

O combate da corrupção não se apresenta como tarefa fácil, ao contrário, há vários desafios a serem enfrentados. No entanto, embora o caminho a ser percorrido nesse combate seja longo, o trabalho já começou a ser feito e com o comprometimento de todos (governo, empresas e sociedade), conforme afirma a Controladoria-Geral da União.

A respeito das recentes mudanças e dos novos mecanismos de combate à corrupção no Brasil, assim posiciona-se a Fundação Konrad-Adenauer:

“Seja como for, ao observar as mudanças operadas, nos últimos dez anos, nas estratégias de combate à corrupção, por diferentes órgãos de controle

e, em particular, no nível federal, pela Controladoria Geral da União (CGU), cuja criação é recente e data de 2003, vislumbram-se mudanças mais acentuadas nas estratégias de controle sobre corrupção e, em decorrência, no médio prazo, em percepções sobre as práticas corruptas”.

Conforme afirma a CGU²², a corrupção não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Com a intensificação das relações internacionais e o fortalecimento da globalização, o problema da corrupção atingiu escala mundial. Diante disso, para maximizar as ações de prevenção e combate à corrupção e acompanhar a evolução da sociedade internacional no combate a esse mal, o governo brasileiro vem ampliando e fortalecendo sua relação com outros países, visando à cooperação e à integração na prevenção e combate à corrupção.

Visando este objetivo, conforme esclarece aquele órgão de controle, o Brasil já ratificou três Tratados Internacionais que preveem a cooperação internacional nessa área: a Convenção²³, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE); a Convenção Interamericana contra a Corrupção²⁴, da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC).

Ainda de acordo com a CGU, a Convenção²⁵ das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC) é o maior texto juridicamente vinculante de luta contra a corrupção. Assinada em 09 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, é também conhecida como a Convenção de Mérida.

Uma das suas finalidades, conforme registrado em seu Art. 1º, é promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater, de maneira mais eficaz e eficiente, a corrupção.

²² O IV Fórum Global de Combate à Corrupção (IV FG): CGU. tema central é "Das Palavras à Ação". Disponível em <http://www.cgu.gov.br/ivforumglobal/pt_br/htm/sobre.htm.> Acesso em 15 de Dezembro de 2018.

²³ A Convenção sobre o Combate da Corrupção em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE): CGU. Tema central é "Corrupção entre funcionários". Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/ocde/>.> Acesso em 15 de Dezembro de 2018

²⁴ A Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OCDE) : CGU. tema central é "os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção". Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/ocde/>.> Acesso em 15 de Dezembro de 2018

²⁵ A Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OCDE) : CGU. tema central é "os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção". Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/ocde/>.> Acesso em 15 de Dezembro de 2018

Neste contexto, foi sancionada em 01 de agosto de 2013 a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, que dispõe sobre a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que, muda o paradigma do controle da corrupção no Brasil.

A respeito das pessoas jurídicas a que se refere a Lei 12.846/2013 foi abrangida quase que a totalidade prevista na legislação, e que transacionam com o Estado, inclusive sociedades irregulares, como as constituídas de fato, mesmo que temporariamente.

Não foram incluídas as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, previstas no Código Civil. Conforme afirma Nascimento²⁶, essa lei é fruto do esforço do governo federal, por meio da Controladoria-Geral da União (CGU), da sociedade civil, do parlamento e dos compromissos internacionais do Brasil com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA (1996).

Por derradeiro, explica a Controladoria-Geral da União (CGU) é quem tem competência para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na Lei Anticorrupção, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Esclarece ainda que também compete àquele órgão de controle a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, praticados contra a Administração Pública estrangeira.

5 A FIGURA DO “GARANTE” DO CRIMINAL COMPLIANCE

Desde a positivação do Direito, o princípio da legalidade reclamou e ganhou espaços que pertenciam à flexibilidade e à mutabilidade das disposições normativas

²⁶ A Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OCDE) : CGU. tema central é "os mecanismos necessários para ajudar a prevenir, detectar e punir a corrupção". Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/ocde/>> Acesso em 15 de Dezembro de 2018

e, com isso, os pesquisadores notaram um novo e revigorado referencial científico: a lei.²⁷

Ainda segundo FERRAZ Essa pedra angular, responsável por aquele mínimo de segurança e de certeza tão exigidos em tempos revolucionários, carecia de exames profundos que lhe pudessem divulgar o espírito e, assim, permite-lhe a aplicação consentânea com os interesses social.

A esses exames se convencionou chamar, desde o século XIX, *dogmática jurídica*; como ainda hoje é conhecida²⁸. A *dogmática jurídica*, atualmente, no Brasil, tem trabalhado principalmente com a lei codificada – o que frequentemente dificulta a solução de muitos problemas socioeconômicos contemporâneos, no que diz respeito às *ciências criminais*.

Observa ainda que nas últimas décadas está ocorrendo um desprendimento da dogmática em relação ao seu rígido referencial textual. Quanto mais próxima do sentido apropriado do instituto jurídico – decorrente dos princípios que o modelo de Estado correspondente se comprometeu a seguir – mais se lhe tem reconhecido, apesar do que possa constar na redação legal. É que direito é um conhecimento não apenas normativo, mas, preponderantemente, social e argumentativo. As normas jurídicas são (ou devem ser) “expressões formais de comportamentos sociais” e essa constatação empresta ainda maior importância à missão da dogmática jurídica. Para o Direito Penal não é diferente.

Com o surgimento da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) abriu questionamentos a respeito dos programas de *compliance*.

Apesar de uma legislação ainda “tímida”, finalmente a regulamentação do instituto chegou ao Estado Brasileiro para aplicar o sistema almejado do programa de cumprimento, cujo objetivo principal é o controle e prevenção dos delitos.

²⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.18.

²⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Função Social da dogmática Jurídica. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980, p.195-200.

Segundo entendimento basilar do sistema, o *compliance* estará sujeito ao enquadramento dos sistemas de integridade da empresa e fiscalizará o cumprimento destes pelos funcionários, dirigentes integrantes do ente coletivo. Para tanto, irá comedir os riscos não apenas para o âmbito interno, mas também para o controle efetivo da Administração Pública às Pessoas Jurídicas.

A figura do *compliance officer* surge justamente com o advento da Lei Anticorrupção e significa a atuação do responsável por estruturar o programa e sua atualização, ou seja, ele irá implementar o sistema munido dos princípios de ética e boa governança, gerenciando e fiscalizando.

Ele tem como dever principal o de vigilância, devendo atuar no sentido de punir àqueles que agem em desconformidade com o sistema interno estabelecido dentro da empresa, sendo essa sanção estabelecida dentro da própria Pessoa Jurídica.

Essa prática enseja uma grande possibilidade do ato lesivo que ocorreu internamente não gerar riscos para a Administração Pública podendo, portanto, gerar crimes contra a ordem econômica.

Além de fazer análises do regimento interno baseado nos princípios éticos estabelecidos pelo próprio programa de *compliance* deverá estar devidamente inclinado ao cumprimento das leis.

A respeito do *compliance officer*, os seus poderes serão decorrentes de uma delegação de poderes já existente na função de um dirigente da Pessoa Jurídica, como por exemplo, o sócio administrador, que dentro daquele ente possui o dever de fiscalizar e supervisionar os riscos da atividade empresarial e uma possível irregularidade ocorrente dentro da empresa.

Esse poder é delegado a um terceiro que assumirá de forma voluntária a gerência dessas competências atribuídas, é o momento em que o *compliance officer* assumirá os deveres de vigilância próprio dos empresários para implementação do programa e devida fiscalização ao atendimento imposto.

Questiona-se a partir de então se conjuntamente com essa delegação é outorgada também a posição de garantidor que o empresário possui quando constitui uma Pessoa Jurídica e assume o dever de vigilância particular dos sócios.

É cada vez mais discutido se o *compliance officer* assume ou não a posição de garante para realizar as suas funções e as aplicabilidades que em resposta positiva poderá gerar ao mesmo.

Essas discussões são relevantes, tendo em vista que uma possível falha do agente do programa de cumprimento em comunicar aos órgãos competentes a existência de condutas delitivas, quando ela ensejasse risco á ordem econômica, poderia ou não ser responsabilizadas penalmente por eles como dado um crime de omissão.

O artigo 13 do Código Penal Brasileiro determina que os crimes de omissão penalmente relevantes sejam aqueles em que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado e não o fez, ferindo com o ser dever de agir.

Art. 13, § 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; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

À análise simples do caput há de se imaginar que o *compliance officer* guardaria consigo o dever de agir, uma vez que se estabelece a sua atuação ao devido cumprimento dos regimentos internos do programa e da lei, caso perceba qualquer irregularidade.

A posteriori, o artigo elenca hipóteses que configuram os sujeitos que estariam incumbidos do cumprimento do dever de agir.

É evidente que o agente atue legalmente com obrigação de vigilância, esta que foi delegada por um dirigente da empresa para que atuasse em seu nome.

