

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



***CRIMINAL COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA AMBIENTAL**  
**a propósito da responsabilidade penal de empresas**

**RENATA MACHADO SARAIVA**

**Dissertação**

**Mestrado Científico em Direito**

**Área de Especialização em Ciências Jurídico-Ambientais**

**2015**

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



***CRIMINAL COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA AMBIENTAL**  
**a propósito da responsabilidade penal de empresas**

**RENATA MACHADO SARAIVA**

**Orientação pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes**  
**Mestrado Científico em Direito**  
**Área de Especialização em Ciências Jurídico-Ambientais**

**2015**

**RENATA MACHADO SARAIVA**

***CRIMINAL COMPLIANCE* COMO INSTRUMENTO DE TUTELA AMBIENTAL  
a propósito da responsabilidade penal de empresas**

**Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Ambientais.**

---

**Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes (Orientador) - FDUL**

---

**(Presidente)**

---

**(Argüente)**

---

**(Vogal)**

**2015**

*“(...) everything is connected to everything else”*

Rachel Carson – Silent spring, 1962

## RESUMO

Este trabalho pretende confirmar se os programas de *criminal compliance* podem ser considerados instrumentos jurídicos de proteção ambiental. Para tanto, busca fundamentação no entorno destes mecanismos, a partir dos motivos que deram causa ao seu surgimento, dos seus objetivos no âmbito da responsabilidade penal de entes coletivos, destacando quais organizações (privadas e/ou públicas) têm condições de implementá-los e quais não estão aptas, dos seus limites de alcance judicial em função dos diferentes modelos de responsabilização criminal de empresas, bem como dos requisitos para que sejam considerados programas efetivos na prevenção de riscos gerados pelas próprias empresas e no fomento da ética. Estes requisitos são analisados de forma individualizada no trabalho, com o escopo de identificá-los, na medida do possível, com medidas de cunho ecológico. Pontos de encontro entre os programas de *criminal compliance* com as técnicas de proteção ecológica são pesquisados nos fatores que lhes deram origem e nas consequências da sua implementação, no intuito de justificar a correlação com a proteção do ambiente - notadamente no que diz com o fenômeno da autorregulação (como uma das causas) e com a constatação de que as empresas podem servir como meio de disseminação da conscientização ambiental, especialmente através das arestas de desenvolvimento da própria ética empresarial (como uma das consequências).

**Palavras-chave:** programas de *compliance* – responsabilidade penal – entes coletivos – proteção ambiental – autorregulação – ética empresarial

## ABSTRACT

The aim of this work is to assess whether criminal compliance programs can be considered legal instruments for environmental protection. In order to do so, it searches justifications in the foundations of criminal compliance programs, analyzing: the background that led to their development; their goals within the criminal liability of collective entities, highlighting the types of organizations (private and/or public) that are able to implement them and those that cannot; the range of their judicial reach depending on different models of corporate criminal liability; and the requirements to consider this type of programs effective in the prevention of risks generated by companies themselves, as well as in the promotion of business ethics. The analysis of these requirements is undertaken individually, to allow for the identification, as far as possible, with ecologically oriented measures. Points of synergy between criminal compliance programs and environmental protection techniques are researched in the origins of these instruments, as well as in the consequences of their implementation. Special attention is devoted to the self-regulation phenomenon (as a cause) and to the fact that companies can serve as means to spread environmental awareness, especially through the development of their own business ethics (as a consequence).

***Keywords:*** *compliance programs – criminal liability – collective entities – environmental protection – self-regulation – bussiness ethics*

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>10</b> |
| <b>CAPÍTULO I – PONTOS DE ALINHAMENTO: PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> E RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL</b> .....                                      | <b>13</b> |
| 1.1. SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> .....  | 13        |
| 1.2. FINALIDADES DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE EMPRESAS .....  | 19        |
| 1.3. EMPRESAS DESTINATÁRIAS DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> .....   | 22        |
| 1.3.1. EMPRESAS DE DIREITO PRIVADO .....  | 22        |
| 1.3.2. EMPRESAS DE DIREITO PÚBLICO .....  | 25        |
| 1.4. LIMITES DE ALCANCE JUDICIAL DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> EM RAZÃO DOS DIFERENTES MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE EMPRESAS ..... | 29        |
| 1.4.1. MODELO DE HETERORRESPONSABILIZAÇÃO – <i>VICARIOUS LIABILITY</i> .....  | 31        |
| 1.4.2. MODELO DE AUTORRESPONSABILIZAÇÃO – DEFEITOS DA ORGANIZAÇÃO .....   | 36        |
| 1.4.3. MODELO MISTO .....   | 42        |
| 1.5. HIPÓTESES LEGAIS DE APLICAÇÃO JUDICIAL DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> .....   | 46        |
| 1.5.1. COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL .....   | 46        |
| 1.5.2. COMO ATENUANTE DE SANÇÕES PENAIS .....   | 49        |
| 1.5.3. COMO SANÇÃO PENAL E COMO ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EMPRESA .....  | 51        |
| 1.6. REQUISITOS DE EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> .....  | 53        |

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO II – PONTOS DE DELIMITAÇÃO: <i>COMPLIANCE</i> E DIREITO PENAL AMBIENTAL DE EMPRESAS</b> .....   | 62  |
| 2.1. MANIFESTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL .....   | 62  |
| 2.2. REQUISITOS MÍNIMOS DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO AMBIENTAL: PONTOS FORTES E FRACOS .....                          | 67  |
| 2.2.1. AVALIAÇÃO E GESTÃO DE RISCOS .....   | 70  |
| 2.2.2. CÓDIGOS DE CONDUTA E POLÍTICA DE GESTÃO AMBIENTAL .....  | 78  |
| 2.2.3. SISTEMAS DE SANÇÕES INTERNAS DIRECIONADAS À PROTEÇÃO AMBIENTAL .....   | 83  |
| 2.2.4. SISTEMAS DE INVESTIGAÇÕES INTERNAS .....   | 87  |
| 2.2.5. MECANISMOS RELACIONADOS À INFORMAÇÃO - O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR</i> E OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR .....   | 95  |
| 2.2.6. MÉTODOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> .....   | 102 |
| 2.2.7. CERTIFICAÇÕES E ECOAUDITORIAS .....  | 107 |
| 2.2.8. SISTEMAS DE MANUTENÇÃO E DE APRIMORAMENTO PERIÓDICO DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> – A BUSCA PELA “MELHOR TECNOLOGIA DISPONÍVEL” .....        | 113 |
| <br>  |     |
| <b>CAPÍTULO III – PONTOS DE ENCONTRO: AFLUENTES E EFLUENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL</b> ..... | 116 |
| 3.1. AFLUENTES PARA O SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE .....  | 116 |
| 3.1.1. RESPONSABILIDADE SOCIAL E <i>CORPORATE GOVERNANCE</i> .....  | 117 |
| 3.1.2. FENÔMENO DA AUTORREGULAÇÃO (REGULADA) .....  | 124 |
| 3.1.3. DÉFICE LEGISLATIVO: CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS PENAS AMBIENTAIS .....  | 136 |

|   |            |
|---|------------|
| 3.2. EFLUENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E A PROTEÇÃO AMBIENTAL.....         | 143        |
| 3.2.1. PRIVATIZAÇÃO DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL, DO PROCESSO PENAL E DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL..... | 143        |
| 3.2.2. DESENVOLVIMENTO DE TÉCNICAS E ESTÂNDARES DE NORMALIZAÇÃO: O RISCO PERMITIDO EM DIREITO PENAL .....       | 148        |
| 3.2.3. ÉTICA EMPRESARIAL E CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL.....   | 160        |
| <br>  |            |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>169</b> |
| <br>  |            |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>177</b> |

## INTRODUÇÃO

Com origem num fenômeno inovador de modificação das estratégias de intervenção estatal na esfera privada, os programas de *criminal compliance* representam um dentre os vários instrumentos da chamada autorregulação. Trata-se do repasse aos privados de funções de regulamentação próprias do Estado, em função do aumento da complexidade social, do desenvolvimento técnico e científico, da profissionalização dos sistemas e da globalização das estruturas empresariais.

Característicos em desenvolver regras de autocontrole e de autoprevenção de riscos gerados pelas atividades empresariais, estes programas, no âmbito do direito penal, são tratados como medidas modernas e cooperativas (entres as empresas e as autoridades públicas) de controle da criminalidade, sob a lógica de que as organizações podem abarcar e gerar fatores criminógenos no decorrer da suas atividade e, com isto, estarem sujeitas à sanção criminal.

Foi natural, neste contexto, que o surgimento dos programas de *criminal compliance* ocorresse no campo das práticas de prevenção de crimes econômico-financeiros, notadamente em busca do fomento da ética nas relações empresariais, através de práticas anticorruptivas e contrárias aos delitos que afetam o mercado de valores. Especialmente porque estes programas adaptam-se bem às estruturas das organizações cotizadas, nas quais há uma separação característica entre a gestão da sociedade e a sua propriedade em sujeitos distintos, exigindo práticas éticas e de transparência na condução das atividades.

Entretanto, dentre as justificativas para a responsabilização penal dos entes coletivos costuma estar presente o argumento de que são as empresas os principais agentes de destruição ambiental, especialmente tratando-se de multinacionais e das atividades consideradas potencialmente perigosas. A partir desta afirmação, a tutela penal ecológica deve voltar-se sempre e atentamente para estes agentes coletivos. Contudo, as tentativas de repressão desta criminalidade coletiva têm-se mostrado infrutíferas ao longo dos anos.

Seguindo estas premissas, este trabalho pretende aproximar as características dos programas de *criminal compliance* da proteção ambiental, a fim de verificar se estes instrumentos de autorregulação privada podem servir à tarefa, que é de todos, de proteção do meio ambiente.

O intuito é confirmar se os programas de *criminal compliance*, sendo mecanismos de prevenção e de controle de riscos e de fomento da ética empresarial, prestam-se à efetiva proteção ecológica. Especialmente sob a desconfiança de que estes mecanismos podem ser utilizados por empresas mal

intencionadas como mera cosmética e, assim, servirem de escudo ao incentivo e/ou tolerância de empresários ao cometimento de condutas delituosas.

Para tanto, começamos identificando pontos de alinhamento que situem os programas de *criminal compliance*, explorando algumas breves referências sobre o seu surgimento no campo do direito penal, basicamente a partir de escândalos econômico-financeiros com grandes empresas americanas, a seguir trabalhando a influência destes programas no ponto específico da responsabilidade penal das empresas, delimitando a quais organizações adaptam-se melhor (em função da sua natureza - entes coletivos públicos e privados - e do seu tamanho - multinacionais, médias e pequenas empresas).

A seguir, analisamos os limites de alcance judicial deste programas de controle, em função dos diferentes modelos de responsabilização penal de empresas (modelo de heterorresponsabilização, modelo de autorresponsabilização e modelo misto), e, na mesma linha, identificamos as hipóteses legais de sua aplicação judicial: desde a utilização como argumento de afastamento da responsabilidade criminal das empresas; ou como atenuante da sanção penal imposta às empresas; até servirem de conteúdo da própria sanção penal ou dos acordos de cooperação entre os privados e a Administração Pública.

Partimos da afirmação de que em qualquer uma destas hipóteses de aplicação e alcance judiciais, os programas de *criminal compliance* tem de ser efetivos para que sejam considerados no mundo jurídico. Efetividade, neste contexto, significa a credibilidade destes instrumentos na prevenção e no controle de riscos atrelados à atividade empresarial. Assim, ao final da primeira parte do trabalho, esmiuçamos conceitos que possam dar consistência à esta característica inarredável.

Na segunda parte do trabalho, partimos desta contextualização e caracterização jurídica dos programas de *criminal compliance* para testá-los no âmbito da proteção ambiental, primeiro com um breve relato das suas sutis manifestações no campo ecológico, partindo para a delimitação dos requisitos essenciais ao aceite destes instrumentos no mundo jurídico: (i) a avaliação e gestão de riscos – dando ênfase ao caso das atividades potencialmente perigosas; (ii) os códigos de conduta e a política de gestão ambiental; (iii) os sistemas de sanções internas; (iv) os sistemas de investigações internas; (v) os mecanismos relacionados à informação produzidas pela e para a empresa; (vi) os métodos de institucionalização dos programas de *criminal compliance*; (vii) as certificações e as ecoauditorias (internas e externas); e, por fim, (viii) os métodos de manutenção e de aprimoramento destes programas, com destaque à sua atuação na busca pela “melhor técnica disponível”.

Esta análise pormenorizada é feita tanto no aspecto narrativo das características de cada um destes elementos básicos, quanto analítico, na perspectiva do direito penal e da proteção do meio ambiente, tentando identificar influências positivas e também problemas de encaixe em cada um destes sistemas.

Delineados estes apontamentos, passamos à terceira e última parte do trabalho, que é a comprovação de pontos de encontro entre o uso destes programas de *criminal compliance* e a proteção do meio ambiente, através da convergência dos seus afluentes (causas) e efluentes (consequências).

Os afluentes vêm representados pelo reconhecimento de uma responsabilidade social das empresas e de princípios de *corporate governance*, pela força modificadora do fenômeno da autorregulação na atuação dos privados em relação à prevenção de riscos e pelas características típicas das normas penais ambiental. Já os efluentes espelham a questão problemática da privatização de funções investigativas e sancionadoras, a delimitação pelos particulares de regras de conduta, padrões de segurança e qualidade dos produtos e serviços e até mesmo dos deveres de cuidado e do risco penalmente admitidos, e, por derradeiro, o reconhecimento das sociedades empresarias como veículos de disseminação de uma almejada consciência ambiental a partir dos contornos da ética empresarial.

## CAPÍTULO I – PONTOS DE ALINHAMENTO: PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E RESPONSABILIDADE PENAL EMPRESARIAL

### 1.1. SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

O instituto da responsabilidade penal de entes coletivos foi sendo moldado ao longo dos anos às diferentes expectativas sociais e às justificativas sobre a grande atuação das organizações no direcionamento da vida individual e coletiva. Várias fases demarcam a evolução deste instituto como medida de controle da criminalidade empresarial, desde a visão clara de que as características dos entes coletivos não permitiriam o seu encaixe nas regras do direito penal individual, até o abandono destes dogmas diante do aumento progressivo de poder das grandes empresas nos mercados de consumo<sup>1</sup>.

Ao longo destas tentativas quase que integralmente infrutíferas, foram registrados momentos de maior e de menor regulamentação, de turbulentas crises econômicas e financeiras<sup>2</sup> e da constante incapacidade das Autoridades Públicas em adentrarem as estruturas rígidas das organizações, com o que o Estado esteve sempre à margem da real situação de funcionamento das atividades empresariais.

---

<sup>1</sup> No âmbito do tratamento pelos tribunais da responsabilidade penal de entes coletivos, é válida a referência à decisão norteamericana *New York Central Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S., 481 (1909). Para comentários sobre a emblemática decisão, vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds – The Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.p.15 e ss. E, ainda, LAUFER, William; GEIS, Gilbert. *Corporate Crime and a New Brand of Cooperative Regulation*. (2002) *Cahiers de défense sociale [Cahiers de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste]*.pp.141 e ss.

<sup>2</sup> Comentários sobre este período, vide: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal – prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.p.12. Para citar alguns casos: (i) ENRON, uma das maiores empresas americanas de distribuição de energia no mundo, foi alvo de investigações em 2001 que chegaram à conclusão de que a empresa, aliada a bancos e à empresa de auditoria Arthur Andersen, teria manipulado os dados contábeis, escondendo um cifra de bilhões de dólares de prejuízo que, posteriormente, foram identificados como resultado de relações corruptas, vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, pp.38 e ss. (ii) ALSTOM S.A, empresa francesa acusada de pagamento de subornos em países como o Brasil, através de valores depositados em *offshores* em paraísos fiscais, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el derecho penal comparado*. In DEMETRIO CRESPO, Eduardo (director)/ MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.). *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*.Madrid: Editoral IBdeF, 2014.pp.481/494/496/501/502; (iii) SIEMENS, investigada nos Estados Unidos, mas também em diversos países como a Alemanha e a Itália, sendo acusada de pagamentos de subornos em países em desenvolvimento, na Rússia, na Venezuela, em Bangladesh, dentre outros, em troca de contratações locais.

Como resultado, percebeu-se que, para além de problemas estruturais e regulatórios dos sistemas econômico e financeiro, que para além das mudanças constantes de estratégia estatal na regulamentação dos mercados, e, ainda, para além da falta de instrumentalização das Autoridades Públicas para lidar com estes sujeitos coletivos, as organizações empresárias, de modo geral, tinham pouca adesão ao cumprimento normativo e que em sua grande maioria não desenvolviam padrões éticos de conduta para seus colaboradores.

Dentre as reações jurídicas a estas constatações está a busca por medidas que possam prever, prevenir e controlar os riscos gerados pela própria atividade econômica-empresarial<sup>3</sup>, a partir de uma lógica de coexistência entre modelos cooperativos de regulação (normas públicas e normas privadas) e a hipótese de criminalização dos entes coletivos, especialmente para que o direito penal mantivesse seu posto de *ultima ratio*. A ideia seria estimular que as organizações, ao assumirem os riscos de suas atividades e das ações de seus colaboradores, fizessem o máximo de esforço possível para cumprir a lei e para seguir padrões éticos preestabelecidos.

Concretizando esta busca, em 1984 surge nos Estados Unidos a *Sentencing Commission*, como um organismo autônomo do poder judicial e do próprio governo federal. O objetivo desta comissão era claramente diminuir as diferenças entre julgados, tão somente no âmbito da justiça federal e dando uniformidade e credibilidade às sentenças, tornando-as mais severas na dissuasão de condutas delitivas, castigando de maneira mais efetiva e justa. Com relação às responsabilidades penais coletivas, optou-se por um sistema híbrido que supostamente equilibrava os objetivos de um castigo justo – através da culpabilidade da organização – com os objetivos de dissuasão da criminalidade empresarial – através de incentivos de autorregulação.<sup>4</sup>

Em novembro de 1991, o Congresso norteamericano, sob forte *lobbying* das associações empresariais<sup>5</sup>, aprovou o *Chapter Eight* das *Sentencing Guidelines* elaborado pela *Sentencing*

---

<sup>3</sup> “(...) ello es casi inevitable porque la búsqueda de las causas de la crisis, por lo visto, no se detiene en argumentos puramente económicos, sino que extiende a los comportamientos de los gestores a los que se atribuye ‘un déficit moral’ y un alejamiento ‘de los fundamentos éticos’ que sólo tenía el objetivo de ‘lograr el máximo de beneficio’”, BACILALUPO, *Compliance y derecho penal* (...) op.cit., p.24.

<sup>4</sup> GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2006.p.65.

<sup>5</sup> LAUFER, William; GEIS, Gilbert. *Corporate Crime and a New Brand of* (...) op. cit., p.143. Segundo os autores, a promulgação destas diretrizes veio justamente num momento de insustentável insatisfação das empresas com o modelo de regulamentação “*command and control*” (sobre o qual falaremos mais adiante) dando espaço para um novo momento de cooperação entre as empresas e as autoridades públicas, de negociações, e de acordos de leniência e de anistia: “*In fact, corporations have little choice but to trade favors with authorities with the threat of significant Guideline-prescribed fines*”.

*Comission*<sup>6</sup>, um manual de diretrizes para a formulação de sentenças federais, especialmente no que se refere à imposição de penas. Estas diretrizes, hoje sem aplicação obrigatória<sup>7</sup>, constituíram uma verdadeira “*rivoluzione copernicana*”<sup>8</sup> em relação às finalidades de prevenção da pena criminal: “(...) *viene infatti applicato alla persona giuridica il modello ‘del bastone e della carota’ (carrot-stick model). Da una parte, il classico ‘bastone, cioè la minaccia di pene pecuniarie ancor più elevate che in passato; dall’altra, la giuridica tiene determinati comportamenti diretti a prevenire e scoprire i reati: se cioè adotta un ‘Compliance-program’*”.<sup>9</sup>

Estes programas de *compliance* materializam, assim, métodos de controle e de cumprimento da lei promovidos e implementados pelas próprias organizações, servindo para a criação de garantias de que não será criadora de riscos para os bens-jurídicos, através de condutas dos seus membros ou colaboradores.<sup>10</sup> Estes mecanismos também relacionam-se, desde a sua origem ainda, ao fomento da ética empresarial, pois no pano de fundo das *Sentencing Guidelines* havia uma filosofia *retributiva-preventiva-premiale*<sup>11</sup>, que punia por um lado e prevenia por outro, premiando as empresas que efetivamente adotassem medidas de prevenção e de controle.

---

<sup>6</sup> Versão atualizada disponível em [http://www.ussc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/index.cfm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/index.cfm) (acesso: março/15)

<sup>7</sup> Desde o caso *United States v. Booker*, 125 S.Ct. 738 (2005), determinou a Suprema Corte americana que a aplicação das *Sentencing Guidelines* não é obrigatória, pois o mandato de obrigatoriedade introduzido pelo *Sentencing Reform Act* violava a *Sixth Amendment*. Neste mesmo sentido, vide Nota de Rodapé 6: BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevidéo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.275.

<sup>8</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L’etica e il mercato – La responsabilità penale delle società*.Milano: Giuffrè Editore, 2002.p.35.

<sup>9</sup> Como descreveu de forma muito precisa GÓMEZ-JARA: “*Las Directrices fueron diseñadas, entre otras cosas, para modificar el comportamiento de las organizaciones mediante el incremento sustancial del coste asociado a la conducta empresarial indebida. Las Directrices crean fuertes incentivos para que las compañías prevengan, detecten e informan de las infracciones de la ley. El método es el de la ‘zanahoria y el palo’ (carrot and stick), de tal manera que los programas de cumplimiento efectivo son sugeridos como medio para atenuar la imposición de cuantiosas multas u otro tipo de sanciones. Sin embargo, pese a que no puede decirse que las empresas pueden ‘inmunizarse’ frente a los procedimientos penales, sí pueden adoptar medidas preventivas para disminuir no sólo la multa potencial, sino incluso el riesgo de procesamiento*”, vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...)* op. cit., p.70.

<sup>10</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e de seus dirigentes* In Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais.n.0.jul-dez. Almedina, 2014.p.80.

<sup>11</sup> “*Fu così che, nel 1991, gli americani giocarono la carta – agli occhi di tutti risolutiva – di una robusta ed esplicita iniezione di etica nelle imprese: la U.S. Sentencing Commission, istituita nel 1984, varò la riforma che si ispirava alla filosofia della carrot-stick, con previsione di altissime pene pecuniarie (bastone) e la contestuale previsione della riduzione di queste pene (fino all’ 80% e più) (carota) per le società che si fossero munite di programmi di autoregolamentazione (compliance programs), tesi a dar vita a comportamenti aziendali improntati a ben conosciute standards di etica individuale*”, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L’etica e il mercato (...)* op. cit., p.x-xi.

Neste aspecto, desde 1977, a *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*<sup>12</sup>, lei americana de combate à corrupção, representa um marco nos deveres empresariais, ao introduzir na gestão de empresas o incremento de práticas éticas e de mecanismos de cumprimento normativo.<sup>13</sup> Esta lei, ampliando os poderes da *Securities and Exchange Commission*, permitiu a intervenção extraterritorial desta Secretaria, abarcando sob a sua fiscalização práticas irregulares de todas as empresas com cotas na bolsa de valores americana, ainda que não tenham origem norteamericana, revelando-se o primeiro exemplo de nova *lex mercatória* na globalização<sup>14</sup>.

Fora dos Estados Unidos, mas seguindo técnica legislativa similar às *Sentencing Guidelines*, a Itália em 2001 (Decreto-Lei 231, art. 6.1) e o Chile em 2009 (Lei 20.393, art. 4) introduziram previsões de mecanismos de controle e de prevenção pelas empresas. Em 2010 o *Bribery Act*, no Reino Unido, cria um tipo penal de corrupção que seria praticado pelas empresas que não evitassem o pagamento em seu nome de subornos por seus trabalhadores ou colaboradores.<sup>15</sup>

A *defense* da organização ficaria a cargo de comprovar a implementação de mecanismos e protocolos efetivos na prevenção do ilícito identificado/suspeito. Sendo que no ordenamento inglês também foi prevista a aplicação extraterritorial da lei, estimulando a adoção destes instrumentos por multinacionais. Ainda, à diferença da lei americana, no *Bribery Act* foi previsto o tipo penal de corrupção entre privados.

Na Austrália, por sua vez, o art. 12.3(1) do Código Penal prevê a incriminação da empresa quando não evitou a comissão de delitos através de programas de controle, cujos padrões vêm

---

<sup>12</sup> A FCPA é a gênese da política criminal moderna contra a corrupção, “*es decir de la exigencia del sector privado de que se implique y responsabilice en la lucha contra la corrupción. El rasgo más conocido de esta norma es que se aplica únicamente a la corrupción realizada por el empresario, pero no por el funcionario público que ha cometido e delito. Aunque es una ley destinada a la represión dela corrupción internacional, en realidad su influencia se ha extendido a todo tipo de corrupción*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción (...) op. cit.*, p.194.

<sup>13</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.p.221.

<sup>14</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción (...) op. cit.*, p.195.

<sup>15</sup> “*La Bribery Act ha creado, como sabemos, una infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada. La opción del legislador ha sido aplicar esta infracción extraterritorialmente. Esta decisión facilita mucho las cosas porque ya no se vincula a la sanción de las personas que han actuado. Basta con saber que alguien en nombre de la empresa ha realizado el soborno. A partir de ahí lo decisivo para el proceso es demostrar si la entidad tenía o no un programa de prevención adecuado y para investigar esta cuestión hace falta poca cooperación judicial*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción (...) op. cit.*, p.208. Ainda sobre o Bribery Act, vide: AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *Bribery Act e o enfrentamento da corrupção* In Revista de Concorrência e Regulação. Ano III. n. 10. Abril-junho/2012.pp.195-221.

estabelecidos pela AS 3806-2006<sup>16</sup>. Na Espanha, a LO 5/2010 (reforma do Código penal) introduziu o art. 31 bis e com ele a responsabilização penal de entes coletivos, destacando, entre os critérios de imputação, a inexistência por parte da empresa de mecanismos de *due diligence*.

No Brasil, com redação dada pela Lei 12.683/2012, surge pela primeira vez a obrigatoriedade normatizada de adoção de políticas, procedimentos e controles internos, com aplicação restrita às entidades financeiras e correlatas (art. 10, inciso III). Em 2013, é promulgada a Lei 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, que no seu art. 7<sup>o</sup><sup>17</sup>, incisos VII e VIII, prevê sejam consideradas, no momento da sanção dos entes coletivos, a cooperação da empresa com as autoridades públicas na apuração das infrações<sup>18</sup> e 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 do ente coletivo<sup>19</sup>.

Regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, cujo Capítulo IV é dedicado exclusivamente aos “programas de integridade”<sup>20</sup>, a lei brasileira refere-se apenas às sanções administrativas e cíveis,

---

<sup>16</sup> Disponível em: [www.saiglobal.com](http://www.saiglobal.com) (acesso: março/15).

<sup>17</sup> Artigo 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; 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 X - (VETADO). Parágrafo único. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

<sup>18</sup> O inciso deve ser interpretado em conformidade com o artigo 16 do diploma que trata sobre os acordos de leniência: “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (...)”. Segundo o §2º do dispositivo, “a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do artigo 6º e no inciso IV do artigo 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável”.

<sup>19</sup> “A ideia da lei é implementar uma cultura de autofiscalização e autocontrole, diminuindo a praxe por vezes institucionalizada em algumas empresas de considerar a corrupção como parte do negócio. Nessa ideia de ‘compliance’ a empresa sancionada terá uma diminuição da sanção caso demonstre ter realizado treinamentos com seus funcionários no sentido de difundir boas práticas e a ética nos negócios”, vide comentários sobre a lei em CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coordenadores). *Lei Anticorrupção – comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.p.160.

<sup>20</sup> O referido Decreto 8.420/15 define em seu artigo 41 o conceito de programas de integridade: “(...) programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira”. Detalhando que deverá ser “(...) estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade” – parágrafo único. No artigo 42, traz o diploma parâmetros para a avaliação destes programas de integridade e (§1º) critérios de avaliação destes parâmetros em função das características de cada organização, da

sem repercussão direta no âmbito da responsabilidade penal das empresas<sup>21</sup>. Inclusive porque no Brasil, a única previsão de responsabilização penal de entes coletivos está na Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98).

Em Portugal, é no artigo 11.º/6 do Código Penal onde há uma abertura para que estes mecanismos de prevenção e de controle da atividade empresarial tenham relevância “na afirmação ou negação de um ilícito-típico coletivo e da culpa coletiva por este ilícito”<sup>22</sup>. Nos termos do referido artigo, a responsabilidade penal da pessoa coletiva ou equiparada será excluída quando o agente singular tiver agido contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (ou seja, da própria organização).

No âmbito comunitário, o projeto de diretiva (2007) 361, de 10/7/07 - *Solvency II* - trazia a necessidade de adoção de um sistema de controle preventivo em casos específicos, como no mercado de seguros, bancários e de instituições financeiras. Apesar do direcionamento a estes setores, a doutrina entende, de modo geral, que o texto traz importantes pontos de apoio para a implementação destes programas de controle e prevenção pelas organizações.<sup>23</sup>

---

sua atividade e do mercado em que está inserida, inclusive com diferenciação expressa no caso de pequenas empresas (§ 3º).

<sup>21</sup> Importa referirmos que no projeto do novo Código Penal brasileiro (Projeto de Lei do Senado 236/2012) há previsão de ampliar os tipos penais que possam ser imputados às empresas também no âmbito do sistema financeiro, da ordem econômica, da Administração Pública. Desta forma, o PLS nº 236, de 2012, dispõe na sua Parte Geral, Título II, artigo 41, que as pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a Administração Pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, ou seja, os delitos dispostos nos Títulos X – Crimes Contra a Administração Pública (arts. 271 a 324), XIII – Crimes Contra a Ordem Econômico-Financeira (arts. 348 a 387) e XIV – Crimes Contra os Interesses Metaindividuais – Capítulo I – Crimes Contra o Meio Ambiente (arts. 388 a 426), vide: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404) (acesso: fevereiro/15).