Todavia, para os que não acreditam na posição de garantidor do agente do programa de cumprimento, a sua atuação não é criadora do risco do resultado.

Ocorre que a atuação do *compliance officer* tem como objetivo identificar o resultado lesivo e não cria-lo, e a partir do momento que tomar conhecimento destes adequar ao sistema, implementado, com órgãos de conduta, preceitos éticos e sancionar essas atividades ilícitas no regime interno, uma vez que tal conduta violou legislação penal, da Administração Pública e do próprio programa.

Também não é vinculada, para eles, ao mesmo a obrigatoriedade de impedir o resultado, com devida responsabilização caso não haja, tendo em vista que a sua finalidade é a prevenção e adoção de medidas de dificultem e afunilem de forma eficaz a ocorrência. Não é imputado ao *compliance officer* a obrigatoriedade de cumprimento sujeitando-o a uma responsabilização caso não o faça.

Ou seja, a responsabilização se dará dependendo do entendimento do que realmente é uma omissão penalmente relevante, se esse dever de agir foi suficiente para a ocorrência de uma sanção penal.

Porém, para os que entendem que o *compliance officer* assume a posição de garantidor, acreditam que os três requisitos são intrínsecos dentro das suas funções, onde o mesmo possui, de fato, o dever de impedir que ocorram crimes delituosos dentro da Pessoa Jurídica e aqui a responsabilidade penal do agente seria possível.

Para tanto, a omissão de algum fato delituoso deveria ser provada que não estava dentro das suas competências para que não fosse responsabilizado, pois sem este o agente seria acusado de facilitar o cometimento de um crime com resultado lesivo à Administração Pública.

6 O FENÔMENO CISNE NEGRO

Vivemos num mundo em que não conhecemos. Esta é a premissa básica da teoria dos Cisnes Negros, popularizada pelo pensador contemporâneo Nassim Nicholas Taleb. Ele trabalhou por muito tempo como trader no mercado financeiro, e

neste ramo, viu várias pessoas fazerem fortunas espetaculares para tudo virar pó em alguns dias.

Cisnes Negros são eventos de baixa probabilidade, mas impacto extremamente elevado. É um outlier difícil de acontecer, mas que pode ocorrer um dia, e, se ocorrer, terá efeitos catastróficos.

Esta é a definição, mas não o problema real. O grande problema é que o ser humano tende a subestimar a existência de Cisnes Negros. Uma das razões é que, por serem tão raros, alguns desses eventos nunca ocorreram na história. E, mesmo nos casos em que ocorreram, rapidamente o conhecimento humano se adapta para mostrar que o evento era previsível, não era tão aleatório assim. É o que Taleb chama de “falácia narrativa”. Um exemplo são os economistas “profetas” que afirmaram que “era evidente que a crise de 2008 iria ocorrer, devido aos riscos dos títulos sub-prime”. Tudo isso a posteriori, é claro.

O termo Cisne Negro remete a uma história. No séc XVII pensava-se que todos os cisnes fossem brancos. Por mais cisnes que fossem vistos, eles eram todos brancos. Até que, na Austrália, foi descoberto o primeiro cisne negro. Apesar de milhares de anos de observações de cisnes brancos, bastou um único evento de cisne negro para derrubar a hipótese de que “todos os cisnes são brancos”. Este termo foi criado pelo filósofo inglês David Hume, nos anos 1700, justamente para demonstrar o “Problema da Indução”, ou seja, a fraqueza do nosso processo de raciocínio indutivo.

O mundo é não-linear. A lei de potências governa o mundo, não a curva gaussiana de probabilidade normal.

Vale a pena pontuar alguns casos de não-linearidade histórica: os ataques terroristas de 11/09/2001, o surgimento do Google, a crise financeira de 2008, o surgimento da internet, o tsunami de 2004 na Indonésia. Nem a internet, nem o Google, foram previstos pelos livros de ficção científica, nem pelos acadêmicos e executivos.

Recentemente, o desastre de Brumadinho pode ser considerado um Cisne Negro, pelos habitantes da região. Vide post específico: <https://ideiasquecidas.com/2019/01/25/cisnes-negros-e-gestao-de-riscos/>

Os ataques de 11/09 são um caso bastante ilustrativo. Foi algo completamente imprevisível, deixando o mundo inteiro em choque, e mudando completamente o rumo da história. O mundo ficou paranoico com o terrorismo. Dificilmente as guerras posteriores no Iraque e no Afeganistão teriam justificativa não fosse o combate ao terror.

A história é como uma caixa-preta. Conhecemos apenas os eventos da história, mas não os fatores que causaram o mesmo. Temos apenas a interpretação de historiadores, que é feita a posteriori e a partir de um ponto de vista subjetivo, não conhecemos os reais geradores dos eventos. Os eventos importantes são não-lineares. A história não rasteja, ela anda aos pulos. Entretanto, agimos como se fosse possível prever o curso da história, e pior ainda, mudá-lo.

Apesar de nossos avanços tecnológicos, ou talvez por causa deles, o futuro será governado cada vez mais por eventos extremos.

O Criminal compliance tem que lidar com esses fenômenos com a devida proporção e tomar contramedidas, e podendo ser responsabilizado na esfera criminal de forma Objetiva sem que seja apurada a sua culpabilidade.

7 TEORIA DO RISCO E COMPLIANCE

Conceitualmente podemos definir risco como a expectativa da probabilidade de insucesso em função de acontecimento incerto.

Porém, não se pode admitir como risco toda e qualquer situação, pois o próprio ato de respirar é um risco e, assim, estaríamos banalizando a teoria. Para ilustrar, se entendermos como risco toda e qualquer situação, quem vendesse legalmente um carro a um terceiro e este terceiro, dirigindo imprudentemente bêbado, viesse a causar um atropelamento com resultado morte, o vendedor poderia ser

responsabilizado. Ora, se ele não tivesse vendido o carro não teria ocorrido aquele acidente. Vender o carro foi um risco permitido, pois não se sabia o histórico social ou mesmo psicológico do comprador.

Nesse entendimento, existem dois critérios a serem avaliados antes de nomearmos determinada situação como um risco: critério quantitativo (quantos danos por ano? Quantos são atingidos pelo dano?) e critério qualitativo (qual a proporção do dano? Quais os danos causados?). Admitimos, portanto, somente o risco extraordinário, relevante, para caracterizar a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva como regra é calcada na teoria da culpa, pois o Código Civil de 1916 previa que para que fosse configurado o dever de indenizar far-se-ia necessário a ocorrência dos requisitos: ação ou omissão; culpa ou dolo; nexos causal e dano. Isso está de acordo com o artigo 159 do anterior código. Já no artigo 927, parágrafo único, do novo Código Civil, recepcionou-se a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco, onde se busca a reparação de todo o dano, independente da causa.

A teoria do risco foi adotada no artigo 37, § 6, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

no Código de Defesa do Consumidor e no artigo 927 do Código Civil, para citar apenas alguns exemplos. Muito embora o referente artigo do Código Civil não faça distinção, a doutrina adota algumas modalidades dentro da teoria do risco.

8 PRINCIPIO DA LEGALIDADE

No contexto de Estado Democrático de Direito, o referido princípio tem por

finalidade, garantir os direitos do homem perante o poder do Estado, pois a partir do momento em que um elemento da sociedade é enquadrado penalmente, o indivíduo tem a garantia em que as sanções aplicadas pelo estado serão seguidas à risca o que está escrito na legislação, impedindo qualquer tipo de excesso.

Nesse caso, o princípio da legalidade estaria em um rol com outros princípios constitucionais com o objetivo de garantir a segurança jurídica a todos aqueles que compõe a sociedade como um todo. O principal objetivo é resguardar a utilização do Estado em benefício particular, como aplicação de sanções a inimigos, como quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, inclusive garantindo um julgamento justo pela imparcialidade do Juiz.

Segundo GRECO²⁹, o Processo penal garante um “justo procedimento de apuração da existência da infração penal e de quem seja seu autor, legitimando, ao final, garantia à ampla defesa, o contraditório e outros relevantes princípios, a devida punição” garantindo que não houvesse ilegalidade alguma cometida pelo Estado, e o sentido amplo, em que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nessa linha de pensamento majoritário, Alberto Silva Franco considera que “o princípio da legalidade, em matéria penal (CF, art. 5º, XXXIX,):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

equivale, antes de mais nada, à reserva legal³⁰. Assim sendo, a lei assume um papel de suma importância, pois, somente através de leis ordinárias emanadas pelo Poder Legislativo é que poderiam ser criadas leis penais incriminadoras.

Com relação ao aspecto da legalidade jurídica em sentido estrito, essa garantia

²⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 217

³⁰ FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 46

constitucional fundamental do homem evitaria qualquer abuso por parte do poder estatal quando do jus puniendi in concreto, pois os membros da sociedade ficariam protegidos contra qualquer excesso desse poder, sabendo previamente quais as condutas que não deveriam praticar para que não fossem responsabilizados, assim como qual seria o procedimento e por quem seriam processados dentro de um devido processo legal.

Além desse aspecto da legalidade jurídica em sentido estrito ou penal, e como já mencionado, há ainda outros dois significados com relação ao conceito de legalidade: o político e o jurídico em sentido lato.

No significado político, ele seria a garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais. Por sua vez, no significado jurídico em sentido lato, ninguém estaria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme dispõe o artigo 5º, II da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Com relação a esse último, José Afonso da Silva conclui que esse preceito constitucional é um dos mais importantes dentro da chamada liberdade de ação, pois, “além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e Legalidade”.³¹

Ainda no que se refere ao aspecto jurídico, ou jurídico em sentido estrito, caberia à lei definir as condutas consideradas lesivas ao bem jurídico tutelado, e haveria ainda a perfeita correspondência entre a conduta praticada e o que está descrito na lei.

³¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 215

9 PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da Proporcionalidade veio a lume em 1764, na obra *Dos delitos e das penas*, na qual Cesare Bonessana (Marquês de Beccaria) ou Cesare Beccaria afirmava que “para não seu um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.

Segundo GRECO:

“princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)”³².

Ainda afirma GRECO:

“Toda vez que existir, nessa relação, um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto o ESTABELECIMENTO DE COMINAÇÕES LEGAIS (proporcionalidade em abstrato) e a IMPOSIÇÃO DE PENAS (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Possui, portanto, um duplo destinatário: o legislador e o juiz.”³³

10 TEORIA DO DOMIO DO FATO

O autor não é apenas aquele que realiza diretamente a ação típica descrita na norma penal, mas aquele que se utiliza de interposta pessoa, a qual atua sem culpabilidade, para a execução de um delito.

Zaffaroni e Pierangeli ³⁴ definem autor mediato como sendo aquele que se vale de um terceiro que age sem dolo, que age atipicamente ou que age justificadamente, para praticar a figura típica.

³² GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 11

³³ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 11

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 672 p.

Como a principal característica da autoria mediata é a utilização de terceiros como instrumento para a realização da ação típica em posição de subordinação ao controle do autor mediato, pode se afirmar que não há autoria mediata nos casos em que o terceiro utilizado não é instrumento e sim autor plenamente responsável.

Nos crimes de mão de própria, via de regra; nos crimes especiais próprios que exigem autores com qualificação especial e, por fim, nos crimes culposos em razão de não existir a vontade construtora do acontecimento.

Observa-se que as principais hipóteses de autoria mediata decorrem de coação irresistível, erro, emprego de pessoas inimputáveis e nos casos do emprego de terceiro que age justificadamente sob o amparo de uma excludente de ilicitude provocada deliberadamente pelo autor mediato.

Segundo Capez³⁵, a diferença entre a autoria mediata e a autoria intelectual é de que nesta última, o autor intelectual atua como mero partícipe, concorrendo para o crime sem praticar nenhuma conduta descrita na norma penal. E além desse fator, aquele que recebe a ordem, estará praticando o a conduta ilícita com a consciência da ilicitude do ato.

Diferentemente da autoria mediata em que o executor é usado na prática da infração penal sem ter o discernimento necessário para avaliar a ilicitude de sua conduta.

11 AÇÃO PENAL 470

Apesar de ser um assunto de vanguarda em termos globais, e já tenha previsão, porem de forma bastante incipiente, desde 1988, o *criminal compliance* encontra pouca retaguarda nos tribunais nacionais.

O caso mais relevante no qual houve repercussão significativa foi a ação penal

³⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. ... 4. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 335-337.

470 – AP 470, onde o supremo tribunal federal julgou o caso, mais conhecido como “mensalão”.

O então presidente da República Luís Inácio Lula da Silva no ano de 1995, estava encontrando entraves para aprovar determinados projetos de Lei que eram de vital importância para o governo que foram percebidas pelo congresso Nacional.

Na época, o governo sofreu com uma denúncia de compra de votos dos parlamentares para que esses votassem de acordo com as intenções do Governo.

Após as acusações a mídia se posicionou contra o suposto esquema de pagamento de propina, desencadeou na denúncia do Ministério Público em conjunto com o Supremo tribunal federal.

Ministro de estado, publicitários, banqueiros e outros acusados estariam envolvidos nesse esquema de corrupção.

Após recebida a denúncia, no segundo semestre de 2012 ocorre o início do julgamento do processo, apesar de certa parcialidade de determinados juizes, o povo do Brasil, acompanhou a rotina diária do tramite processual.³⁶

Depois de quatro meses de tramitação processual, sobreveio a condenação de mais de vinte acusados por crimes de corrupção ativa, passiva, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta de instituição financeira, peculato e evasão de divisas, finalizando a primeira fase do feito gerando um acordão de mais de oito mil páginas.

O julgamento sofreu com muitas críticas, uma vez que, de certa forma julgou-se, também, o próprio governo. Cada partido se posicionou sejam eles da situação ou da oposição.

Ao mesmo tempo vários Juristas tentaram dar um parecer imparcial sobre o

³⁶ Cf. entre outros, LEITE, Paulo Moreira. A outra história do mensalão. As contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração, 2012passim. FALCÃO, Joaquim (org). Mensalão. Diário de um julgamento. Supremo, mídia e a opinião pública. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2013, passim.

que estava ocorrendo, tentando desvendar termos jurídicos.

As televisões estavam presente fazendo a cobertura por diversos tipos de mídias, pela TV, internet e rádio. Chegou a se argumentar que estava tendo uma espécie de espetacularização do caso em si.

Apesar da lei brasileira não adotar o *common law*, foi nítido que lançaram mão naquele julgamento de institutos pertencentes a forma como a lei americana é gerida, como a ideia da cegueira deliberada³⁷, ou até mesmo do criminal compliance³⁸.

A coincidência de utilização desses institutos mostra-se latente, cabendo a dúvida sobre os efeitos próximos futuros desse novo tema na justiça nacional.

Segundo SAAD-DINIZ:

“O mais interessante, talvez, tenha sido a leitura feita o criminal compliance. Como se mencionou anteriormente, amplíssimas são as questões que deitam implicações em relação ao compliance penal ou criminal compliance”³⁹

SAAD-DINIZ⁴⁰ também traz que Uma das mais importantes abordagens sobre esse caso, diz respeito a eventual implicação de responsabilidades, não somente de cunho administrativo, mas também na esfera penal, pelo não cumprimento do dever de vigilância (ou da regra de boa governança) dever este que se encontra no bojo da Lei. De n. 9.613 de 1998. Não mais se pensaria em punição de um agente que dispõe do domínio do fato, mas, sim, de um agente específico, que deixa de praticar dever também específico.

³⁷ Cf. SSILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim IBCCrim n. 246.

³⁸ Cf. SSILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto a lavagem de dinheiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de capitais n. 56, 2012, p. 293 e s.

³⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 199

⁴⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 200

No Acordão, levou-se em consideração, que a instituição financeira tinha no seu organograma uma estrutura de compliance o qual tinha apontado irregularidades em determinadas operações.

Os órgãos diretivos da empresa teriam ignorado esses apontamentos por completo e sendo assim correram o risco de serem pegos, situação que acabou acontecendo e os mesmos foram condenados no crime de lavagem de dinheiro.

Observa-se dois fundamentais problemas: um deles é a evidencia do total desconhecimento da palavra compliance e da sua abrangência e por outro lado a abordagem dada pelo STF como resposta legal sobre os deveres do compliance.

12 COMPORTAMENTO OMISSIVO DO COMPLIANCE OFFICER E AS NORMATIVIDADES JURÍDICO PENAIIS

O advento das discussões acerca da legitimidade do controle penal sobre os agentes das instituições financeiras que possuem o encargo de investigar as transações econômicas e empresariais direcionadas a Lei de Lavagem de Capitais e Anticorrupção decaíram sobre os profissionais do programa de *compliance* que possuem em sua atividade laborativa a finalidade de proteção e contribuição com a tutela investida pelo Estado ao sistema privado.

Há uma grande discussão sobre a possibilidade da técnica escolhida de imputação penal para acolher a responsabilidade dos agentes financeiros de *compliance*.

Questiona-se se é possível atribuir sanção ao *compliance officer* por crime de omissão imprópria, atribuindo a ele a posição jurídica de garantidor, uma vez que entendendo por esse sentido haveria a delegação da posição de garantidor do empresário ao agente, no momento em que é contratado para atuar com intuito de vigilância em seu lugar.

Por outro lado, se o entendimento for pela impossibilidade de atribuição à posição de garantidor, não poderá ser atribuída sanção por crime de omissão imprópria, somente podendo ser responsabilizado se o mesmo for autor ou coautor da prática lesiva.

O argumento por trás disso é pela inviabilidade de se delegar a posição de garantidor, uma vez que ele está sendo fiscalizado pelo seu superior hierárquico, restando um dever de vigilância residual presente entre os dois.

A ideia do *compliance* consiste na moralização da empresa através dos seus funcionários, visando à inimizabilidade penal dos seus dirigentes e a proteção dos investidores diante da presença de um sistema protetivo, o que configura uma confiabilidade diante dos olhos de terceiros.