<sup>22</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...) op. cit.*, p.83. Ao contextualizar o tema no ordenamento português, a autora refere Acórdão emblemático da Redação do Porto de 27 de junho de 2012, cuja numeração é 7402/11.5TBMAI.P1, e tem como Relatora Élia São Pedro, e no qual o artigo 11.º/6 é mencionado de forma implícita e correta, segundo a autora, apesar de não constar no artigo 7º do Regime Geral de Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS) sobre o qual a decisão tratava. Segundo o acórdão, a pessoa coletiva somente poderia ser considerada responsável pelo fato contraordenacional se o agente tivesse atuado de acordo com instruções expressas da entidade, ou, no mínimo, de acordo com determinações gerais da entidade ou um plano de ação elaborado e traçado pelos diretivos da organização. Com isto, segundo a decisão, o agente seria apenas um instrumento de ação da entidade, do que a sua ação também poderia ser imputada aos órgãos da pessoa coletiva que definiram este modo de conduta. Nas palavras da autora, “o Acórdão assinala, correctamente, que não é o carácter expresso das ordens ou instruções contrárias à prática do facto que determina a exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica (...) Importante é sempre a cultura de fidelidade ao Direito (considerada a partir do concreto facto punível a imputar ao ente) implementada e impregnada na organização, funcionamento e actuação jurídico-económica da pessoa jurídica (...) O ilícito-típico colectivo só poderá ser imputado à culpa da pessoa jurídica, se nele se revelar uma atitude de contrariedade ou indiferença (culpa dolosa) ou de leviandade (culpa negligente) dace às exigências jurídico-penais no caso e em concreto relevantes”.

<sup>23</sup> BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.42.

No plano internacional, há algum tempo, organizações como o Banco Mundial<sup>24</sup> e o Banco Europeu de Investimentos<sup>25</sup> exigem dos entes interessados em financiamentos, a implementação de medidas de prevenção e de controle de condutas delituosas, como anticorruptivas, por exemplo.<sup>26</sup>

A voluntariedade das organizações em assumir suas responsabilidades, em cooperar com as autoridades públicas e em implementar programas de *compliance*, ou quaisquer outros mecanismos de prevenção e de controle das condutas perpetradas pelos seus colaboradores em nome da empresa, revela, em resumo, uma postura de *due diligence* por parte das organizações privadas, e que poderá servir como presunção, indício ou prova de que aquela empresa atua em conformidade com o direito, preserva os interesses e valores coletivos e guia-se por padrões éticos previamente estabelecidos.

## 1.2. FINALIDADES DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DE EMPRESAS

Nesta miscelânea normativa, as medidas de *compliance* servem, no âmbito do direito penal, para orientar a conduta empresarial de forma que a sua responsabilização não ocorra<sup>27</sup>. Todavia, o objetivo de uma organização ao implementar um programa de *compliance* não deverá ser exclusivamente o de escudar-se de responsabilizações, mas sim, o de cumprir com a legislação que lhe é imposta e o de fomentar o agir ético no decurso da sua atividade.

Quando estão em foco os riscos relacionados a fatos delituosos cometidos no âmbito da organização, e que representam a possibilidade de responsabilização criminal da empresa, o

---

<sup>24</sup> Em fevereiro de 2006, Organizações Financeiras Internacionais elaboraram em conjunto procedimentos para o combate à corrupção, apresentando documento intitulado *Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*, que foi revisado em janeiro/2011, e complementado, em 2012, com as *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Program-for-Results Financing*. Todos os documentos estão disponíveis no site do Banco Mundial: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/0,,contentMDK:22820585~menuPK:7703379~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:445634,00.html> (acesso: fevereiro/15).

<sup>25</sup> Documento elaborado, em outubro de 2011, pelo *European Investment Bank* chamado *Guide to Procurement*, especialmente os pontos 1.4 (*Ethical Conduct*) e 1.6 (*Transparency of Bank Activities*) disponível em [http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement\\_en.pdf](http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement_en.pdf) (acesso: fevereiro/15).

<sup>26</sup> NIETO MARTIN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal* In KUHLEN, Lothar/ PABLO MONTIEL, Juan/ URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.p.23.

<sup>27</sup> ROTSCHE, Thomas. *Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven – Vorbemerkung zu einer Theorie der sog. ‘Criminal Compliance’* In ZSTW,125 (3), 2013.p.487.

programa de *compliance* é cunhado pela nomenclatura de *criminal compliance* ou *compliance penal*<sup>28</sup>. A utilização destes instrumentos no âmbito da justiça penal representa um verdadeiro “giro en la orientación práctica tradicional del derecho penal aplicado a la actividad empresarial y los negocios”<sup>29</sup>, e isto ocorre, inclusive, nos países cujo ordenamento sequer prevê a responsabilização criminal contra entes coletivos, como por exemplo na Alemanha.

Thomas ROTSCH, ao tratar o tema, frisa que a meta destes programas de *criminal compliance*, além de evitar a pena ou o castigo (aos colaboradores ou às próprias empresas), é criar uma situação tal que nem mesmo haja a desconfiança de condutas contrárias ao direito no decurso da atividade em questão. Um dos objetivos destes instrumentos seria, portanto, blindar a empresa até mesmo da suspeita de comportamentos aparentemente ilícitos.<sup>30</sup>

A implementação destes programas permitiria, assim, identificar e, com antecedência, tomar medidas objetivas contra os riscos de violação de bens jurídico-penais para, então, determinar mecanismos de controle e de reação à ocorrência destes ilícitos. Com isto, desenvolvendo a legalidade das práticas empresárias – substancial e aparente –, conseqüentemente evitar-se-ia a comissão de delitos que pudessem resultar na responsabilização penal da empresa<sup>31</sup>.

Sob este esquadro, surge uma inovação substancial nas práticas de prevenção da criminalidade empresarial<sup>32</sup>. Não se trata de apenas prever condutas criminosas e agir para evitá-

---

<sup>28</sup> “La expresión *compliance penal* se entiende, por lo general, como la implementación y aplicación de medidas organizativas de prevención, que afectan a empresas concretas, destinadas a evitar la comisión de hechos delictivos en interés de éstas, como por ejemplo los delitos de corrupción o determinadas prácticas colusorias”, vide: KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal en Alemania* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.104.

<sup>29</sup> BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.44. No que também Lothar KUHLEN concorda, ao firmar que“(…) las circunstancias que lo hacen oportuno están vinculadas a cambios significativos no sólo en la realidad empresarial, sino también en el sistema de justicia penal”, vide: KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal en Alemania (...) op. cit.*, pp.91/92.

<sup>30</sup> “Ziel von Criminal Compliance ist dann aber nicht erst die Vermeidung von Strafbarkeit oder Bestrafung (des Unternehmensmitarbeiters oder ggf. des Unternehmens), sondern bereits die Verhinderung des Anscheins strafrechtswidrigen Verhaltens. Oder, juristischer ausgedrückt: Criminal Compliance aus Sicht des Unternehmens muss darauf gerichtet sein, schon den Verdacht der Straftatbegehung nicht entstehen zu lassen“, vide: ROTSCH, Thomas. *Compliance und Strafrecht (...) op.cit.*, p.487.

<sup>31</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.196.

<sup>32</sup> “A parte l’innegabile potenziamento della finalit  preventiva della pena, la principale ragione che induce una persona giuridica ad adottare un sistema disciplinare interno   quella di proteggere se stessa dai comportamenti dei dipendenti che commettono reati. Con la codificazione di un apparato di sanzioni interne, la persona giuridica

las, embora também se trate disto. O que muda com o *criminal compliance* é o conteúdo dos deveres de cuidado a que estão submetidas as empresas: a antecipação e a reação aos riscos de responsabilização penal, bem como a identificação de falhas no cumprimento normativo e na obediência aos valores estipulados pela própria empresa, no âmbito da sua auto organização e do seu autocontrole, de um agir diligente e ético.<sup>33</sup>

Sobre esta antecipação, atenta Thomas ROTSCH para a inexistência de um *compliance* originário: as medidas de prevenção de responsabilidade das empresas são sempre factuais e não jurídicas. São medidas orientadas a evitar a responsabilização penal conquanto possam de fato ser antecipadas.<sup>34</sup>

Ulrich SIBER, defende que o conteúdo destes programas está diretamente relacionado à prevenção de criminalidade nas empresas, pois alinham as obrigações e a regulação de responsabilidades dos diretores/administradores com determinados valores, “*y es que el influjo directo en el máximo nivel de dirección de la empresa, bajo puntos de vista de técnica organizativa, constituye el medio más efectivo para influir en la política de la empresa*”.<sup>35</sup>

---

*prende le distanze dagli autori dei reati, dimostra di non aver nulla a che spartire con loro, è in grado di provare la sua assoluta estraneità alla commissione di azioni criminose*”, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.131.

<sup>33</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...)* op.cit., p.215. Também para Thomas ROTSCH trata-se de um fenómeno de novidade, no sentido em que “*En la actual discusión sobre el contenido y la necesidad del Compliance se entremezclan con frecuencia cuestiones de responsabilidad con problemas específicos del Compliance. No obstante, si se distinguen consecuentemente unas y otras, se pone en claro que el Compliance representa por completo un nuevo objeto de trabajo de la Ciencia jurídica. El Derecho penal, en el ámbito del así llamado Criminal Compliance, en primer lugar debe delimitar el objeto de estudio del Derecho penal económico de los contenidos específicos del Compliance. Pudiendo hablar en términos generales de los contenidos del Derecho penal económico del Criminal Compliance, se deberían consecuentemente tomar así bajo el concepto de Criminal Compliance en un verdadero y limitado sentido sólo aquellas cuestiones que resultan precisamente de la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos.(...) El Criminal Compliance supone una nueva prueba más de que debemos definitivamente despedirnos de la idea de que existe un Derecho penal unitario y homogéneo capaz de solucionar todos y cada uno de los problemas de las sociedades modernas*”, vide: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. InDret.enero, 2012. p.9.

<sup>34</sup> ROTSCH, Thomas. *Compliance und Strafrecht (...)* op.cit., p.484.

<sup>35</sup> O autor parte de estudos da criminologia sobre a criminalidade econômica que apontam como especialmente relevantes à criminalidade empresarial a influencia da empresa na conduta dos seus trabalhadores, significa dizer, a atitude tomada pelos superiores hierárquicos no respeito a valores éticos, assim como a própria cultura organizativa. A partir do que a transmissão de valores empresariais, tal como propõem os mecanismos de compliance, tem grande importância na prevenção da criminalidade empresarial. Ao adotar valores estabelecidos nestes programas, a direção da empresa estaria contrariando técnicas de neutralização frente a condutas criminosas da parte dos trabalhadores, vide: SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adan. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.96. Refere, ainda, limites fáticos e jurídicos aos programas de *criminal compliance*. Dentre os limites fáticos estão os distintos objetivos entre os sistemas de regulação estatal e os sistemas de autorregulação (privada), pois para as empresas

O *criminal compliance* surge, neste esquadro, como um mecanismo de transformação da ética empresarial, de cumprimento da legislação e, também, como objeto de defesa da empresa, que demonstra seu esforço em cumprir a lei e agir de modo ético.

Dito isto, entendemos que a disseminação dos programas de *compliance* criminal depende não só da postura assumida pelas organizações e de seu interesse em efetivamente implementar medidas de prevenção e de controle dos riscos a que dão causa, mas, em boa parte, da postura adotada pelas próprias autoridades públicas, na aplicação da lei penal e, ainda, da boa vontade do próprio legislador. Ou, nas palavras de António LASCURÁN, dependerá que estas autoridades façam as coisas bem feitas, sendo que “(...) *hacer las cosas bien es penar a las empresas que las hacen mal: que no controlan la comisión de delitos a su favor o que lo hace de un modo aparente. Pero hacer las cosas bien es también no imputar, acusar o condenar a las empresas que están bien organizadas para la prevención del delito de empresa. La punición objetiva en estos casos es, amén de inconstitucional, un nocivo mensaje a las empresas acerca de la inutilidad de su inversión en prevención penal*”.<sup>36</sup>

### 1.3. EMPRESAS DESTINATÁRIAS DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

#### 1.3.1. EMPRESAS DE DIREITO PRIVADO

Como vimos, é da gênese destes programas de *compliance* que sejam desenvolvidos e aplicados pelas próprias empresas. Contudo, estes instrumentos não se confundem, embora se pareçam, com as regras de gestão empresarial. Teresa QUINTELA DE BRITO é certa neste ponto: as regras de organização objetivam o funcionamento cotidiano das empresas no desenvolvimento de sua atividade econômica específica, enquanto o *compliance* é implementado

---

impedir a criminalidade e a sua persecução criminal é apenas um dentre muitos objetivos. Quanto aos limites jurídicos, segundo o autor, além da efetividade destes programas, deve-se avaliar se e em que medida as garantias penais clássicas (princípio da culpabilidade, a presunção de inocência e a não autoincriminação) poderiam ser transferidas para estes sistemas privados de sanção, (p.100).

<sup>36</sup> LASCURÁN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adan. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.133.

para criar garantias de que esta organização, regida pelas suas regras, não será criadora de riscos para bens jurídicos.<sup>37</sup>

Embora sejam sem sombra de dúvidas conceitos distintos, é justamente nos modelos de organização que vamos encontrar pistas para a formatação dos programas de *compliance* e até mesmo para a sua necessidade/possibilidade. Neste ponto, Raquel MONTANER FERNÁNDEZ é responsável por contribuição inigualável quanto às formas de gestão empresarial e seus efeitos na responsabilização penal.

Nos termos adotados pela autora<sup>38</sup>, dentre os elementos que configuram a organização empresarial, um dos principais é a sua forma de gestão, que se rege segundo três princípios organizativos: o princípio da hierarquia que, no caso de um modelo centralizado de gestão, manifesta-se de forma mais rígida do que nos modelos de gestão descentralizada; o princípio da divisão do trabalho, que envolve a distribuição de funções e de competências, determinadas pela complexidade da atividade empresarial; e, com destaque, a delegação de funções, como instrumento organizativo que nos modelos centralizados manifesta-se de forma limitada (já que neste caso as faculdades de decisão estão concentradas em uma única pessoa ou num único grupo), enquanto nas empresas com gestão descentralizada, a divisão do poder de decisão leva ao aumento de autonomia dos seus colaboradores e à maior dificuldade em identificar os responsáveis por fatos ilícitos.

Neste contexto, também têm destaque os casos de separação entre gestão da empresa e titularidade de patrimônio, inerente às organizações com capital aberto. Estas formas de estrutura organizacional condicionam a necessidade de que as regras de transparência, de repasse de informações e de controles internos previnam a infração de normas, através da escolha de responsável – sujeito ou órgão – pela administração de riscos, dos sistemas de documentação e de informação, da análise periódica de riscos e da criação de normas de ética e de condutas, como os códigos éticos, por exemplo.

---

<sup>37</sup> “As regras de organização da pessoa jurídica são as que estabelecem competências, papeis, funções, procedimentos, políticas ou objectivos de produção de bens ou serviços e de contratação pessoal, metas ou tectos de produção, metas de redução de custos e de aumento de benefícios, etc. Nelas está em causa a organização e funcionamento quotidianos da pessoa colectiva para o desenvolvimento da sua específica actividade económica. Diferentemente, as regras de Compliance ou ‘bom governo corporativo’, i.e., os códigos éticos empresariais ou programas de cumprimento do direito, incidem sobre a organização já existente e destinam-se a criar garantias de que essa organização não será criadora de riscos para os bens jurídicos, através de condutas de seus membros ou colaboradores”, vide: BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...)* op. cit., p.79.

<sup>38</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2008.p.115.

Também a dimensão de cada organização é fundamental para decidir se devem e, ainda, de que forma devem, ser aplicados os programas de *compliance*, pelo custo que demandam<sup>39</sup> e pelo tempo de envolvimento e esforço necessário de todos os colaboradores, especialmente dos dirigentes de alto escalão. Ademais, da forma como surgiram e com os propósitos que têm, certo é que os *compliance programs* parecem moldados às grandes empresas, às empresas globais. Vejamos que as empresas multinacionais possuem um desafio quase intransponível nos dias de hoje: adaptar-se às múltiplas legislações pelo mundo, que contam com sistemas de base totalmente diferentes (ex: *common law* e *civil law*).

É comum que estas grandes organizações dispendam muitos valores com núcleos jurídicos voltados ao controle de processos e à consultoria para negócios em diferentes ordenamentos. Assim, estes mecanismos de controle e prevenção, e de conformidade com a legislação, mostram-se úteis, já que podem servir para diminuir custos e até mesmo direcionar a atuação da organização e os seus esforços preventivos para os verdadeiros focos de risco no caso concreto. Tudo isto não impede, é claro, que estes programas de *compliance* sejam adaptados às empresas de médio e pequeno porte, que aliás ocupam o ranking dos entes mais condenados criminalmente, desde que sejam adaptadas as suas funções dentro da organização<sup>40</sup>.

A título exemplificativo, no Projeto de Reforma do Código Penal Espanhol (121/000065, apresentado em setembro de 2013 e qualificado em 1º de Outubro), o artigo 31 bis.3 determina: “*en las empresas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que,*

---

<sup>39</sup> Neste sentido é a crítica de Philip WELLNER: “*However, the high costs of developing and implementing a compliance program make it a difficult option for smaller corporations*”, WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution*. In *Cardozo Law review*. New York.v.27:1.out-2005.p.509.

<sup>40</sup> Em sentido contrário: “*En lo que aquí nos interesa, hay que observar que, debiendo el delito cometido por el sujeto ‘del vértice’ considerarse también propio del ente, la imputación a éste constituye la regla general, mientras que la elusión fraudulenta del modelo sirve para señalar la hipótesis – excepcional de interrupción del nexo de causalidad orgánica. Más allá de las dificultades probatorias, esta hipótesis puede verificarse únicamente en empresas complejas, caracterizadas por un descentralización de poderes y funciones y de una articulación en unidades organizativas dotadas de autonomía financiera y funcional, mientras que parece perder su fundamento respecto al vértice de la sociedad, hasta parecer (como ya observaba la propia exposición de motivos del D. Leg. 231, § 3.3) ‘prácticamente imposible en el caso de entes con una base directiva limitada’*”, vide: SEMINARA, Sergio. *Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.149.

*según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas”.*<sup>41</sup>

O que significa dizer que os programas de cumprimento são totalmente aplicáveis a empresas locais, pequenas e médias, desde que as exigências do que se trata um programa efetivo sejam adaptadas à realidade de cada organização, sob a seguinte lógica: quanto mais complexa a estrutura de gestão da empresa, mais formal será o programa de cumprimento normativo<sup>42</sup>.

Inclusive porque estes programas envolvem a troca de informações entre sujeitos do alto escalão e do “chão de fábrica” da empresa, assim, quanto maior for este distanciamento e as relações imbricadas entre estes sujeitos, mais formalidades serão necessárias para que as informações e a cultura empresarial se espalhem por todos os ramos da organização. Depois, é presumível que os riscos empresariais de uma grande empresa sejam mais severos do que os riscos de pequenas e médias empresas.

Tendo em vista estas peculiaridades e fazendo as corretas adaptações, os programas podem e devem ser incentivados em empresas de qualquer porte. Mas é indispensável que especialmente o judiciário, no momento de analisar a efetividade destes programas de *compliance*, esteja atento a estas idiossincrasias, pois, caso contrário, o que teremos é um aumento da insegurança jurídica pelas empresas, desestimulando o comportamento empresarial ético e juridicamente conforme.

---

<sup>41</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...) op.cit.*, p.214.

<sup>42</sup> Ilustrativamente citamos também o Decreto brasileiro 8.420/15, que ao tratar dos parâmetros de avaliação dos programas de integridade, delimita em seu artigo 42, §3º que: “Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do caput”, correspondentes a: (III) códigos de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; (V) análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; (IX) estrutura interna independente e com autoridade responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização do seu cumprimento; (X) canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; (XIII) diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviços, agentes intermediários e associados; (XIV) verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e (XV) monitoramento contínuo do programa de integridade visando o seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei 12.846/13.

### 1.3.2. EMPRESAS DE DIREITO PÚBLICO

Em sendo produto das organizações privadas para sua auto organização e seu autocontrole, poderíamos cogitar a aplicação, ou melhor, o incentivo legislativo para que os órgãos públicos adotassem estes programas de *compliance*?

Dentre os muitos assuntos que surgem a partir do aceite nos ordenamentos jurídicos da responsabilização penal de entes coletivos, um dos mais polêmicos é a hipótese de direcionar esta criminalização aos órgãos da Administração Pública, sejam de natureza pública ou de natureza privada, mas com prerrogativas de poderes públicos.

Nosso posicionamento é firmado na igualdade de tratamento penal de entes coletivos do setor público e do setor privado sob a lógica de que uma vez expressa a hipótese de responsabilização penal contra entes coletivos da iniciativa privada, não haveria argumento jurídico suficiente para que os entes dotados de poderes públicos ficassem à margem desta responsabilização. Especialmente em razão do incentivo à adoção de medidas transparentes de gestão pelos órgãos de quaisquer natureza, bem como para evitar casos de concorrência desleal entre os setores público e privado no desempenho de atividades idênticas (como o transporte público, a coleta de lixo, etc.). Ainda porque não se justifica, no nosso entender, que haja tamanha discrepância de tratamento entre pessoas jurídicas de direito público e privado numa época em que a gestão pública aproxima-se, cada vez mais, da gestão privada, em busca de efetividade das suas tarefas de materialização do interesse público.

Superado este primeiro passo, (introdução no ordenamento da responsabilidade penal de entes coletivos e direcionamento desta criminalização também aos entes dotados de poderes públicos), no que concerne ao tema debatido neste trabalho, poderemos nos questionar sobre a possibilidade (1), a necessidade (2) e as consequências (3) do incentivo à adoção de medidas de criminal *compliance* pelos órgãos do setor público.

Sobre a possibilidade de incentivo (i), é essencial dizermos desde já que os programas de *compliance* caracterizam-se pela sua origem privada. De fato, são resultado de um fenômeno muito mais abrangente, e que será tratado no último capítulo deste trabalho, a chamada autorregulação. Brevissimamente, trata-se este fenômeno da identificação de normas e regras produzidas por setores privados, pelas empresas e organizações sociais, em nichos cuja complexidade das organizações, a técnica e a exigência de conhecimentos específicos, deslocam a sua regulamentação para além das possibilidades do Estado.

José ESTEVE PARDO, ao tratar a matriz privada como elemento característico da autorregulação, exclui de plano a possibilidade de ser reconhecida por parte dos entes dotados de poderes públicos ou executores de atividades sujeitas ao direito público, referindo que a autoadministração é do Estado, enquanto que a autorregulação é um fenômeno que só pode ter origem na sociedade, através de fórmulas de auto organização. Assim, quando a autoadministração dos entes coletivos com poderes públicos assume efeitos públicos, segue sob o manto da administração pública, estando plenamente sujeitos ao direito administrativo e ao seu controle jurisdicional. Faltar-lhes-ia o pressuposto subjetivo de gênese da autorregulação nos sujeitos privados, os quais submetem-se ao regime de direito privado.<sup>43</sup>

Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA,<sup>44</sup> autora reconhecida sobre o tema, também afirma que, desde o ponto de vista jurídico, a autorregulação é a forma através da qual atuam e se relacionam os particulares e as organizações privadas, daí que a sua remissão seja sempre à sociedade e, portanto, ao direito privado. Para a autora, os únicos sujeitos que podem autorregular-se são os sujeitos privados: operadores econômicos e organizações de consumidores, profissionais e organizações que reúnem diversos profissionais, operadores e usuários de internet, e todos os demais sujeitos e organizações interessados em sistemas específicos que não se identificam ou que não se integram à atuação reguladora tradicional do Estado.

Sob estes argumentos, o caráter público dos fins perseguidos, a assunção de poderes públicos, o exercício de funções públicas de autoridade, a forma jurídico-pública de personificação, o financiamento com fundos públicos e a submissão ao direito administrativo seriam elementos de afastamento da autorregulação de quaisquer entes coletivos que não da iniciativa privada.<sup>45</sup> Haveria, assim, uma impossibilidade de reconhecimento do fenômeno da autorregulação no caso dos entes coletivos dotados de poderes público e, conseqüentemente, o

---

<sup>43</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos*. Navarra: Arazandi, 2002. pp.104/113.

<sup>44</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada*. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005. pp.279/302.

<sup>45</sup> “Incluso en aquellos casos en los que se posibilita la utilización instrumental del Derecho privado, la actividad de las estructuras públicas deriva de concretas habiitaciones legales y está sometida a los límites, materiales y formales, impuestos por el Derecho administrativo. Cuando una organización jurídico pública actúa con base en estos presupuestos – que la doctrina iuspublicista considera, por lo demás, del todo indispensables – no se puede hablarse, pues, de autorregulación”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.343.

afastamento da hipótese de implementação destes programas de autocontrole e de autogestão, os *compliance programs*.

Contudo, isto não afasta, no nosso entendimento, a identificação clara de que há necessidade (ii) de implementação de medidas preventivas e de controle de riscos pelos entes coletivos públicos. Neste sentido, tratando o contexto espanhol, Silvina BACIGALUPO afirma que, embora no caso espanhol as empresas e os organismos públicos estejam à margem da responsabilização criminal, o uso de programas de *compliance* e os códigos de conduta deveriam ser implementados nestes entes, com o intuito de prevenir abusos e excessos tão comuns no exercício das atividades que desenvolvem<sup>46</sup>.

O excesso de burocracia, a falta de estímulo à prestação de bons serviços, o despreparo e a desmotivação dos servidores públicos, poderiam ser objeto destes programas, com o que justificariamos a sua necessidade. Agregada, ainda, à falta de transparência das atividades exercidas pelo Estado e à desconfiança generalizada por parte dos cidadãos nas práticas públicas.

Ainda que sem base em estudos empíricos, é possível afirmarmos que, diante dos escândalos envolvendo o setor público com a corrupção e a malversação do erário e da coisa pública, a gestão dos órgãos públicos poderia ser desenvolvida e aprimorada com o uso destes mecanismos de cumprimento normativo, com o aprimoramento da gestão da atividade pública, sua fiscalização e atualização e o fomento de boas práticas éticas nas relações envolvendo a gestão da coisa pública. Seriam estas as consequências (iii) mais evidentes do incentivo à aplicação de mecanismos desta natureza no âmbito das atividades públicas.

É a opinião de Adán NIETO MARTÍN, quando trabalha o papel das administrações públicas na luta contra a corrupção, que “*el Convenio de Naciones Unidas dedica gran parte de su articulado (art. 5-11) a la necesidad de establecer medidas de prevención de la corrupción en el seno de las administraciones públicas (...) En realidad, lo que debiera hacer la ley de transparencia es ni más ni menos que trasladar a las administraciones pública la idea del programa de cumplimiento que están poniendo en marcha las empresas*”.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> BACIGALUPO, Silvina. *El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos*. In ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanc (coords). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2013.p.109.

<sup>47</sup> E neste sentido conclui o autor: “(...) no obstante, y entendiendo que esta idea tiene grandes inconvenientes político criminales, las entidades públicas podrían ser objeto de sanciones no penales, administrativas o disciplinarias, y sobre todo – y esta creo que es la clave – no pecuniarias. Cabe pensar en sanciones reputacionales, como la publicación de la sentencia condenando por ‘corrupción’ a un municipio, o en los casos más graves la intervención o curatela de la entidad pública, o los fines exclusivos de que se supervise la implantación de

Assim, se a principal característica da autorregulação, donde derivam os programas de *compliance*, é que as suas regras sejam elaboradas e aplicadas pelos entes privados, não seria possível a implementação destes mecanismos no âmbito dos entes públicos. Contudo, como dissemos, dos órgãos da Administração Pública demonstram a necessidade de instrumentos de prevenção de riscos, de cumprimento normativo e de transparência e desenvolvimento de relações éticas no decurso da execução das tarefas públicas.

Logo, é do nosso entendimento que a lei e a Administração Pública deveriam incentivar objetivamente<sup>48</sup> a implementação de mecanismos semelhantes aos programas de *compliance*, contudo destinados aos órgãos públicos. No que esta implementação estaria nos limites de discricionariedade dos atos de gestão dos órgãos públicos (à semelhança da voluntariedade característica destes programas no setor privado), atuando em nome do próprio interesse público e também da busca de eficiência na prestação das atividades públicas.

O pano de fundo dos instrumentos de *compliance* assemelha-se aos princípios que regem a Administração Pública (a transparência, a moralidade, a legalidade, a publicidade). Tendo em vista o alto índice de desvio destes princípios, é possível que a implementação de programas éticos e de cumprimento normativo aproximasse o agir da Administração dos anseios legislativos e, certamente, dos interesses coletivos. Isto seria motivo mais que suficiente para o incentivo destas medidas no decorrer das tarefas públicas, ainda que não estivessem no bojo da autorregulação, ainda que recebessem outro nome e previsões específicas, adaptadas à natureza dos órgãos públicos, mas desde que suas consequências fossem as mesmas.

#### 1.4. LIMITES DE ALCANCE JUDICIAL DOS PROGRAMAS DE CRIMINAL *COMPLIANCE* EM RAZÃO DOS DIFERENTES MODELOS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE EMPRESAS

Muitas teorias foram publicadas ao longo dos anos buscando fundamentar a responsabilização penal de entes coletivos, criando ou remodelando conceitos do direito penal

---

*programas de cumplimiento*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción (...)* *op. cit.*, p.210.

<sup>48</sup> Através de incentivos estratégicos de fomento da implementação de mecanismos desta natureza, como prêmios, distinções meritórias, e, até, a previsão de efeitos judiciais como o afastamento da responsabilidade criminal do ente coletivo público e/ou a diminuição de eventual pena.

clássico, tais como a teoria da ação, a culpabilidade e os fins da pena. A grandeza do esforço (em quantidade e qualidade) é fruto também da ineficiência do instituto no seu propósito de inibir condutas delituosas praticadas através das organizações. O resultado compõe, grosso modo, ramificações da teoria da pena<sup>49</sup> que subsidiaram a criação de três<sup>50</sup> grandes modelos de justificação desta responsabilidade penal-empresarial: (i) o modelo vicarial (heterorresponsabilidade); (ii) o modelo de culpabilidade própria da organização (autorresponsabilidade); e (iii) o modelo misto.

No primeiro modelo, a vontade (finalidade) e a conduta (ação/omissão) dos entes coletivos são representadas pela sua identificação com o agir e a intenção de pessoas físicas (teoria da representação<sup>51</sup>) que, pela sua importância dentro da hierarquia organizacional (representante legal ou contratual, de fato ou de direito), transferem responsabilidade ao próprio ente.

No segundo modelo, mais moderno que o primeiro, a justificativa de responsabilização penal coletiva está na identificação de falhas nas suas medidas de controle e de gestão. A empresa responderia criminalmente por um fato próprio, o defeito da sua organização.

---

<sup>49</sup> “En relación con los fines de la sanción penal, suele señalarse que, en términos generales, la imposición de la misma tiene que perseguir cuatro objetivos: un castigo adecuado (just punishment) – entendido generalmente como retribución -, la disuasión (deterrence), la incapacitación (incapacitation) y la rehabilitación (rehabilitation) [Sentencing Reform Act de 1984]. En lo que la responsabilidad penal empresarial se refiere, debe matizarse un tanto esta definición general: así, se señala que las sanciones proporcionarán un castigo justo, una disuasión adecuada e incentivos para que las organizaciones mantengan mecanismos internos de prevención, detección y denuncia de conductas delictivas. Si éstos han sido tradicionalmente los fines de la pena en el ámbito corporativo, lo cierto es que en tiempos recientes ha irrumpido en la discusión dogmática una teoría de la pena que, si bien siempre había encontrado sustento en el debate de la delincuencia empresarial de la mano de ciertos autores, tras su importante influencia en el Derecho penal individual ha encontrado un mayor eco: se trata de la teoría expresiva de la pena”, vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...) op. cit.*, pp.31/32.