A Lei anticorrupção de nº 12.846/13 segundo o Advogado e Professor Pierpaolo Cruz Bottini, em seu artigo que fala sobre a controversa responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção passa um panorama do entendimento da referida lei a abordagem da responsabilidade objetiva tema núcleo dessa obra.

O texto da lei traz que a punição a empresa não exige a referida intenção da mesma ou do seu quadro de dirigentes em praticar corrupção ou mesmo a não atenção a atos que eventualmente ocorram.

Um exemplo é que um colaborador que tenha um vínculo distante com a empresa sendo um contratado ou até mesmo um parceiro tenha se corrompido ou corrompeu um funcionário público para obter vantagem a instituição será penalizada, desde que seja beneficiada de forma direta ou indireta por essa operação, ambos serão punidos, contratante e contratado. A responsabilidade é automática, objetiva.

O fortalecimento da instituição sempre foi o alvo do legislador investindo na repressão a corrupção. Ao adotar a responsabilidade objetiva ele passa a responsabilidade para as empresas construir políticas de integridade robustas com o intuito de blindar a corporação de ligações com pessoas ou outras empresas que possam trazer danos à imagem da instituição.

13 OS DELITOS DA INFRAÇÃO DE DEVER E CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

Nos crimes Omissivos, em geral, o agente dolosamente ou imprudentemente deixa de realizar uma ação que não era esperada (em virtude da desistência de um dever de agir juridicamente fundamentado), mas que ele podia realizar. As omissões delituosas costumam ser divididas em próprias e impróprias.

A conduta omissiva própria está descrita no tipo penal na forma de um não fazer, a exemplo do crime de omissão de socorro CP, art. 135:

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte. (Incluído pela Lei nº 12.653, de 2012).

Maus-tratos

Não se exige, para a consumação desses tipos penais (ao menos na forma Simples), a ocorrência de um dano concreto aos bens jurídicos tutelados.

Aqui identifica-se um dever um dever geral de proteção, a ser desempenhado por classes determinadas de autores. Eles não se encontram descritos em tipos penais na forma de não agir.

A priori, os tipos penais correspondentes existem, mas estão dispostos na forma comissiva- e um determinado agente responde por sua inercia, isto é por não ter evitado a realização, por, um terceiro de tal conduta.

Aqui, há um dever especial de proteção que recai somente sobre pessoas que antes do início da execução do resultado típico (que deverá ser produzido como condição) ocupavam uma determinada posição (dai serem delitos especiais⁴¹) que lhes obrigava a impedi-lo. É a chamada posição de garante (ou garantidor).⁴²

A Teoria do Domínio do Fato foi elemento de pesquisa de vários autores, porém o que teve maior representatividade foi o escritor alemão Claus Roxin ganhou destaque no seu desenvolvimento, mais tarde aprofundado com Jakobs.

Paulo Queiroz⁴³ explica:

Como se vê, para Roxin, o conceito de domínio do fato não é aplicável a todos os crimes, mas unicamente aos comuns, comissivos e dolosos. Neles autor é quem realiza a ação diretamente (autoria direta), isto é, pessoalmente ou mediamente (autoria mediata), valendo-se de um terceiro como instrumento, bem como quem a realiza conjuntamente (coautoria). Autor é, pois, quem domina o fato, total ou parcialmente; é coautor aquele que presta uma colaboração funcionalmente significativa na fase de execução do delito (domínio funcional do fato); e é partícipe quem, sem dominar o fato, concorre para a sua realização.

Jakobs desenvolve sua teoria afirmando que na vida cotidiana é natural que haja a frustração de uma expectativa por uma ação ou uma omissão e que daí podem ser extraídas duas espécies de responsabilização na sociedade: aquela que lesiona os deveres gerais de atuação e aqueles que não observam os limites particulares, os deveres especiais, aos quais estão em virtude de competência institucional⁴⁴.

⁴¹ GRECO, Luis; Assis, Augusto. O que significa a teoria do domínio do Fato..., p 108.

⁴² BUSATO, Paulo Cesar. Direito Penal..., p 291-293

⁴³ QUEIROZ, Paulo. **A teoria do domínio do fato segundo Roxin**, out. 2014. Artigo. Disponível em < <http://www.pauloqueiroz.net/a-teoria-do-dominio-do-fato-segundo-roxin/> > Acesso em 06 Mar. 2019.

⁴⁴ PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. **Responsabilidade penal na lei brasileira de lavagem de capitais: a ilegitimidade da atribuição da condição de garante aos agentes financeiros**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio

Resta claro que a conduta típica tanto poderá ser preenchida por uma ação que desrespeita uma norma legal ou por uma omissão de um dever juridicamente imposto. “A omissão consistirá, assim, no não cumprimento de um dever juridicamente imposto, sendo precisamente a não realização da ação esperada o fundamento da sua punição”⁴⁵

Entretanto, não há que se falar em omissão quando estamos diante da Teoria do Domínio do fato, pois ela necessita de um autor que aja diretamente em função do cometimento do delito.

Os crimes omissivos estarão elencados pela Teoria das Infrações de Dever, onde o autor não tem o domínio do fato, ele simplesmente age em desconformidade com a lei por não praticar uma conduta esperada para evitar o resultado lesivo.

Precisamente por isso, nos delitos de infração de dever, por exemplo, autor não é quem eventualmente domina o fato, total ou parcialmente, mas quem pratica a ação típica, isto é, nos crimes especiais, detém a condição especial prevista em lei e a realiza; e nos omissivos aquele que se abstém de praticar a ação exigida pelo respectivo tipo⁴⁶.

O preenchimento dos requisitos para o enquadramento das teorias acima e justamente quando há concurso de pessoas e também em casos de crime por omissão é possível a autoria.

Na atualidade a infração penal de dever ganha musculatura no que cerne aos crimes ocorrentes no âmbito das empresas.

Nos parágrafos anteriores, observa-se que as empresas se tornaram um dos mais relevantes elementos no sistema econômico, e com absurda influencia no sistema político. A diversificação das atividades empresariais suscita em riscos e

Grande do Sul, Porto Alegre, p. 54.

⁴⁵ CARVALHO, Américo Taipa de. **Direito Penal - Parte Geral - Questões fundamentais - Teoria Geral do crime**, 2ª edição, Coimbra: Editora, 2008, p. 549.

⁴⁶ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*

lesões que influenciam diretamente o ambiente da administração pública sem contar os seus consumidores e investidores.

Várias frentes de pesquisa na esfera dogmática discutem sobre os critérios normativos adotados que respalda a imputação do delito aos membros que integram a organização empresarial.

Essa concepção ganha importância por entender que essa teoria faz parte da natureza dos crimes contra a ordem econômica e seus determinados agentes financeiros. É como entende Martínez Buján-Pérez⁴⁷ ao abranger duas espécies possíveis para concepção da natureza dos crimes de ordem tributária:

(...) existem, basicamente, duas concepções sobre a natureza dos crimes tributários. Por um lado, encontramos a postura defendida majoritariamente pela doutrina alemã e, minoritariamente, pela doutrina espanhola, segundo a qual o delito fiscal equivale à causação de um prejuízo patrimonial em virtude da infração de deveres tributários, de modo que estaríamos diante de um delito de infração de dever, nos termos da construção de Roxin.

A outra concepção para ele seria uma teoria do engano, que consiste no emprego de fraude para que haja a devida tipificação de crime contra a ordem tributária.

Segundo ele, se os crimes contra a ordem tributária são considerados crimes de infração de dever, a omissão ao dever de agir e impedir que o crime ocorra gera necessariamente prejuízos patrimoniais à Fazenda Pública e incita responsabilização penal, mas se adotar a teoria do engano, conjuntamente com o delito de infração de dever deve haver uma omissão intencional, com o intuito de enganar a Fazenda Pública para que haja tipificação, uma vez que o simples fato de não cumprir com a obrigação de pagar existente nos crimes tributários não configura necessariamente responsabilização penal.

Em certo modo, alguns elementos dos delitos de infração de dever são vistos no Direito Penal Econômico brasileiro, mesmo que não de forma absoluta ao que é proposto por Roxin, mas especialmente no tratamento do programa de *compliance*,

⁴⁷ BUJÁN-PÉREZ, Carlos Martínez. **El delito de defraudación tributaria**. Tradução livre. Revista Penal. n. 1, 1998, p. 57.

o qual, em primeiro termo descreve o cumprimento de um dever jurídico, é o que expõe Dennis Bock⁴⁸.

“Significa dizer que nem toda omissão é considerada relevante do ponto de vista jurídico-penal, mas apenas aquela que parte do sujeito que, pela norma penal, está em especial posição de evitar o resultado desvalorado (posição de garantidor)”⁴⁹.

Alguns doutrinadores passam a entender, portanto, os delitos especiais (aqueles derivados de infrações de dever) como classificadores dos crimes omissivos impróprios, pois, como dito, não podemos abarcar para qualquer tipo de omissão, de situações que não envolvam o dever jurídico de cuidado, de prevenção de um bem jurídico.