<sup>50</sup> Filiamo-nos à separação adotada por NIETO MARTÍN, inclusive quanto à ressalva de que “la idea de los modelos legislativos tiene que ver no tanto con modelos expresamente positivados, sino con ideales reguladores. Se trata de formulaciones que en realidad no suelen corresponderse con ningún ordenamiento, sino que los existentes tienden hacia ellas”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.87. Ainda, Paulo de Sousa MENDES, seguindo a lógica adotada por Günter HEINE (\_\_\_ *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellen Fehlverhalten zu kollektive Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grössrisiken*, Baden-Baden: Nomos, 1995, *passim e, em especial Summary*, pp.319-338) incluiu em sua análise sobre os modelos de responsabilidade de pessoas coletivas, para além da *corporate liability* e da *defective corporate liability*, um terceiro: “que partilha (...) da exigência de verificação de determinada perturbação social, mas já dispensa a sua ligação com qualquer defeito estrutural da organização empresarial. Em vez dessa exigência, basta agora um princípio geral de causalidade, ademais bastante enfraquecido. Esta original tipologia, concebida por Heine, só foi chamada à colação para mostrar o actual leque de soluções conceptuais para a consagração da responsabilidade criminal de pessoas colectivas”, MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AFDL, 2000.p.24.

<sup>51</sup> A chamada Teoria da Representação, utilizada desde muito tempo no direito privado, especialmente no âmbito do direito empresarial, identifica o agir dos dirigentes da empresa (seu comportamento e valor externalizados) com o próprio agir da empresa “(...) recurriendo a una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos”, vide: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al Curso de Derecho Penal – parte general*.2.ed.(adaptada). Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.p.549.

O terceiro modelo, como o nome já indica, mistura os outros dois, parte do primeiro (vicarial) para justificar a imputação criminal contra os entes coletivos, mas aceita, para fins de quantificação da pena, a culpabilidade própria da empresa, por meio de agravantes e de atenuantes.

Como vemos, os três modelos partem de premissas totalmente diferentes, com o que em cada um modifica-se o risco de responsabilização criminal das sociedades empresárias. Assim, a existência de programas de *criminal compliance* tem necessariamente limites de alcance diferenciados a depender do modelo de responsabilização adotado em cada ordenamento.

#### 1.4.1. MODELO DE HETERORRESPONSABILIZAÇÃO – *VICARIOUS LIABILITY*

A responsabilidade vicarial, com motivações político-criminais pela incriminação das grandes organizações, consiste na transposição ao direito penal de uma construção claramente civilista da teoria da representação.

Seu foco está na ação/vontade do sujeito – pessoa física – que age em benefício da empresa, no âmbito de suas funções. Portanto, uma vez identificada a ocorrência de um fato ilícito punível, são estes traços (ter agido no exercício de suas funções e com a intenção de obter algum benefício ou vantagem para a empresa) que serão avaliados e que, em sendo contrários ao direito, permitirão a responsabilização criminal da organização. Com isto, estariam resolvidas, aparentemente, barreiras do direito penal clássico com relação à inexistência de conduta e de vontade próprias das sociedades empresárias, pois tanto o dolo quanto a culpabilidade estariam preenchidos pelo agir dos seus representantes.

Contudo, este modelo de responsabilização criminal, ao exigir a indicação do agente, ao mesmo tempo que dificulta as possibilidades de defesa da organização (pois o que vale aqui é o agir do sujeito) e permite casos exagerados de persecução criminal contra qualquer colaborador de dentro da empresa – mesmo que seja apenas um subordinado sem domínio dos fatos –, exclui situações em que, embora identificado o fato delituoso, é impossível localizar a pessoa física que o cometeu.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> “(...) unida a la inadecuación tanto teórica como práctica que comenzó a observarse conforme avanzaba su aplicación, obligó a introducir ciertas variantes en este modelo de tal forma que pudiera hacerse frente tanto a los fenómenos de suprainclusión – se incluyen demasiados supuestos en este esquema al considerar que la acción de

Sob esta perspectiva, afirma NIETO MARTÍN que desde o ponto de vista da empresa, a responsabilidade vicarial é responsabilidade objetiva (*strict liability*)<sup>53</sup>. Característica que divide com o modelo britânico da *identification theory*, embora, neste caso, o requisito de “benefício ou vantagem” para a empresa não seja necessário e o agente tenha de ser um dirigente da organização (*respondeat superior*)<sup>54</sup>.

Neste contexto, cabe analisarmos de que forma os programas de *compliance* poderiam influenciar na responsabilização criminal das organizações. Se como vimos, uma das funções destes programas é a prevenção de delitos cometidos através das empresas, significa dizer que o seu conteúdo estará delineado com base na análise dos riscos que podem ser produzidos pela atividade empresarial e que tenham força para justificar uma possível responsabilização criminal. Muito bem, esta análise de riscos só poderá ser feita com base em probabilidades, do contrário, estaríamos no campo das premonições. Probabilidades, então, que serão manejáveis conforme as características de cada organização – número de funcionários, modelo contábil, agentes externos, relação com fornecedores, etc. –, combinadas com elementos variáveis e independentes da gestão empresarial – como o contexto econômico, histórico, mercadológico, etc.

Entretanto, nestes sistemas de heterorresponsabilização o que será determinante na hora de confirmar a condenação criminal não é exatamente a administração da empresa ou sua reação diante destas probabilidades que compõem a análise de riscos (controles internos e medidas destinadas a prevenir e descobrir fatos delitivos), mas sim, o fato ilícito punível em si. Esteja no esquadro de probabilidades desenhado previamente ou fora dele.

A empresa poderá ser responsabilizada se um funcionário, embora treinado, experiente, devidamente equipado e com a vigilância de superiores (a partir de uma delegação de funções<sup>55</sup>), apesar das determinações da indústria, descartar diretamente no solo resíduos químicos, ou armazená-los em local incorreto, por exemplo, poluindo o solo da planta industrial, em níveis tais que causem ou possam causar danos à saúde dos seres humanos e a morte de animais. Neste

---

*cualquier empleado de la empresa puede generar la responsabilidad penal de ésta – como la infrainclusión – se excluyen aquellos supuestos en los cuales no se puede localizar a ninguna persona física que cometiera el delito en el seno de la empresa”, vide GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La responsabilidad penal de las empresas (...) op. cit., p.61.*

<sup>53</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.88.

<sup>54</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.89.

<sup>55</sup> Sobre os diferentes tipos de delegações de funções e de vigilância, vide: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, pp.157 e ss.

exemplo, a existência ou não de um programa de cumprimento normativo exemplar não será suficiente para eximir a responsabilidade que recairá sobre a empresa.

Luis ARROYO-ZAPATERO esclarece que no sistema vicarial a função dos programas de *compliance* é evitar, no curso ou através das atividades empresariais, delitos que possam gerar a responsabilização do ente coletivo, pois, a partir do momento em que o delito é comprovado, deixam de ter qualquer relevância para a defesa penal.<sup>56</sup> A empresa, portanto, será sancionada pelos atos realizados por seus colaboradores, desde que tenham poderes de decisão, sempre e quando houver algum benefício ao ente coletivo. A amplitude destes conceitos (poderes de decisão e em benefício da empresa) permite que em quase todos os casos em que há resultado penalmente reprovável, seja automaticamente responsabilizada a organização – responsabilização objetiva.

Com isto, o papel dos *compliance programs* em situações de heterorresponsabilização está relacionado tão somente à prevenção de crimes prováveis (análise de probabilidade) em função dos riscos identificados em cada atividade empresarial<sup>57</sup>. Poderão influenciar a medida das penas pecuniárias, com base no grau de culpabilidade da organização. Mas isto desde que esteja positivada a hipótese como atenuante de pena.

No Código Penal espanhol (art. 31bis, 4º) esta possibilidade é expressa: haverá minimização da pena pecuniária quando a empresa “*haya establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.<sup>58</sup>

Este diploma, com a reforma que introduziu o artigo 31 bis e, assim, a responsabilidade penal de entes coletivos, prevê um modelo de responsabilização semelhante ao *Nouveau Code penal* francês de 1994, ou seja, o modelo de heterorresponsabilização.<sup>59</sup> Contrariamente, Adán

---

<sup>56</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.16. – Introdução por Adán Nieto Martín.

<sup>57</sup> “*Poco o nada tiene que decir el programa de cumplimiento normativo si el sistema elegido es el de la responsabilidad vicarial*”, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.468.

<sup>58</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.474.

<sup>59</sup> TIEDEMANN, Klaus. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. In ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.39.

NIETO MARTÍN entende que o teor do artigo 31 bis do Código Penal espanhol prevê uma responsabilização autônoma das empresas<sup>60</sup>, no que não está sozinho na doutrina<sup>61</sup>.

No conhecido Decreto-Lei italiano 231, de 8 de junho de 2001, a responsabilização administrativa das empresas por fatos ilícitos se dá quando forem cometidos em interesse ou benefício da entidade, devendo estar presente uma espécie de responsabilidade estrutural. Aqui, a existência de programas efetivos de *compliance* assume diferentes alcances: pode excluir a responsabilidade da empresa se implementados antes da ocorrência do ilícito, e minimizar a pena pecuniária (Seção 12 do DL 231/01), se a implementação ocorrer após o cometimento e a descoberta do ilícito.

---

<sup>60</sup> “Nieto Martín ha criticado esta posición y en su contribución más reciente apuesta por la interpretación del primer párrafo del artículo 31 bis en el sentido de una culpabilidad propia de la persona jurídica, y esto esencialmente por dos razones dogmáticas: 1. El ap. 1 párr. 2 declara a la persona jurídica responsable también de los delitos cometidos por personas de rango inferior, cuando estos delitos han podido ser realizados debido a una falta de ‘debido control’ sobre estas personas; y 2. Porque el ap. 3 no exige a la persona jurídica de responsabilidad cuando existen ‘circunstancias que afectan a la culpabilidad del autor físico. El primer argumento resulta dudoso a la luz del derecho comparado. En las Ordnungswidrigkeiten del derecho alemán se hace también responsable a los representantes legales por los hechos cometidos por las personas sometidas a su autoridad, en el mismo sentido que indica el art. 31 bis ap. 1 párr.2. La autoridad de los superiores conduce precisamente a un deber de garantía que les obliga a impedir los delitos de sus subordinados, ejerciendo el debito control. Pero no se trata de una obligación que proviene de un deber de la persona jurídica, tal como lo establece el art. 102 del Código Penal suizo, hablando expresamente de las medidas de organización que la empresa debe instituir y de un deber de la persona jurídica como tal. Esto corresponde a la opinión alemana predominante sobre la interpretación del § 130 OWiG. El segundo argumento de Nieto se apoya sobre el término ‘afectar a la culpabilidad’ del autor físico. Este término comprende tanto a las circunstancias atenuantes del art. 21 Cp como las eximentes de responsabilidad del art. 19 CP español. Si no hay culpa del autor físico, es evidente que no se puede imputar culpa ajena a la persona jurídica (...) Así, es necesario distinguir entre delitos dolosos y delitos imprudentes a nivel de los autores físicos, según la jurisprudencia alemana sobre Ordnungswidrigkeiten y los motivos del legislador español. Se trataría entonces de una base mixta para establecer y comprobar la culpa de la persona jurídica. Esta culpa es en principio autónoma y normativa y se centra en la falta de organización. Sin embargo esta falta de organización no necesita comprobación en todos los casos. A diferencia del derecho suizo, solamente debe probarse en el segundo párrafo del art. 31 bis.1. Tampoco la implementación de programas de cumplimiento exige a la persona jurídica automáticamente de la responsabilidad atribuible por la comisión de delitos cometidos por sus órganos y representantes con un poder de mando. En resumen, la solución dogmática propuesta por mí resulta fácil cuando se considera el dolo como elemento del tipo de injusto: Hay atribución de la acción, típica del autor físico a la persona jurídica, y hay culpa autónoma de la misma, determinada por los criterios de la Comisión Europea en materia de infracciones contra la competencia”, vide: TIEDEMANN, Klaus. *El derecho comparado en el desarrollo (...)* op. cit., pp.40/41.

<sup>61</sup> “A primera vista, parece que el art. 31 bis.1. está mucho más cerca del modelo vicarial que del de la responsabilidad o culpabilidad de los administradores, pero también en el caso de que los subordinados cometan el delito. En este supuesto, habría que demostrar que un concreto administrador ha omitido vigilar personalmente al subordinado que ha cometido el delito. A la persona jurídica se trasladaría la culpabilidad de este concreto administrador. Esta interpretación del art. 31, bis.1, literalmente posible, no resulta sin embargo correcta. La responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 31, bis.1 CP debe interpretarse en atención al modelo de responsabilidad o culpabilidad propia”, vide: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al* *Curso de Derecho Penal (...)* op. cit., p.549.

No caso italiano, a identificação do sujeito que comete o delito provoca efeitos diversos quanto à existência de programas de *compliance*: quando o delito for cometido (i) por um sujeito com poderes dentro da empresa (representantes, diretores, altos cargos, em geral) a implementação destes programas só terá como consequência a exclusão da responsabilidade penal do ente coletivo se forem implementados de forma efetiva antes do cometimento do crime, se o órgão de controle dos procedimentos de *compliance* (nos casos em que exista) adotou as medidas corretas, se o delito foi cometido fraudando o programa de *compliance*; de outra sorte, quando o ilícito for cometido (ii) por qualquer empregado sem poderes de decisão, a empresa somente não será responsabilizada criminalmente quando for implementado e aplicado o programa de *compliance* antes da ocorrência do ilícito e se o funcionário em questão não seguiu as determinações do referido programa<sup>62</sup>.<sup>63</sup>

Também o sistema chileno assim se baseia, com a expressa regulamentação dos efeitos da implementação destes instrumentos, não para excluir totalmente a responsabilização criminal, e sim, para fins de diminuição das penas (artigo 6º da Lei 20.393/2009). Neste caso específico, são previstas atenuantes quando existir um sistema de prevenção pela organização através do qual o delito seja denunciado internamente, antes da sua persecução judicial formalizada, juntamente com a adoção de medidas eficazes para prevenir a sua reincidência<sup>64</sup> (nova prática do mesmo crime).<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Contudo, importante a ressalva jurisprudencial feita por Jean Pierre MATUS ACUÑA no caso italiano: “*Esto es lo que parecería desprenderse de la legislación italiana, donde la adopción efectiva de modelos de prevención permite teóricamente eximirse de la responsabilidad penal si el delito lo comete un subordinado o, en caso de cometerlo un dirigente, lo hace burlando las medidas de prevención (Art. 6º y 7º DL 231/01). Sin embargo, ya sabemos que la práctica indica lo contrario: los tribunales rechazan la idea de que pueda existir una suerte de exención de la responsabilidad penal construida ex ante con carácter general y sin atención al delito concreto que se juzga*”, vide: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.150.

<sup>63</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.475.