“Silva-Sánchez⁵⁰ associa a *compliance* empresarial aos deveres de vigilância, afirmando, portanto, que tanto na doutrina quanto na jurisprudência espanhola os superiores hierárquicos assumem a posição de garante sobre a conduta dos seus subordinados.”

O dever de vigilância para ele está relacionado ao cargo que o indivíduo ocupa dentro da Pessoa Jurídica, onde aquele que é superior tem o dever de vigilância, de fiscalização com o subordinado hierarquicamente, ele tem o dever de verificar se o mesmo está atuando dentro das conformidades.

Todavia, ele não adentra nas questões das responsabilidades penais, verificando se poderá haver a delegação desse dever de vigilância a um terceiro ou se ele possui o dever vinculado ao cargo que ocupa.

14 DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O Acordo de leniência é um recurso em que a empresa investigada lança mão com o intuito de prestar todas as declarações aos órgãos competentes

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo *apud* BOCK, Dennis. *In: Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 272.

⁴⁹ ORTIZ, Mariana Tranchesí. *Concurso de agentes nos Delitos Especiais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, p. 99.

⁵⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Tradução livre. Espanha: Editora: B de F, 2013, p. 155.

demonstrando total interesse em cooperar com as investigações.

Leniência significa “tolerar”, é a possibilidade de intentar cooperação entre as Pessoas Jurídicas que praticaram ilícitos como uma forma de “delação premiada”, onde o Poder Público concede prêmios, tolerando os ilícitos cometidos por aqueles que cooperam com o Estado na descoberta daqueles que atuam em desconformidade com as leis no ordenamento jurídico econômico.

Segundo SANCHEZ⁵¹:

“O instituto da leniência pode ser definido como a possibilidade que detém a empresa diretamente envolvida em ato lesivo à administração pública de temperar os rigores das penalidades legais, desde que, de forma eficaz, auxilie na identificação de eventuais outros envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob a apuração”

Segundo o pensamento do autor:

“...O Acordo de leniência tem natureza jurídica de ato administrativo bilateral. Trata-se de poderoso instrumento de combate aos atos lesivos perpetrados em face do patrimônio (material e imaterial) da administração pública (nacional ou estrangeira), sobretudo quando, com sua concretização, se possa evitar que outras infrações se repitam e que cesse o curso daqueles que estão em marcha. Não se pode olvidar ainda que nos atos de corrupção em geral vigora a lei do silêncio e quase não há testemunhas presenciais, não sendo raro que as únicas pessoas que tem conhecimento do fato são os envolvidos no ilícito. Em muitos casos, considerando os obstáculos decorrentes da própria natureza das pessoas jurídicas e de estruturas empresariais cada vez mais complexas, sem esse acordo ficaria quase impossível entender com exatidão os fatos e identificar com precisão os responsáveis. ”

Trata-se do instituto com nítida feição instrumental, cuja a eficácia esta relacionada a obtenção de resultado socialmente uteis.

É a demonstração de que a atuação administrativa típica (imperativa / sancionadora) está cada vez mais coexistindo com a atuação consensual, representada no artigo em comento pelo acordo substantivo do recinto.

Explica SOUZA⁵² que “é necessário que o acordo de Leniência tem sua eficácia condicionada à obtenção de resultados de modo que não basta sejam

⁵¹ SANCHEZ, Rogerio. **Lei anticorrupção empresarial.**: Editora: Juspodium, 2017, p. 155.

⁵²SANCHEZ, Rogerio; SOUZA, Renee, **Lei anticorrupção empresarial.**: Editora: Juspodium, 2017

prestadas as informações. Trata-se de verdadeira obrigação de resultado. Caso as informações sejam superficiais ou de pouca relevância para identificação dos demais envolvidos e para obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito não haverá cumprimento do requisito legal, ou conforme o caso não deve ser celebrado, ou conforme o caso, tido como descumprido, o que resultará na negativa de aplicação dos efeitos proemiais. ”

O dispositivo parece referir-se exclusivamente a informações uteis para o fato em apuração, isto é, às provas destinadas ao conhecimento do fato objeto da investigação pela autoridade pública. Mas não é só neste caso. Caso a pessoa jurídica deseje fornecer informações relacionadas a outros ilícitos ainda desconhecidos da autoridade pública pode fazê-lo sem qualquer impedimento.

SANCHES pontua que “Neste caso, podem ocorrer duas situações: 1 – As informações dizem respeito a outro ato ilícito para o qual a pessoa jurídica participou; 2 – As informações dizem respeito a outro ato ilícito para a qual a pessoa jurídica não participou. Em ambos os casos, caberá a autoridade investigante instaurar novo procedimento investigatório dos novos ilícitos descobertos, sendo que os efeitos premiais do Acordo de leniência ficam condicionados aos resultados processuais desta apuração.”⁵³

Assim, por exemplo, caso uma empresa envolvida em determinado ato ilícito tenha conhecimento de outro esquema envolvendo fraudes à licitação em que não tenha participação mas tenha obtido informações como convites para dela participar e queira experimentar os efeitos premiais da Lei anticorrupção, pode celebrar acordo de leniência para beneficiar-se no processo de responsabilidade em que figura como parte. Afirma SANCHEZ⁵⁴.

A Lei anticorrupção, não faz previsão aos “sopradores de apito” chamados whistleblower, que são indivíduos que levam ao conhecimento das autoridades públicas informações relevantes de ilícitos em troca de pagamentos grandes

⁵³ SANCHEZ, Rogerio; SOUZA, Renee, **Lei anticorrupção empresarial**.: Editora: Juspodium, 2017, p. 122.

⁵⁴ SANCHEZ, Rogerio; SOUZA, Renee, **Lei anticorrupção empresarial**.: Editora: Juspodium, 2017 p. 122.

recompensas, mesmo infrações perpetradas no âmbito empresarial, os sopradores de apito alertariam as autoridades competentes.

É necessário ressaltar que não será qualquer empresa que pode participar do acordo. O ajuste somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II – a pessoa jurídica cesse completamente o seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III – A pessoa jurídica admita a sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até o seu encerramento.

Todos os requisitos para a celebração do acordo de leniência também visam desestimular denúncias vazias e oportunista das pessoas jurídicas que pretendem desviar ou retardar a apuração de atos ilícitos que tenham praticado.

Ademais, a apresentação de proposta de leniência manifestadamente fraudulenta que desnatura seu principal propósito. Justamente por conter a vontade de enganar a administração pública, leva à necessidade, no caso de uma condenação por ato de corrupção, de aplicação de sanção mediante elevação inexorável da infração cometida art. 5º da lei 12846 de 2013. Afirma SANCHEZ.⁵⁵

Art. 5o Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

⁵⁵ SOUZA, Renee. SANCHEZ, Rogerio; **Lei anticorrupção empresarial.**: Editora: Juspodium, 2017, p. 123.

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Ressalta-se, que não é de se descartar a possibilidade de a pessoa jurídica ter que indenizar eventuais prejudicados pelos danos experimentados pela denúncia caluniosa, tudo sem prejuízo da apuração criminal dos responsáveis pela medida.

Desses dispositivos verifica-se a necessidade do acordo decorrer de

voluntariedade da pessoa jurídica em celebrar o Acordo de leniência, isto é, não seja fruto de coação.

I – A pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre o seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito.

A lei anticorrupção só permite seja celebrado Acordo de leniência com uma pessoa jurídica. No caso de haver vários sujeitos ativos, o acordo só favorecerá a primeira pessoa jurídica que manifestar interesse no Acordo. Segundo Thiago Marrara, a lei se refere:

“à existência de vedação de leniência múltipla que, de modo geral, é indicada pela presença da regra “first come, first serve” em certas leis, ou seja em certas , ou seja pela determinação de que a administração pública somente celebra a leniência com o primeiro infrator a se qualificar para colaborar no processo sancionatório, restando proibidas com outros coautores de conduta ilícita”⁵⁶

O dispositivo é inspirado no dilema dos prisioneiros e pressupõe que a confissão por um dos cúmplices gere benefícios incabíveis aos demais infratores do ilícito de modo que o estímulo para que um dos “prisioneiros” coopere com a autoridade seja superior à pretensão de manter-se em silêncio cooperando com os seus antigos aliados.

Assim, como o efeito proemial do acordo de leniência só é dado a primeira pessoa jurídica que manifesta interesse, os antigos laços que a uniam com outros cúmplices são enfraquecidos a ponto de serem rompidos. Abre-se uma corrida em direção a cooperação com a autoridade pública que será vencida pela primeira empresa que romper com o silêncio sobre o ilícito.

A possibilidade de leniência múltipla, na verdade, teria o efeito contrário da finalidade do instituto porque suas vantagens potenciais passariam a ser consideradas como variáveis no cálculo de riscos e bônus dos negócios (ilícitos) das pessoas jurídicas.