<sup>64</sup> Sobre a perspectiva de prevenção das sanções direcionadas às empresas, diz Günter HEINE: “*Corporate sanctions, as distinct from individual sanctions, should increasingly be grounded in a preventive perspective which leaves room for corporations to amend their ways in the future and bring their practices in full compliance with the law. (...)The function of criminal sanctions, can be rationalized on the basis that they denounce and clarify what constitutes non-compliance with the law, encourage corporate compliance through financial disincentives, impose prohibitive orders, and inculcate the principle of self regulation*”, vide: HEINE, Günter. *Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability In Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (eds.) Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. - International Colloquium, Berlin, May 4-6, 1998.pp.252/253.

<sup>65</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...) op. cit.*, p.150.

O mesmo modelo se repete no caso da lei brasileira. O artigo 3º da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais) determina que “(...) as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. O artigo regulamentou o disposto na Constituição Federal brasileira (art. 225, §3º) e introduziu a responsabilidade penal de pessoas jurídicas no país, independentemente das sanções direcionadas às pessoas físicas, exigindo dois critérios mínimos ao enquadramento penal dos entes: i. decisão de representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado; ii. no interesse ou benefício da entidade.<sup>66</sup>

Sucintamente, nestes casos em que a opção político-criminal de responsabilização dos entes coletivos deu-se por meio de um modelo de heterorresponsabilidade (*vicarious liability*), a adoção de programas de *compliance* poderá prevenir a ocorrência de fatos delituosos no contexto das organizações, mas não será capaz de efetivamente prevenir o risco de responsabilização criminal dos entes, pois o elo entre o fato punível e a responsabilidade penal está para além das probabilidades de riscos de que tratam estes programas. Uma vez confirmado o dano penalmente reprovável a empresa será responsabilizada criminalmente, podendo a adoção destes programas influenciar a dosimetria das penas, em medida que somente a prática jurisprudencial poderá determinar.

#### 1.4.2. MODELO DE AUTORRESPONSABILIZAÇÃO – DEFEITOS DA ORGANIZAÇÃO

Quando falamos em modelos de autorresponsabilização, estamos nos referindo àqueles sistemas<sup>67</sup> em que há uma culpa autônoma imputada à empresa, independentemente de outra

---

<sup>66</sup>Enquanto o Superior Tribunal de Justiça há bastante tempo decide sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, o Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle de constitucionalidade no Brasil, apenas no ano de 2012 posicionou-se sobre a matéria, relativizando a Teoria da Dupla Imputação até então aplicada pelo primeiro Tribunal<sup>66</sup>, no que foi seguido por outras decisões de tribunais de piso<sup>66</sup>, demonstrando que apesar da clara adoção penal Lei 9.605/98 de um modelo de responsabilização penal vicarial, a jurisprudência mais atual tem-se posicionado de forma flexível, admitindo o prosseguimento de ações penais apenas contra o ente coletivo – o que seria um prelúdio de adoção da culpa autônoma da organização, ao menos pelo judiciário.

<sup>67</sup> Como ensina Paulo de Sousa MENDES: “*não se trata aqui apenas de aquilatar da medida em que a organização empresarial consegue dar conta dos deveres gerais de supervisão do desempenho das actividades com potencial de perigo pelos subordinados, em ordem a minorar os riscos correntes. Há bussiness-related risks que nao decorrem de condições predefinidas, suscetíveis de acantonamento em áreas de controlo precisas. Por isso parece ser justo e*

direcionada às pessoas físicas envolvidas num fato delituoso. São muitos os autores que hoje tentam desenhar esta culpa autônoma e que consideram este o modelo mais moderno de persecução criminal de entes coletivos.

No campo doutrinário<sup>68</sup>, HEINE<sup>69</sup>, segundo consta, foi pioneiro na Europa em defender a ideia de que a autorregulação deveria sustentar a responsabilidade penal de empresas<sup>70</sup>. Segundo o autor, a fundamentação do injusto das organizações está na administração defeituosa de riscos, restringindo-se aos “grandes riscos”. Portanto, não são todas as empresas que deveriam ser responsabilizadas penalmente, mas tão somente aquelas cuja atividade o direito penal não pode controlar através da responsabilidade individual.<sup>71</sup>

---

*razoável exigir mais alguma coisa, designadamente que sejam levados em conta critérios exteriores de adequação social da actividade, de avaliação de riscos residuais politicamente toleráveis ou outros. Daqui decorre uma espécie de responsabilidade institucional (i.e. anónima) pela escolha de certa actividade, exercida no quadro de determinada organização complexa, com os riscos que lhe são inerentes. Essa responsabilidade transmuta-se em responsabilidade criminal quando, por causa da defectiva organização estrutural da empresa, definida ut supra, surjam perturbações sociais (social disturbances), tais como a poluição ambiental, subsumíveis em fatispécies penais, supondo que se trate de sistemas jurídicos nos quais vigora o princípio da tipicidade (e, mesmo nestes casos, é muito variável a amplitude da definição de perturbação social). Os critérios de imputação da responsabilidade à pessoa jurídica por esses impactes exteriores negativos são diferentes dos correspondentes critérios de imputação da responsabilidade às pessoas singulares, desde logo porque se reconhece que as empresas dispõem quer de excepcionais aparatos de know-how técnico, quer de organismos de consultoria jurídica, nada disso sendo comparável às simples capacidades de cada indivíduo, vide: MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente? (...) op. cit.*, p.23.*

<sup>68</sup> NIETO MARTÍN (NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*) e FEIJOO-SÁNCHEZ (FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? In ARROYO JIMÉNEZ, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.pp.197-252) fazem abordagem detalhada dos posicionamentos doutrinários na matéria, servindo de base para a elaboração deste ponto. Vale referir que Bernardo FEIJOO-SÁNCHEZ rebate as premissas e fundamentos trazidos por Günter HEINE, Adán NIETO MARTÍN e Carlos GÓMEZ-JARA sobre os modelos de responsabilização penal de entes coletivos, por entender que a autorregulação não pressupõe a responsabilização penal de empresas.*

<sup>69</sup> HEINE, Günter. *Verantwortung un Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. Baden-Baden, 1995 apud FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.215. Günter HEINE limitaria a responsabilidade penal dos entes coletivos aos fatos que provoquem significativas alterações sociais. Sua construção doutrinária é claramente voltada à proteção do meio ambiente contra os riscos produzidos pelas grandes empresas.

<sup>70</sup> A origem do modelo remonta ao Reino Unido com o *corporate manslaughter* proposto pelo *Law Commission Report* n. 237 de 1996, após inúmeros acidentes no transporte público com morte e um grave acidente marítimo, em 1987, em que 188 pessoas morreram, para mais dados históricos, vide as pesquisas de Adán NIETO MARTÍN, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.127. Também Cristina De Maglie trata a responsabilidade criminal na Inglaterra em seu trabalho: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, pp.145-161.

<sup>71</sup> Para Bernardo FEIJOO SANCHEZ está aqui um dos maiores problemas da teoria de HEINE: “*Una culpabilidad penal que acaba dependiendo del tipo de actividad que desarrolla la empresa y del tipo de delito demuestra que, en realidad, no se está hablando de personalidad y culpabilidad, sino de técnicas sociales, jurídicas y, en concreto, jurídico-penales para en control y gestión de riesgos vinculados a organizaciones empresariales defectuosas. En el fondo esta referencia a las insuficiencias del Derecho penal basado en la responsabilidad individual es la fundamentación última de su posición. HEINE ha confundido la necesidad de una mayor responsabilización de la*

O que este modelo determina, em síntese, é que os deveres jurídicos de uma organização adequada estão, em primeiro lugar, voltados para a própria empresa. Klaus TIEDEMANN<sup>72</sup>, seguindo os passos de Günter HEINE, afirma que as sanções dirigem-se às empresas que têm competência para dirigir comportamentos, a partir do que é possível estabelecer estímulos à implementação dos programas de *compliance*, através de benefícios na quantificação das penas.

Na Espanha, Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ<sup>73</sup>, com forte influência do sistema americano de gestão empresarial, desenvolve o conceito de autorresponsabilidade empresarial e de culpabilidade construtivista, como culpa própria das organizações. A partir desta lógica de sistemas complexos e fomentadores dos próprios riscos (luhmanianos), o autor entende que apenas as organizações com estrutura complexa podem ser destinatárias da reprovação penal. As demais organizações seriam consideradas inimputáveis.

É neste embrião que está o conceito de *good citizens corporations*, o qual pressupõe a institucionalização de mecanismos que controlem de forma adequada a atividade empresarial, produtora de riscos sociais, com o que a atividade tornar-se-ia socialmente responsável e, portanto, sem qualquer justificativa de penalização. Para o autor, a culpabilidade está fundamentada na ideia de infração dos requisitos de um bom cidadão corporativo fiel ao direito<sup>74</sup>.

Segundo Adán NIETO MARTÍN, por sua vez, a autorresponsabilização penal surge da necessidade de superar dificuldades probatórias do modelo vicarial, sendo corroborada pelos estudos de SUTHERLAND<sup>75</sup> quando à criminalidade de grupo, a cultura corporativa, a filosofia

---

*sociedad civil y del Mercado con el dominio de riesgos derivados de la ciencia y de la técnica con la cuestión puramente normativa de la construcción de los sujetos de imputación en el ámbito del Derecho penal*", vide: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.216.

<sup>72</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1985.pp.167/168; TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado In Revista Brasileira de Ciências Criminais*.ano.3.n.11 (julho-setembro), 1995.pp. 21 e ss.; TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Anuário de Derecho Penal, 1996. Disponível em: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf) (acesso: abril/15). Comentários sobre, ainda, em: SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...) op. cit.*, p.107

<sup>73</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...) op. cit.*

<sup>74</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.218.

<sup>75</sup> SUTHERLAND, Edwin. *Criminalidad de Cuello Blanco*. Tradução: Luis Miguel Reyna Alfaro do texto original publicado em *American Sociological Review*, v.5.n.1, 1940. Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa-ADPE 1(2011).pp.191-199. Destaque: “Este análisis del criterio de la criminalidad de cuello blanco deriva en la conclusión de que una descripción de la criminalidad de cuello blanco en términos generales será además una descripción de la criminalidad de las clases más bajas. Los aspectos en los cuales los crímenes de las dos clases difieren son los incidentales más que los esenciales de criminalidad. Ellos difieren principalmente en la

da empresa, o *ethos* coletivo.<sup>76</sup> A autorregulação<sup>77</sup> unida à responsabilidade social deveria formar as bases de um modelo europeu de responsabilidade penal das sociedades. A finalidade desta resposta criminal por parte dos entes coletivos seria motivar coercitivamente a autorregulação e estabeleçam mecanismos necessários de autogestão, auto organização e autocontrole para evitar a comissão de fatos ilícitos puníveis, cooperando com a administração da justiça no seu descobrimento.<sup>78</sup>

Na Austrália, John BRAITHWAITE<sup>79</sup> inova ao enfrentar a culpabilidade empresarial a partir da reação das organizações após a identificação dos fatos delituosos (*reactive fault*). Ou seja, mais do que as medidas preventivas, a reação da organização tem importância inarredável ao adotar medidas corretivas e medidas que previnam a reincidência. O que nos deixa esta

---

*implementación de las leyes penales que se aplican a ellos. Los delitos de las clases más bajas son manejados por policiaas, fiscales, y jueces, con sanciones penales en forma de multas, prisión y muerte. Los crímenes de las clases más altas bien resultan en total inacción oficial o resultan en demandas por daños en Tribunales civiles, o son manipulados por inspectores, y por consejos o comisiones administrativas, con sanciones penales en forma de advertencias, orden de cesar y desistir, ocasionalmente la pérdida de una licencia, y sólo en casos extremos por multas o condenas de prisión. Así, los criminales de cuello blanco son segregados administrativamente de otros criminales, y en gran medida como consecuencia de esto no se consideran como verdaderos delincuentes por ellos mismos, el público general, o los criminólogos. (...) La teoría de que el comportamiento criminal en general se debe o a la pobreza o a condiciones sicopáticas o sociopáticas asociadas con la pobreza pueden ahora ser mostradas como inválidas”.*

<sup>76</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.127.

<sup>77</sup> FEIJOO-SÁNCHEZ, analisando os três modelos acima, conclui que enquanto HEINE e GÓMEZ-JARA partem da premissa de que a autorregulação tem que ver com a liberdade de organização das empresas, NIETO MARTÍN parte da premissa de que a autorregulação é um novo mecanismo de intervenção estatal. FEIJOO-SÁNCHEZ concorda com NIETO MARTÍN neste ponto, mas sustenta, de forma diferente sua argumentação: “*en él ámbito del Derecho penal no se trata estabilizar los deberes de cooperación con el Estado, esa es una función del Derecho administrativo, sino más bien de evitar que la empresa se convierta en un <<factor criminógeno>>. La legitimación de la intervención del Derecho penal contra las empresas no debe residir tanto en que la empresa o sociedad infrinja su deber de ayudar a prevenir delitos, como más bien en que no represente un factor que provoca (y puede seguir provocando) la realización mediante su <<estructura criminógena>>*”, vide análise comparativa em: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, pp.230/235.

<sup>78</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.215. Importante destacar a posição de FEIJOO-SÁNCHEZ contra a própria necessidade de responsabilização de empresas e pessoas jurídicas. Para o autor, “*En el sector empresarial la idea de <<autorregulación regulada>> exige una adoción combinada entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal. La función del primero es activar en general la autorregulación empresarial. La función del segundo es estabilizar ciertas normas esenciales que tienen como destinatárias a las personas físicas (no crear riesgos no permitidos para el medio ambiente, tener cuidado con la salud de los consumidores, etc.) y combatir situaciones puntuales en las que la falta de autorregulación de la organización empresarial se ha convertido en un factor criminógeno o en los que es preciso imponer <<programas preventivos o de resstruturación>> como sanciones orientadas a prevenir la peligrosidad de la (des) organización constatada a partir de la comisión de un hecho delictivo*”, vide: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.252.

<sup>79</sup> Vide: BRAITHWAITE, John. *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*. Michigan Law review, n.80.pp.1466-1507.

contribuição é algo muito precioso na teoria da responsabilidade penal empresarial: a culpabilidade de empresa tem uma dimensão temporal diferente da culpabilidade individual.

Assim, a culpabilidade não se refere ao momento em que se produz a lesão ao bem jurídico protegido. Trata-se de uma culpabilidade duradoura, ou pela condução empresarial (*Betriebsführungsschuld*)<sup>80</sup>, pois o que importa não é o fato isolado em si, mas a forma com que a organização vem sendo administrada, gerida, controlada.

Pincelando os trabalhos referidos, podemos dizer – sem esgotamento da análise, evidentemente - que o foco do modelo de autorresponsabilização está nas medidas internas de controle e de prevenção de resultados penalmente reprováveis, com o que o sujeito que toma a decisão e/ou age perde importância. A ideia de “transferência”, por sua vez, é radicalmente inexistente<sup>81</sup>. Aqui, o nexo causal está desenhado entre o resultado penalmente relevante e o defeito de organização.

A atuação dos programas de *compliance* neste modelo de responsabilização coletiva dá-se de forma diversa daquela delineada no modelo de heterorresponsabilização: “*aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica*”<sup>82</sup>.

Se os programas de *compliance* são medidas para assegurar o cumprimento dos deveres de cuidado para evitar os riscos penais oriundos da atividade empresarial, o cumprimento efetivo destes instrumentos implica a inexistência de infração de deveres, a inexistência de defeito punível na organização da empresa, com o não estariam preenchidas as elementares dos tipos penais que incriminam as empresas<sup>83</sup>.

Queremos dizer que considerando como fundamento da sanção penal contra as empresas a sua organização (defeituosa), os programas de *compliance* efetivos deverão influenciar na determinação da sanção que será imposta e mesmo se será imposta<sup>84</sup>, pois atingem os elementos do tipo que configura a hipótese de incriminação.

---

<sup>80</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.137.

<sup>81</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.127.

<sup>82</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.16. – Introdução por Adán Nieto Martín.

<sup>83</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...) op. cit.*, p.89.

<sup>84</sup> Neste sentido, vide: BACIGALUPO, Silvina. *El modelo de imputación de la responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.109.

O Código Penal australiano (1995), por exemplo, para além de assumir um modelo de responsabilização penal baseado na culpabilidade própria da empresa, estabelece um delito doloso e outro imprudente de responsabilidade coletiva<sup>85</sup>. O crime doloso para que seja imputado à organização terá de preencher duas etapas: na primeira, é preciso demonstrar como o crime foi cometido por um sujeito ligado à organização (sua categoria e competências) para então, num segundo momento, demonstrar que este sujeito foi tácita ou expressamente autorizado a assim agir, no que surge a culpabilidade da empresa.

Por outro lado, sempre que a gestão empresarial for inadequada, o delito será cometido por imprudência, pois neste caso a culpa do ente deriva claramente de um defeito na sua organização, concretizado nos mecanismos de controle, supervisão e de transmissão de informações. Ou seja, as empresas serão responsáveis sempre que a cultura da corporação incentive, tolere, promova ou permita a ocorrência de condutas contrárias à legalidade, com o que poderão eximir sua responsabilização penal, ou, no mínimo, terão sua pena pecuniária minimizada, comprovando a efetividade dos seus programas de *compliance*.<sup>86</sup>

Na Suíça o defeito da organização é elementar do tipo previsto no artigo 102 (100, 4) do Código Penal, com o que o legislador suíço institucionalizou uma culpa autônoma das empresas. Neste caso, diferentemente do ordenamento australiano que subdivide os crimes em dolosos e culposos, os critérios são a responsabilização direta ou subsidiária.

A responsabilidade subsidiária está estabelecida no artigo 100 (1) do referido diploma legal, que prevê a incriminação da empresa quando o fato ilícito punível não pode ser imputado a nenhuma pessoa natural, se foi cometido no exercício da atividade comercial e se esta impossibilidade de imputação à pessoa física se dá em função de uma carência da própria organização da empresa. A responsabilidade direta, por sua vez, artigo 100 (2) cinge-se a tipos taxativos (corrupção, terrorismo e lavagem de dinheiro) e tem como justificativa apenas a falta de medidas de organização para impedir comportamentos contrários à lei.<sup>87</sup>

A influência dos programas de cumprimento normativo no caso destes modelos de autorresponsabilização, portanto, é totalmente diversa daquela que esboçamos no ponto acima<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.130.

<sup>86</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.471.

<sup>87</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.133.

<sup>88</sup> “Podría suponerse que en este punto se encuentra la diferencia sustancial entre el sistema vicarial y el de la responsabilidad por defecto de organización: el defecto de organización y su antónimo, la buena organización (i.e

Aqui, em sendo a própria organização o foco de atenção, a existência *ex ante* de programas efetivos de *compliance* tem como efeito eximir a culpa do ente. Isto porque, quando efetivo o programa significa que a organização tomou todas as medidas necessária para que a lei seja cumprida, com que não haveria justificativa para que fosse responsabilizada criminalmente<sup>89</sup>.

A violação dos deveres de organização da empresa, neste modelo, passa a ser o próprio conteúdo de fundamentação de sua responsabilidade, com o que “(...) *las medidas de compliance tendrán una importancia fundamental a la hora de asegurar el cumplimiento de estos deberes organizativos. El cumplimiento de las medidas apropiadas de compliance se vuelve así en un criterio jurídicos central que decide sobre la imputación del delito a la empresa*”.<sup>90</sup>

Estes programas representam, assim, verdadeiro conjunto de deveres de atuação da empresa juridicamente relevantes – além de conterem regras técnicas e éticas – que refletem as medidas técnicas e científicas supostamente mais atualizadas naquele setor, demonstrando a diligência devida que deve ter a organização para evitar que a sua atividade lesione bens jurídico-penais<sup>91</sup>.

Seguindo esta lógica, a correta observância destas regras pela empresa demonstraria a inexistência de defeitos na sua organização, e, assim, a consequente impossibilidade de culpá-la<sup>92</sup>. Disto é possível concluirmos que os ordenamentos que preveem a incriminação penal de empresas de forma autônoma são também aqueles que mais tendem a estimular a adoção de programas de *compliance*.

Por fim, importa frisarmos que, no âmbito dos modelos de autorresponsabilização, o comportamento da empresa após a ocorrência de um fato-típico ilícito também deve ser levado

---

*la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos), jugarían en el sistema basado en el ‘defecto de organización’ como requisitos de imputación, esto es, del ‘sí’ de la pena; en cambio, en los sistemas vicariales, sólo tendría un rol limitado de ‘quantum’ de la pena”, vide: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...) op. cit.*, p.150.*

<sup>89</sup> Neste ponto importa referir que discordamos do posicionamento de que a existência de um ilícito punível é a prova de inefetividade dos programas de *compliance* especialmente porque a ideia de “risco zero” é utópica. Assim posiciona-se também Teresa QUINTELA DE BRITO: “(...) não há programas de *Compliance* perfeitos que eliminem por completo o risco de comissão de factos puníveis da espécie do cometido. Por isso, é possível que, apesar da eficaz implementação de um programa de *Compliance*, venha a verificar-se um facto punível revelador da insuficiência ou desatualização daquele programa. Facto punível no qual, além disso, se reflecta o específico modo de organização, funcionamento e actuação jurídico-económica do ente (facto-típico colectivo). Então, haverá de apurar se a pessoa jurídica deve ser censurada pelo ilícito-típico colectivo que dela irrompe, ou se este deve considerar-se um ‘acidente de percurso, no qual se não exprime a posição do ente perante as exigências do dever-ser relevantes em concreto no caso”, vide: BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...) op. cit.*, p.81.

<sup>90</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...) op. cit.*, p.89.

<sup>91</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...) op.cit.*, p.217.

<sup>92</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...) op.cit.*, p.217.

em conta no momento de determinar a sua culpabilidade, podendo, através da implementação posterior de programas de *compliance* efetivos, por exemplo, diminuir a pena eventualmente imputada, ou mesmo, afastar completamente a responsabilidade penal da empresa<sup>93</sup>.

#### 1.4.3. MODELO MISTO

Mesclando os dois modelos anteriores, o modelo misto permite que a ausência de culpabilidade autônoma da empresa anule a transferência das consequências da conduta dos particulares para o campo de responsabilização dos entes coletivos, prevista nos modelos de heteroresponsabilização, mas mantém a relevância do sujeito que toma a conduta.

Para Adán NIETO MARTÍN, o tipo subjetivo com que os sujeitos individuais agem não determina o tipo subjetivo da organização, como propõe a teoria vicarial, mas é indicador relevante da gravidade do defeito da organização.<sup>94</sup> Neste sentido, em sendo comprovado que a organização detinha medidas de controle e gestão de riscos efetivamente implementadas, não haveria porque responsabilizá-la.

O maior exemplo deste modelo misto de responsabilização de organizações está nas *Sentencing Guidelines americanas* de 1991 no que foram seguidas pelo Decreto-Lei italiano 231/2001.

Nos Estados Unidos, desde o *Model Penal Code* (seção 2.07), existe a previsão de invocar a *due diligence* como argumento de defesa das organizações de modo que, embora identificado um fato ilícito punível, a culpa da organização seja eximida. Com as *Sentencing Guidelines*, a *vicarious liability* sofreu significativas modificações. Partindo da ideia de um modelo fracassado de controle da criminalidade empresarial, a filosofia que marca estas diretrizes passa a ser a de corresponsabilizar a própria empresa na prevenção e na investigação de delitos.<sup>95</sup> Surge a ideia de

---

<sup>93</sup> Concordando com esta hipótese, em se tratando de modelos de responsabilização penal baseados no defeito da organização: “aquí, el *compliance* es decisivo tanto en el caso de que se haya adoptado antes de la comisión del delito como en el supuesto de que se adopte como reacción tras descubrir alguna infracción en el seno de la empresa”, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.468. Em sentido contrario, William LAUFER entende que “the recognition of postoffense behavior by courts and guidelines abandons the substantive law while it redefines blame”, vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, p.189.

<sup>94</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.164.

<sup>95</sup> “En vez de pensar en corporaciones éticamente indiferentes, se parte de que la empresa es o puede ser un buen ciudadano que colabore con la administración de justicia, promoviendo activamente en su interior los valores e

cidadão corporativo como aquele que cumpre satisfatoriamente suas obrigações de autocontrole e de auto organização, o que lhe permite cumprir a lei e fomentar sua reputação através de uma valorização de relações e condutas éticas.<sup>96</sup>

As diretrizes não preveem qualquer modelo novo de responsabilização, partem da *vicarious liability* para, no momento de determinar a sanção, multiplicar o dano resultado da infração penal pela culpabilidade da empresa. Assim, a pena inicial poderia tanto aumentar quanto diminuir, dependendo do grau de culpabilidade da organização. O grau de culpabilidade parte de um padrão que começa em 5 que pode ser aumentado, em função das agravantes – influência ou tolerância pelos superiores hierárquicos de práticas delituosas; o histórico criminal da organização/reincidência<sup>97</sup>; a intenção premeditada de negativamente influenciar na investigação e na administração da justiça – ou diminuído, em função das atenuantes – dispor de um programa ético e de cumprimento efetivo; praticar a autodenúncia, cooperando com a Administração Pública na investigação ou mesmo aceitando sua responsabilidade.

Neste ponto fica evidente o caráter temporal (alargado) do modelo de culpabilidade autônoma da organização, pois, à exceção da participação ou tolerância pelos superiores hierárquicos, todas as demais hipótese de agravantes e atenuantes das *Sentencing Guidelines* são anteriores à ocorrência do fato delituoso. Contar com um programa de *compliance*, por exemplo, pode diminuir até 3 dos 5 pontos iniciais, traduzindo-se na redução de até 95% da multa penal, com o que “*esta fuerte atenuación convierte a estos programas en la piedra angular de las Guidelines*”<sup>98</sup>.

Como visto anteriormente, na Itália, seguindo a leitura expressa do que determina o DL 231/2001, a adoção de programas de cumprimento efetivos poderia levar à exculpação da empresa quando o delito fosse cometido por um subordinado ou por um dirigente que burlasse as medidas de prevenção previamente adotadas.

---

*intereses que tutela la norma penal*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., p.183.

<sup>96</sup> “*La justicia penal concentrará sus esfuerzos en la persecución de las personas jurídicas <<más perversas>>, menos cooperativas. Esta estrategia se refleja en la determinación de los fines de la pena. Si en las directrices de peronas naturales primo lá prevención general y la retribución, por el contrari en lo concierne a las personas jurídicas prima la motivación a la autorregulación*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., p.183.

<sup>97</sup> O que determina os setores criminógenos da organização, por exemplo.

<sup>98</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., pp.190/191.

O texto do decreto italiano é claramente baseado nas diretrizes americanas: tem o modelo vicarial como critério de imputação para, então, no momento da sanção penal trabalhar a culpabilidade da organização. Ademais, contém detalhes sobre o sistema de imputação, bem como regras processuais específicas. Trata-se, enfim, de um *mini-codice per le persone juridiche*.<sup>99</sup>, no qual (artigo 6º) é prevista a hipótese de afastamento da pena quando o ente demonstra que adotou, antes da comissão do ilícito punível, modelos de organização e de gestão idôneos para prevenir infrações penais do tipo que esteja sendo questionando.

A diferença do sistema italiano para o americano está, principalmente, no fato de que enquanto nos Estados Unidos a culpabilidade da empresa é perquirida no momento de delimitar a pena, no caso italiano poderá servir, inclusive, para excluir a imputação criminal, em verdadeira configuração de *defense* da organização. Quanto às consequências jurídicas, no caso americano são previstas a reparação, a multa e a *probation*<sup>100</sup>, enquanto no sistema italiano, a reparação e a *probation* se misturam e surgem as sanções interditivas. No mais, à diferença do modelo americano, no decreto italiano não há estímulo à cooperação da empresa com a autoridade pública, direcionando-se apenas à prevenção de delitos e não também ao seu descobrimento, o que configura uma diferença político-criminal relevante, pois o comportamento *post* delitivo da organização é reduzido, no caso do Decreto-Lei 231/2011, à reparação do dano e à implementação de programas de *compliance* antes da judicialização.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> No caso italiano, lembremos, o legislador considera estas sanções ilícitos administrativos dependentes de um infração penal (artigo 1º do decreto), do que “*más que obsesionarse en determinar exactamente la naturaleza jurídica en un sistema de lógica binaria: sanción penal-sanción administrativa, debe reconocerse que se trata de un tertium genus: naturaleza administrativa con garantías penales*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.196.

<sup>100</sup> Sobre este modelo de sanção, Günter HEINE escreveu: “*Corporate probation in the U.S., is a sanction aimed at reforming the enterprise, preventing recidivism, at the same time avoiding the extreme consequence of complete financial ruin. Corporate probation includes the whole spectrum of orders, such as compensation, reorganization etc. Even community service may be imposed. For example, a large bakery may be ordered to supply bread to slums or a company may be ordered to assist, through the transfer of know-how, a non-profit organization in developing re-integration programs for prisoners. There are several advantages to corporate probation as a sanction: the impact of the measure is largely felt internally, with less punitive emphasis on corporate managers; it can be borne by corporations without causing their financial ruin; and, a corporation can be required to report on its progress in detail during the probationary period, in itself a means of promoting self discipline. In this way, a meaningful link between individual and collective liability can be made, thus piercing the veil of corporate obscurity which may otherwise inhibit effective legal control of corporate delinquency. To a certain extent, the measure may promote the establishment of two levels of accountability: externally, the corporation is answerable to the law, while internally individuals are answerable to the corpora- tion*”, vide: HEINE, Günter. *Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability (...) op. cit.*, pp.249/250.

<sup>101</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, pp.178/197.

Na Alemanha, o modelo da *vicarious liability* foi adotado no âmbito das *Ordnungswidrigkeiten* (parágrafo 30 OWiG) <sup>102</sup>. Contudo, como são muitas as normas que determinam deveres de agir próprios das organizações, indiretamente ocorre uma pressão para a adoção de programas de *compliance*, especialmente no caso de empresas cuja atividade está relacionada ao sistema financeiro.

Como visto, o modelo anterior parte da premissa de um defeito na organização da empresa. Mas em que consiste este defeito? Como saber o que é o bem organizar uma empresa? A teoria da culpabilidade autônoma sofre com o problema de taxatividade dos seus conceitos essenciais. A solução para dar fim a este problema está nos modelos mistos, com a criação de programas de *compliance* cuja função, dentre outras, estará justamente em delimitar do que se trata este padrão de (auto)organização e de (auto) controle a partir do qual saberemos se há ou não algum defeito que justifique a incriminação penal.<sup>103</sup>

#### 1.5. HIPÓTESES LEGAIS DE APLICAÇÃO JUDICIAL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE CRIMINAL

Uma das premissas dos programas de *compliance* é que o seu custo de implementação seja menor do que o custo das possíveis sanções aplicáveis contra a organização, caso não existam medidas de prevenção e de controle.

Um programa poderá ser instaurado *ex ante* a ocorrência do fato punível ou apenas *ex post*, como já tivemos oportunidade de mencionar<sup>104</sup>, e poderá, ainda, ter diferentes aplicações no decurso de um processo penal.