⁵⁶ SOUZA, Renee. SANCHEZ, Rogerio; **Lei anticorrupção empresarial.**: Editora: Juspodium, 2017, p. 126

A procuradoria Geral da república, no parecer emitido na ADIN n° 5466/DF, Sustentou:

Nesse caso haveria apenas benéfico para o infrator (pessoa física ou jurídica), sem ganho para a coletividade. Isso inverte por completo a lógica do acordo de leniência, que também deve resultar em benefício para a sociedade, não apenas para a parte privada

[...]

A celebração do acordo de leniência seria admissível para mais de uma empresa, desde que a primeira seja a única apta a receber o benefício maior (como redução ou remissão de multa e permissão para contratar e receber benefícios e incentivos do poder público) e a(s) outra(s), além de obter menor benefício (apenas redução da multa e não publicação extraordinária de decisão condenatória), deve(m) apresentar fatos novos, pois os primeiros fatos se pressupõe esclarecido pela primeira empresa celebrante, salvo se o acordo tiver sido mal negociado ou se tiver havido ma-fé dos representantes da pessoa jurídica participante. É indispensável que a contribuição da pessoa jurídica colaboradora propicie elementos inéditos para o estado, ainda não descobertos, não apenas para o órgão celebrante, que pode obter a prova com os outros órgãos por empréstimo ou cooperação e não por leniência.

Admitir que uma empresa receba benefícios em acordo de leniência em troca de informações de que o estado já disponha gera radical incoerência no sistema e permite que o investigado subverta a ordem das coisas, em seu exclusivo benefício”⁵⁷

Isso não impede eventuais confissões ou colaborações sejam levadas em consideração pela autoridade julgadora na dosimetria da pena, conforme prevê, o art. 7º, da mesma lei:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

- I - a gravidade da infração;
- II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- III - a consumação ou não da infração;
- IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;
- V - o efeito negativo produzido pela infração;
- VI - a situação econômica do infrator;
- VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

⁵⁷ STF. Decisão sobre ADI. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>. Acesso em: 27 fev 2019.

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;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Acertadamente ressaltam Carlos Henrique da Silva Ayres e Bruno Carneiro Maeda (ob. Cit. P. 246):

“Ademais, a redação desse dispositivo da lei permite a interpretação de que a proposta de acordo de leniência somente poderá ser apresentada pela pessoa jurídica antes do início de procedimentos para a apuração da responsabilidade e aplicação de sanções. Essa interpretação, entretanto, não deve ser aceita e as pessoas jurídicas devem poder celebrar acordos de leniência, ainda que após a instauração de procedimento para investigá-la, desde que os demais requisitos estejam preenchidos, afim de que sejam beneficiadas pelo reporte e por sua cooperação com as autoridades públicas.

A possibilidade de celebração de acordos de leniência mesmo após a instauração de procedimentos pelas autoridades faz sentido, pois, muitas vezes, as pessoas jurídicas tomarão conhecimento de atos lesivos cometidos por seus empregados ou terceiros agindo em seu interesse ou benefício somente quando tomarem ciência do procedimento iniciado para investigá-las outra possibilidade que deve ser levada em consideração é a da pessoa jurídica que identifica a eventual ocorrência de um ato lesivo e, de forma diligente, inicia uma investigação interna para apurar os fatos. Dependendo da natureza e complexidade dos fatos, essa investigação, interna pode demandar tempo para ser concluída. Posteriormente uma vez concluída a investigação interna ou tendo elementos sólidos sobre a ocorrência de atos lesivos (afinal, a pessoa jurídica, se for o caso, reportar para as autoridades, colaborando efetivamente com as investigações ”

A presteza na proposta de colaboração (se antes ou depois de iniciada a investigação), pode interferir nas consequências do acordo (maior ou menor redução da penalidade a ser imposta pela autoridade).

II – A pessoa jurídica investigada cesse completamente o seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo.

III – A pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo,

comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Essa regra é chamada de guilty plea (ou plea of Guilty) que possui importante fator de mudança de cultura comportamental em que para corrigir um erro é necessário que o responsável o admita, independentemente de a falha ter sido perpetrada em escalões superiores ou inferiores da gestão.

Entende-se, nesse aspecto, que a leniência importa em verdadeira confissão, ou seja, a empresa colabora admite sua participação e delata os demais concorrentes, fornecendo informações e documentos que comprovem o ato lesivo sob investigação, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A admissão de participação no ilícito opera efeitos processuais que, no processo civil, à luz do que dispõe o artigo 398 do CPC:

Art. 398. O requerido dará sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação.

Parágrafo único. Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade pode ser judicial ou extrajudicial, e significa que a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

A assunção do compromisso com a verdade não viola o princípio da não incriminação uma vez que, neste caso, a opção do acusado pela intervenção ativa importa renúncia do direito a manter-se em silêncio.

A legitimidade para a celebração do acordo de leniência é da autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

A controladoria-Geral da União CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do poder executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Segundo os autores SANCHEZ e SANTOS⁵⁸, os mesmos lamentam não ter o legislador previsto a participação do Ministério Público nos acordos de leniência, apesar de que essa situação possa ocorrer, principalmente nos casos em que o ato lesivo investigado se dá, no âmbito de uma organização criminosa. Sendo viável aos seus autores, pessoas físicas, a colaboração premiada na LEI de N° 12.850 de 2013, cooperação mais ampla do que a Leniência.

A não participação do Ministério público cria um clima de incerteza quanto a validade ou a eficácia do acordo.

A participação do órgão daria ao acordo garantias, principalmente diante de possível responsabilização dos fatos nas outras esferas, cuja atuação do MP é decisiva. Sobre a questão, registrou a procuradoria Geral da Republica:

“O modelo de acordo de leniência fixado pela medida provisória (MP 703/2015), pulverizado quanto aos órgãos autorizados a celebrá-lo e sem parâmetros e condições apropriadas fixadas na lei, sem adequados mecanismos de supervisão e sem participação necessária do Ministério Público, permite lesão aos valores da função social da propriedade e da livre concorrência”.

O entendimento é da Procuradoria-Geral da República em parecer enviado, nessa segunda-feira, 25 de abril, ao Supremo Tribunal Federal (STF), pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5466) proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra a norma.

A ação destaca que, ao prever que acordo de leniência celebrado com base na Lei Anticorrupção Empresarial produza efeito substancial na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), com afastamento total da responsabilização que se processa de forma autônoma na esfera cível, a norma colide com a vedação constitucional introduzida em 2001 exatamente para evitar alterações por essa via sem debate no Congresso Nacional sobre matéria que pode fragilizar a atuação do Ministério Público, principal instituição que atua em defesa do patrimônio público.

Em parecer, a procuradora-geral da República em exercício, Ela Wiecko, assinala que a medida provisória, além de não conter fundamentação mínima de urgência, não atende ao requisito formal inerente à provisoriedade da medida.

Portanto, a norma é formalmente inconstitucional porque fere os princípios constitucionais da finalidade e da eficiência da ação estatal, ao desfigurar na essência o instituto dos acordos de leniência.

Analisando o seu Mérito – Ao analisar o mérito, Ela Wiecko afirma que a

⁵⁸ SOUZA, Renee. SANCHEZ, Rogerio; **Lei anticorrupção empresarial.**: Editora: Juspodium, 2017, p. 129

Medida Provisória 703/2015 revogou a restrição prevista na Lei 12.846/2013, que permitia o acordo apenas com a primeira pessoa jurídica que nele manifestasse interesse. “Não se pode tratar a leniência como instituto de alcance geral, cujas vantagens potenciais possam vir a ser consideradas como variáveis no cálculo de riscos e bônus dos negócios das pessoas jurídicas”, explica.

Para Ela Wiecko, se qualquer pessoa, física ou jurídica, a qualquer momento, puder celebrar acordo de leniência, “não haverá incentivo a que se rompam os vínculos de silêncio e conivência que caracterizam, em grande medida, os ilícitos cometidos contra a administração pública envolvendo pessoas jurídicas (como nos casos de cartelização e fraude em concorrências, conluio em licitações e com agentes públicos etc.)”.

Segundo a representante do MPF No seu parecer, ela comparou o acordo de leniência com a colaboração premiada da esfera criminal. Se posicionando, como é necessário que, a cada proposta de acordo de colaboração fatos novos e desconhecidos do poder público, acompanhados das respectivas provas, sejam oferecidos à autoridade do Ministério Público responsável pela apuração, não se afigura relevante, para a elucidação do que já se saiba, cooperação que venha a ser prestada tardiamente, sem acrescentar revelações.

“Nesse caso, haveria apenas benefício para o infrator (pessoa física ou jurídica), sem ganho para a coletividade.

Isso inverte por completo a lógica do acordo de leniência, que também deve resultar em benefício para a sociedade, não apenas para a parte privada”, afirma.

Cumprir registrar que, segundo a instrução normativa do TCU de nº 74, de 11 de fevereiro de 2015:

Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei nº 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013.

o Tribunal de contas da união fiscalizará os procedimentos de celebração de acordos de leniência inseridos na sua competência.

O acordo de leniência deve ser celebrado por legítimo representante, assim

indicados pelo estatuto da pessoa jurídica. Não pode ser celebrado por qualquer empregado ou preposto sob pena de ineficácia do ato.

SANCHEZ fala a respeito dos efeitos, a celebração de contrato do acordo de leniência atua em duas penalidades administrativas diminuindo a multa e isentando a pessoa jurídica da penalidade de publicação da sentença condenatória nos meios de comunicação art. 6º, incs, I e II, respectivamente:

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

e uma sanção judicial, qual seja, evitar a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidade públicas, instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1(um) e máximo de 5(cinco) anos (art. 19, inc. IV):.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5o desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1o A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2o (VETADO).

§ 3o As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4o O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7o, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

O acordo de leniência nacional tem efeitos diferentes de outros acordos internacionais, pois a nacional não implica em imunidade absoluta como é na norte-americana.

A obrigação de reparar o dano causado pelo ato lesivo permanece, pois imprescritível de acordo com a nossa Constituição federal.

Portanto o rol de benefícios disponível para a empresa colaboradora são:

a) Redução da multa administrativa em 2/3

b) Ficar isento da penalidade administrativa de publicação da sentença

condenatória nos meios de comunicação.

- c) Evitar a Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Os benefícios serão aplicados gradativamente à eficácia e ao resultado obtido a partir da colaboração decorrente do acordo de Leniência.

Essa restrição aos efeitos do Acordo de leniência é coerente com o disposto no artigo 30 da Lei 12.846 de 2013.⁵⁹

15 PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A RESPONSABILIDADE DIRETA E INDIRETA

Em se tratando de responsabilidade civil, a regra é que apenas o causador do prejuízo responda pelo ressarcimento devido, não podendo ser imputado a outrem/terceiro⁶⁰ tal dever.

É a chamada responsabilidade por fato próprio ou responsabilização de determinada pessoa por Fato Danoso cometido por terceiro, denominando-se esta situação de responsabilidade pelo fato de outrem ou responsabilidade indireta.

“[...] na responsabilidade por fato de outrem Há, na realidade, o concurso de duas responsabilidades: a do comitente ou patrão e a do preposto. A primeira é objetiva, porque o comitente é garantidor ou assegurado das consequências danosas dos atos do seu agente; a do segundo é subjetiva, porque embora desnecessária a culpa do civilmente responsável (comitente), é dispensável em relação ao agente, autor do fato material

⁵⁹ Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011.

⁶⁰ “Considera-se, então, terceiro qualquer outra pessoa, estranha a este binômio [agente vítima], que influi na responsabilidade pelo dano” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 378).

(preposto, agente, etc).”⁶¹

“Ressalta-se, porém, que a previsão legal não pode se dar indiscriminadamente ou de forma arbitrária, vez que constitui em exceção à regra da responsabilidade indireta.

Nesse sentido, é imprescindível para a imposição do dever de ressarcir por outrem que esse terceiro esteja de alguma maneira ligado ao causador do evento danoso, ou seja, que haja algum vínculo jurídico entre o terceiro e o autor do dano, resultante de um dever de guarda, vigilância ou custódia” entende Luis Irapuã Campelo Bessa Neto⁶².

Desta forma, disciplinou o art. 923 do código civil, em seu inciso III, que são responsáveis pela reparação civil “o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Em complemento, assegurou o artigo 933 do mesmo diploma:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos

que a responsabilidade dos indicados no artigo anterior é objetiva com relação aos atos praticados pelos terceiros referidos, ou seja, independente de culpa.

Nesse Sentido CAVALIERI⁶³, se aprofundando mais a partir da análise do artigo 927, parágrafo único, do código civil e da teoria do risco, passou a entender que a responsabilidade da pessoa jurídica por ato de seus colaboradores se traduziria em efetiva responsabilidade direta, e não indireta.

A pessoa jurídica por atos de seus colaboradores se traduziria em efetiva responsabilidade direta, e não indireta ou seja a pessoa jurídica em sua atividade

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. São Paulo, Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 274-275).

⁶²NETO, Luis Irapuã Campelo, Aspectos Polêmicos e Atuais. 1; São Paulo; Ed. Casa do Direito, 2018, p 207).

⁶³ 9In: Programa de Responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p 284).

normalmente desenvolvida, ou nos casos previstos em Lei – casos que necessariamente devem guardar relação com a atividade da empresa – assumiria o risco pelo seu colaborador, sendo responsável pelos atos dele no exercício de suas funções.

Assim afirma NETO⁶⁴, muitas concepções decorreram da Teoria do Risco a fim de explicar o fenômeno, como a do risco criado, defendido por Caio Mario da Silva Pereira. Afirmava o Autor que, “Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver tomado todas as medidas idôneas a evitá-lo.

A passagem de Caio Mário é deveras oportuna. Extrai-se de sua lição que haveria a possibilidade de afastar a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, se houvesse prova de que todas as medidas idôneas tivessem sido adotadas, denotando sua tendência em não aplicar de forma indiscriminada a responsabilidade objetiva.”⁶⁵

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve resumo, o estado percorreu vários percalços, entre eles Guerra, Crime de lavagem de Dinheiro, quebra da bolsa de Nova York, tráfico de drogas até desaguar no controle do estado na esfera econômica pelo direito penal econômico.

Uma das Ferramentas utilizadas pelo Direito penal econômico foi o compliance que se resume a prevenção, detecção e resposta, pois foi observado que as instituições eram muito perigosas para o sistema econômico.

No Brasil veio com as Leis de Lavagem de Dinheiro e Lei anticorrupção e obteve destaque na ação penal 470, que pela primeira vez afetou a imagem do governo perante a população.

⁶⁴ NETO, Luis Irapuã Campelo, Aspectos Polêmicos e Atuais.; São Paulo; 1º Ed. Casa do Direito, 2018, p 209).

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva: Responsabilidade Civi. 11. Ed – Rio de Janeiro; Forense, 2016, p. 347.

Na referida ação aconteceu algo inédito também que foi a condenação do compliance office da referida empresa, sendo condenado por falta de observância e conviência com o esquema de corrupção praticado na empresa.

Deve se levar em consideração que o instrumento utilizado para almejar o resultado merece prudência, pois as poucas e infundadas posições a respeito de reconhecimento da falta de organização ou do defeito de composição ou funcionamento de compliance como violação de um dever e, portanto, como fonte de responsabilidade penal é imprudente para a pessoa jurídica, apontam no seguinte sentido: que apenas de uma forma heurística caberia falar de dolo ou imprudência de pessoas jurídicas.

Não caberia falar de uma participação imprudente de pessoa jurídica em ilícitos de pessoas físicas; a suposição de que o cumprimento das tarefas de compliance evitaria que um crime fosse praticado na instituição levaria a imputação baseado em conjecturas, pois isso não pode ser concretamente afirmado.

A Responsabilidade objetiva causa desconforto nos operadores de criminal compliance, nas empresas e no mundo acadêmico.

O receio de ser penalizado por atos de terceiro mesmo a empresa tendo um programa robusto de integridade.

A probabilidade do operador de compliance ser penalizado muito além da mera reparação do dano é muito séria, pois a empresa de certa forma tem uma blindagem pois está investindo no seu programa de compliance enquanto o “compliance office” fica muito mais exposto a qualquer deslize por algum terceiro.

No caso do profissional de compliance, a relação deve ser apurada a existência do dolo ou da culpa, porem quando estamos falando da empresa, não pode ser abordada de forma diminuta, pois como se pode auferir o dolo ou a culpa da pessoa jurídica.

No âmbito do compliance, como uma das medidas para que a empresa adote

uma sistemática de conformidade com a Lei, existe a figura do compliance officer.

Consiste no indivíduo responsável por estruturar todo esse programa, todos os mecanismos para que a empresa atue em conformidade com a lei. Entretanto, é possível que o empresário delegue àquele indivíduo toda a responsabilidade penal para que ele fique isento e não assuma risco algum?

Hoje temos a presença da Teoria do Risco, em que o empresário, no momento que decide criar a sua empresa, deve necessariamente assumir os vícios da atividade empresarial, porque, visando o lucro, a empresa geraria riscos da atividade que seus vícios deveriam ser arcados por ele, não podendo delegar-se a ninguém.

Há, entretanto, no caso do instituto do compliance a possibilidade de delegação da responsabilidade a um terceiro indivíduo, chamado de compliance officer, com finalidade de estruturação e identificação do cometimento de infrações delituosas dentro da empresa, mas o empresário não deixa de ter responsabilidade pelo seu dever de vigilância ao agente ao qual delegou a função, restando sempre um dever de vigilância residual por parte do empresário.

Esse empresário poderá ser responsabilizado por conduta de omissão imprópria, caso seja praticado conduta infracional no âmbito externo da empresa e ele tenha falhado com seu dever de fiscalização, ainda delegando a responsabilidade de identificação de delitos, permanece para ele o seu dever de fiscalização aos seus subordinados.

Diante das opções apresentadas pode observar um esforço para enquadrar condutas que enquadrem a culpa de uma empresa por exemplo, com o intuito de afastar a responsabilidade objetiva e fatalmente justificar a imposição da pena no campo dos crimes corporativos.

O mesmo empenho deve ser observado em relação a responsabilidade empresarial pelos crimes que estão contidos na lei 12.846 de 2013. Não se pode questionar a qualidade e a quantidade das penas, os contornos dos ilícitos e por fim o bem jurídico tutelado. A lei trata de Crimes e traz sanções, portanto não se pode

falar de responsabilidade objetiva nessas circunstâncias.

Não parece legítimo a imposição de uma pena, ou uma sanção, para ir além da mera reparação, sem que não seja apurado a constatação de alguma intenção ou mesmo de negligência por parte do profissional no que merece repreensão, sem contar que pode se caracterizar diversas possibilidades de nexos por construções dogmáticas.

A lei em destaque, provisiona a responsabilidade objetiva no que cerne a empresa, ou seja, mesmo que a empresa não tenha o ânimo delitivo, provisione em seu sistema de conformidade e investigação para qualquer delito, funcionando dentro de rigoroso padrão ético, a mesma sofrera sanções.

Pode se observar que mesmo a corrupção tenha sido apurada e informada aos órgãos públicos competentes, será aplicada a pena porém com uma atenuante prevista no art. 7º da lei, ou até uma possível minorante, caso seja cumprida e firmado um acordo de leniência, como prevê o art. 16º. C

Com isso, as instituições financeiras foram pressionadas a adotar reestruturações estratégicas, tecnológicas e organizacionais, fortalecendo políticas de controle interno, mais conhecido como sistema de *compliance*.

Questiona-se a efetividade de alguns institutos da lei porque não faz acordo à Pessoa Física, como por exemplo, o acordo de leniência previsto no Projeto de Lei 3636/2015.

Ora, se o representante, diretor, sócio de determinada empresa faz um acordo de leniência e a Pessoa Jurídica fica isenta ou reduz a sua responsabilização, mas nada em relação a isso é dito sobre a Pessoa Física que celebrou tal acordo, se questionando a respeito do alcance a ela ou não, no âmbito penal.

Em relação a isso, o comum é que estes realizem o acordo de leniência para “livrar” a Pessoa Jurídica das sanções e posteriormente realizar o instituto da

delação premiada para repercutir os efeitos na esfera da Pessoa Física, em face da ausência da menção à Pessoa Física no instituto do acordo de leniência.

A adoção desse mecanismo tem o intuito de possibilitar à Pessoa Jurídica que se tenha havido qualquer ato infracional contra a Administração Pública no seu âmbito interno de demonstrar que o ato foi um mero “acidente de percurso”, de forma que o *compliance officer* tenha adotado todos os esforços no sentido de evitar que isso aconteça, não podendo ser responsabilizado, uma vez que atuou com todos os mecanismos possíveis para evitar a ocorrência do fato delituoso.

Há uma transferência do Estado para o particular no que se refere à responsabilidade de adotar medidas de combate à corrupção e a infração penal.

O criminal compliance se refere à adoção de medidas, com o intuito de evitar riscos de ocorrência de crimes no âmbito da empresa (gestão de riscos criminais), inclusive para prevenir a possível responsabilidade penal de seus dirigentes – e tem sido visto como mais eficiente, para isso, do que somente a regulação estatal.

Os crimes a se prevenir podem ser de várias naturezas (*criminal compliance setorial*). Lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo são os mais frequentes mencionados, mas ainda há ponto de vista de crimes praticados desde a empresa) os acidentes laborais, os crimes ambientais, as fraudes em geral, crimes contra o consumidor e crimes tributários. Na realidade não o têm: eles agem no interesse e no cumprimento.

Repara-se que os atos de corrupção possuem carga penal, sendo certo que a intenção da lei anticorrupção, sem sombra de dúvidas seja punir, sancionar, o responsável. Não se pode admitir, nesse viés, a aplicação da teoria do risco como subsidio para a aplicação de sanção pelo poder público aos profissionais de compliance.

Por conseguinte, não sendo possível a aplicação da teoria do risco, e consequentemente da responsabilidade direta da empresa – o que conduziria a hipótese do artigo 932, inc II, do CC, O ato corrupto praticado pelo colaborador, em

violação expressa às normas da empresa e da legislação, consubstanciaria em ato danoso absolutamente estranho ao serviço e atividade, tanto da empresa quanto das atribuições do empregado, até este fora da normalidade do trabalho. Quanto à possibilidade de exoneração de responsabilidade do empregador, em referência ao artigo 932, inciso III, do código Civil.

REFERÊNCIAS

A função de compliance no setor bancário em nível internacional: ABBI. Função de Compliance. Disponível em <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>. Acesso em 15 de Dezembro de 2018.

A Convenção sobre o Combate da Corrupção em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE): CGU. Tema central é "Corrupção entre funcionários". Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/ocde/>> Acesso em 15 de Dezembro de 2018

BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal Compliance. Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BUJÁN-PÉREZ, Carlos Martínez. El delito de defraudación tributaria. Tradução livre. Revista Penal. n. 1, 1998.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013,

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. ... 4. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Américo Taipa de. Direito Penal - Parte Geral - Questões fundamentais - Teoria Geral do crime, 2ª edição, Coimbra: Editora, 2008,

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. São Paulo, Ed. São Paulo: Atlas, 2015).

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (coordenadores). Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Cf. entre outros, LEITE, Paulo Moreira. A outra história do mensalão. As contradições de um julgamento político. São Paulo: Geração, 2012passim. FALCÃO, Joaquim (org). Mensalão. Diário de um julgamento. Supremo, mídia e a opinião pública. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2013, passim.

Cf. SSILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim IBCCrim n. 246.

Cf. SSILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal Compliance: os limites da cooperação normativa quanto a lavagem de dinheiro. Revista de Direito Bancário e do Mercado de capitais n. 56, 2012, p.

FEBRABAN. Disponível em <<http://www.febraban.org.br/7rof7swg6qmyvwjcfwf7i0asdf9jyv/sitefebraban/funcoescpliance.pdf>> Acesso em 19 de janeiro de 2019.

FERREIRA, Eduardo Magalhães. Conceito, evolução e autonomia do direito penal econômico. Revista Virtu@l (Faculdades Milton Campos. Online). Minas Gerais, 2013, v. 11

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A ciência do Direito. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006,.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Função Social da dogmática Jurídica. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1980, p.195-200.

FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 8ª ed. São Paulo: RT, 2007,

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004,

GRECO, Luis; Assis, Augusto. O que significa a teoria do domínio do Fato..., p 108.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 4.ed Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (coordenadores). Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio Janeiro: Elsevier, 2013.

MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008.

MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil. Consolidação e Perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008.

O IV Fórum Global de Combate à Corrupção (IV FG): CGU. tema central é "Das Palavras à Ação". Disponível em <http://www.cgu.gov.br/ivforumglobal/pt_br/html/sobre.htm.> Acesso em 15 de Dezembro de 2018.

NETO, Luis Irapuã Campelo, Aspectos Polêmicos e Atuais. 1; São Paulo; Ed. Casa do Direito, 2018).

ORTIZ, Mariana Tranches. Concurso de agentes nos Delitos Especiais. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da USP.

PEREIRA, Caio Mario da Silva: Programa de Responsabilidade Civil. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015).

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. Responsabilidade penal na lei brasileira de lavagem de capitais: a ilegitimidade da atribuição da condição de garante aos agentes financeiros. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

QUEIROZ, Paulo. A teoria do domínio do fato segundo Roxin, out. 2014. Artigo. Disponível em < <http://www.pauloqueiroz.net/a-teoria-do-dominio-do-fato-segundo-roxin/> > Acesso em 06 Mar. 2019.

RIZZO, Maria Balbina Martins de. Prevenção à Lavagem de Dinheiro nas Instituições do Mercado Financeiro. São Paulo: Trevisan Editora, 2013.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://prope.unesp.br/cic/admin/ver_resumo.php?area=100080&subarea=24036>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

SAAVEDRA, Giovani, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/257-218-Janeiro-2011>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

SAAVEDRA, Giovani, Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/257-218-Janeiro-2011>. Acesso em 22 de janeiro de 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal - Parte Geral – 5ª ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SANCHEZ, Rogerio. Lei anticorrupção empresarial: Editora: Juspodium, 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA-SANCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa. Tradução livre. Espanha: Editora: B de F, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo apud BOCK, Dennis. In: Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHUTHERLAND, Edwin H “Crime and business” The annals of American Academy of political and social sciene, 1941, v.217,112.Cf também de mesmo autor:”White-collar criminally”, american Sociological Review, V. 5, n°1, 1940.

SOUZA, Renee. SANCHEZ, Rogerio; Lei anticorrupção empresarial: Editora: Juspodium, 2017.

STF. Decisão sobre ADI. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=309436>. Acesso em: 27 fev 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.