As hipóteses de aplicação judicial destes instrumentos poderão ser garimpadas nos diplomas legais que reconhecem os programas de *compliance*, ainda que de forma muito

---

<sup>102</sup> “De este modo, aunque la exigencia de un defecto de organización no ha sido consagrada en el tenor de la ley del §30 OWiG (a diferencia del §130 OWiG), no hay duda que constituye la base teleológica del §30 OWiG, lo que repercute especialmente en la medición de la pena”, vide: SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...)* op. cit., p.87.

<sup>103</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., p.172.

<sup>104</sup> “Es claro que si la implantación de programas preventivos para el futuro puede atenuar la pena de la persona jurídica, su existencia antes de la comisión del delito puede excluir la culpabilidad de organización. En verdad, no existe ninguna razón para justificar que quien antes de la comisión del delito imputable a la persona jurídica haya tenido un adecuado programa de compliance que permita distanciarla del hecho de sus administradores se encuentre en peor posición que quien sólo promete tenerlo en el futuro”, vide: BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal (...)* op.cit., p.133.

genérica. O modelo de responsabilização de empresas adotado em cada legislação determina a extensão processual destes programas: enquanto nos modelos que consideram a culpabilidade da empresa como autônoma a implementação de programas eficientes de *compliance* atinge o injusto em si, no caso dos modelos de heterorresponsabilização o alvo destes programas está na medida da culpabilidade da organização, aferida apenas para fins de determinação do *quantum* de pena. Assim, somente a jurisprudência, e, portanto, a efetiva aplicação judicial destes instrumentos é que poderá delimitar o papel que de fato ocupam no processo penal.

### 1.5.1. COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Não há dúvidas de que o grande incentivo às empresas na implementação de *criminal compliance programs* está na possibilidade de eximirem-se de sanções penais. Como vimos, os modelos de responsabilização autônoma das organizações são aqueles que acabam por estimular a adoção de programas de *compliance*, especialmente quando assumem o conteúdo de defesa da organização.

No exemplo americano, as sanções previstas nas *Sentencing Guidelines* são (i) ressarcimento do dano causado pela infração (restituição, medidas de reparação ou o trabalho em benefício da comunidade)<sup>105</sup>; (ii) a supervisão judicial (*probation*), requerendo que a empresa adote um programa de *compliance* efetivo e o remeta ao Tribunal para aprovação; (iii) e a multa pecuniária.

No caso do Decreto-Lei italiano 231/2001, o artigo 6º prevê que o ente coletivo não responde se comprovar uma adequada organização preventiva, ou seja, que adotou um modelo de organização e de gestão idôneo para prevenir delitos da espécie identificada, se confiou a vigilância do funcionamento deste modelo a órgão autônomo, e se a(s) pessoa(s) que

---

<sup>105</sup> “Por lo que se refiere a la primera, ésta tiene como finalidad primordial el resarcimiento total de las víctimas. En cuanto a la segunda y a la tercera deben señalarse ciertas cuestiones de interés. Así, llama la atención el que una agencia gubernamental como, por ejemplo, la agencia de protección ambiental, pueda también tener autoridad para imponer medidas de reparación del daño. El resultado de esta posibilidad es que los mandamientos de reparación que pueda expedir el Tribunal deben coordinarse con las acciones civiles o administrativas adoptadas por la correspondiente agencia administrativa gubernamental, lo cual presupone una adecuada comunicación entre los órganos judiciales y administrativos”, vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...)* op. cit., p.71.

cometeu(ram) o delito agiram ludibriando, fraudulentamente, o referido modelo de organização e de gestão.

Na Lei Chilena 20.393/2009, também há previsão neste sentido, condicionando a responsabilidade de entes coletivos ao descumprimento de deveres de direção e de supervisão, e à inexistência de modelos de organização, administração e prevenção do fato ilícito ocorrido.

Na Suíça, como vimos, em alguns tipos penais específicos, a culpabilidade do ente coletivo é comprovada pela falha nas medidas de prevenção, necessárias e razoáveis, havendo, assim, a responsabilização direta da empresa. Aqui, o ônus de provar a ausência de medidas de prevenção será da acusação, sendo certo que, uma vez comprovada a existência destas medidas, não haverá responsabilização penal do ente coletivo.

Em outros casos, como no Reino Unido e no Canadá, o ônus de provar que o programa de *compliance* deve excluir ou minimizar a pena contra a empresa será dela própria<sup>106</sup>. No Reino Unido, a partir do *Bribery Act* 2010, *Section 7*, “*el modelo basado en el fallo de organización está presente en la Sección 7 de la ley. Se trata del delito consistente en prevenir el pago de sobornos por parte de la empresa. Lo que es novedoso es la defensa de los ‘procedimientos adecuados’ a través de la cual el compliance a desplegar todos sus efectos*”.<sup>107</sup>

Na sessão 12.3(1) do Código Penal australiano, em seu artigo 2.5 (*Commonwealth Criminal Code Act, 1995*) é imputado à empresa delito doloso ou imprudente quando for provado que a corporação expressa, tácita ou implicitamente autorizou ou permitiu a comissão de delitos. Neste caso, autorização ou permissão vêm compreendidas pela prova de que há uma cultura corporativa própria da empresa e que, no momento da comissão do delito, esta estava dirigida para facilitar ou tolerar o incumprimento de normas, ou, ainda, pela prova de que a empresa falhou na criação e na manutenção de uma cultura corporativa de deveres de cuidado.<sup>108</sup>

Em Portugal, Teresa QUINTELA DE BRITO<sup>109</sup> ao analisar a responsabilidade penal de entes coletivos (artigo 11º do CP) identifica no requisito “comissão” do fato punível no interesse da empresa uma abertura às questões de autorregulação e de auto-organização. Segundo a autora, o modo de organização, de funcionamento e a atuação jurídico-econômica são fatores

---

<sup>106</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.476.

<sup>107</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.473.

<sup>108</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.212. – nota de rodapé 5.

<sup>109</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance”* (...) *op. cit.*, pp.76/81/83.

determinantes na análise de censurabilidade das empresas, portanto, se o eventual fato punível não condiz com estes fatores empresariais “*inexiste o próprio ilícito-típico colectivo, de modo que nem chega a suscitar-se um problema de culpa*”.

Com isto, a mera implementação de um programa de *compliance* nada diz com a culpa da organização (“*tal como sua ausência não implica forçosamente culpa penal do ente*”). O que terá valor na determinação da culpa da empresa é a existência efetiva na organização de uma cultura de respeito ao Direito (em todos os níveis hierárquicos). Neste sentido, os códigos de conduta derivados (ou não) dos programas de *compliance* somente terão peso suficiente para excluir a responsabilização da empresa pelo fato punível concreto “*se forem efectiva e seriamente praticados a todos os níveis de actuação da pessoa jurídica, permanentemente auditados, revistos e actualizados, num permanente, claro, transparente e inacabado processo de comunicação da pessoa jurídica consigo mesma e com o exterior*”<sup>110</sup>.

O ponto que interrelaciona todos estes exemplos legislativos é a possibilidade de que a empresa seja considerada uma “*good citizen corporation*” e que, com isto, não faça sentido a responsabilização criminal. A conclusão de que a implementação destes programas teria como máximo alcance a exclusão da pena contra os entes coletivos baseia-se em três argumentos: (i) literal: a existência do programa demonstra que a empresa atua de forma diligente, segundo o devido controle que deve exercer sobre os subordinados; (ii) teleológico: se existe um programa de *criminal compliance* responsabilizar a empresa seria violar o princípio de responsabilidade (de culpabilidade adaptado às empresas); (iii) sistemático: se a implementação de um programa efetivo de prevenção e de controle de riscos, *post delictum* pode atenuar a pena imposta à empresa, a existência de um programa previamente implementado, logicamente, deveria excluir sua responsabilidade.<sup>111</sup>

A ideia de exclusão desta penalização não é bem vista por muitos autores segundo os quais, ainda que existam medidas preventivas e de fomento da ética empresarial, a simples ocorrência de um fato ilícito punível no bojo da atividade empresarial direciona à conclusão de que este conjunto de medidas, traduzido num programa de *compliance*, é ineficiente e, portanto, incapaz de servir como excludente de responsabilização. Por outro lado, como antecipamos, seria este o

---

<sup>110</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...)* op. cit., p.84.

<sup>111</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Edisofer/IBdeF, 2013.p.275.

maior incentivo em se tratando de fomento da implementação de programas de *criminal compliance* pelas empresas.

### 1.5.2. COMO ATENUANTE DE SANÇÕES PENAIS

Mais comum que a exclusão de responsabilidade penal, a implementação de programas de *criminal compliance* efetivos garante, em boa parte dos casos, a atenuação de penas, independentemente do modelo de responsabilização adotado pelo ordenamento (modelo de responsabilização vicarial, modelo de autorresponsabilização, e modelo misto).

Exemplo disto é o artigo 31 bis 4.d da LO 5/2010 espanhola, cujo texto diz: “*junto a las genéricas atenuantes de confesión (por medio de sus representantes) y a la reparación o disminución del daño, han sido previstas dos de gran significación para entender el régimen de responsabilidad penal al que se somete a las personas jurídicas: la colaboración en la investigación del hecho mediante la aportación de pruebas y el establecimiento de medidas de prevención para el futuro*”<sup>112</sup>. Este dispositivo permite, inclusive, que os programas de *compliance* operem como circunstâncias atenuantes pós delitivas de responsabilização de entes coletivos<sup>113</sup>.<sup>114</sup>

As *Sentencing Guidelines* preveem a adoção de programas de *compliance* como atenuante da pena pecuniária imposta à empresa, com exceção de alguns casos específicos, e determinam, ainda, a adoção de estandartes de controle adequados se: “(1) *l’organizzazione prima dell’imminente indagine degli inquirenti e in un lasso di tempo ragionevole dopo la scoperta del reato denuncia lo stesso, collabora concretamente all’attività investigativa, riconosce ad accetta pienamente le sue responsabilità, si sottraggono 5 punti al grado di colpevolezza; (2) se l’organizzazione ha collaborato pienamente alle indagini ed ha riconosciuto la sua*

---

<sup>112</sup> BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.127.

<sup>113</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...) op.cit.*, p.196.

<sup>114</sup> No caso Siemens, por exemplo, graças à colaboração da companhia com as autoridades e à realização de investigações internas, a multa inicial foi consideravelmente diminuída, vide: MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.490.

*responsabilità, si sottraggono 2 punti; (3) se l'organizzazione ha ammesso pienamente la sua responsabilità, si sottrae un punto*'''.<sup>115</sup>

No caso italiano, por exemplo, embora a adoção de programas de *compliance* após a descoberta do delito não seja suficiente para evitar, *per se*, a condenação criminal da empresa, a implementação de programas de cumprimento após a descoberta do delito serve para barrar a imposição de medidas cautelares (art. 17, DL 231/01). E, uma vez impostas estas medidas interditivas, poderá o juiz italiano suspendê-las sempre que a empresa peça, durante a investigação, tempo para implementar um *compliance program* (art. 49, FL. 231/01).

Poderia ser, inclusive, a forma de introduzir o instrumento dos programas de *compliance* na lei brasileira que criminaliza os entes coletivos, a Lei 9.605/98 - Lei dos Crimes Ambientais. A única previsão de atenuação de pena contra as empresas está, como dissemos acima, na Lei 12.846/13, que trata das práticas corruptivas e tem teor exclusivamente administrativo e cível. No caso do direito penal, parece-nos, *lege ferenda*, que poderia ser agregada como circunstância atenuante da pena (artigo 14 da Lei 9.605/98), ou mesmo como medida de substituição da pena, a implementação de programas de *compliance* cujo objetivo fosse, primordialmente, a prevenção e o controle de riscos ambientais.

A possibilidade de atenuação da pena, portanto, em havendo a implementação de programas efetivos de *compliance* criminal é uma realidade comum nos ordenamentos que tratam o instrumento, sendo de destacar, por fim, que, nos casos de reincidência, a ausência de um programa de *compliance* pode servir como agravante das penas<sup>116</sup>.

### 1.5.3. COMO SANÇÃO PENAL E COMO ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EMPRESA

Os programas de *compliance*, além de excluírem ou atenuarem as penas impostas aos entes coletivos, podem servir como verdadeiras sanções ou, ainda, como objeto de acordos entre a

---

<sup>115</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.134.

<sup>116</sup>Tal como no caso SIEMENS, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...)* op. cit., p.479.

autoridade pública e a organização privada, mediante a aplicação do princípio de oportunidade da ação penal<sup>117</sup>.

Sejam objeto de condenação ou de acordo, a aplicação da condicionante de implementação de programas de *compliance* criminal efetivos representa um custo alto para a empresa, um custo que deve ser menor do que o custo da multa eventualmente imposta para que seja economicamente incentivado.

Nos Estados Unidos, estes programas de *criminal compliance* podem ser objeto dos acordos preprocessuais, como os *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) e os *Non-Prosecution Agreements* (NPA)<sup>118</sup>, assinados pelo imputado com um órgão da Administração Pública ou podem ser objeto da própria sentença criminal<sup>119</sup>.

Na Suíça também há a possibilidade de não processamento criminal da empresa mediante a adoção e programas de *compliance*, como ocorreu no conhecido caso Alstom, em que a agência *ETHICH Intelligence* em 2008 certificou que o programa de *compliance* da empresa era “bom”, sendo um dos primeiros no ranking da agência de certificação<sup>120</sup>.

Independentemente do modelo de responsabilização adotado, no momento de estipular as sanções contra a empresa, surge a hipótese de que a própria organização tome medidas para corrigir seus defeitos de organização a partir da implementação do seu programa de *compliance criminal*, caracterizando a chamada responsabilidade reativa. Segundo Percy GARCÍA CAVERO, esta nova situação poderia ser valorada como uma circunstância positiva na individualização das sanções impostas às empresas, seja como atenuação de penas mediante a

---

<sup>117</sup> Sobre o princípio em voga, vide: TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da Oportunidade – manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico constitucional*. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2006. E, ainda: TORRÃO, Fernando. *A sociedade de Risco e oportunidade: a intervenção penal entre a tentação de um modelo repressivo e os limites da proibição do excesso* In Revista de Ciência e Cultura Lusíada. n. 1 e 2, 2002.

<sup>118</sup> No caso *United States v. C.R. Bard, Inc.*, 848 F. Supp. 287 (D. Mass, 1994) determinou-se, em acordo pre processual, que a empresa implementasse um programa de compliance, vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...) op. cit.*, p.507.

<sup>119</sup> “*Though the decision to implement a compliance program is usually made by the corporation itself, corporations must sometimes implement compliance programs as part of criminal sentences (...) This is especially true in the context of antitrust cases. See, e.g. United States v. Univision Communs, Inc. No. CV03-0758, 2003 U.S. Dist. LEXIS 24294, at \*16 (D.D.C. Dec. 23, 2003; United States v. Gemstar-TV GUIDE INT’L, Inc., No. 03-0198 (JR), 2003 U.S. Dist. LEXIS 12494, at \*7 (D.D.C. July 11, 2003); United States v. Compute Assocs. Int’l, No. 01-02062, 2002 U.S. Dist. lexis 23039, At \*9 (D.D.C. Nov., 20, 2002); United States v. Federation of Physicians and Dentists, Inc., CA 98-475 JJF, 2002 U.S. Dist. LEXIS 22527, ar \*13 (D. Del. Nov..5, 2002)*”, vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...) op. cit.*, p.502.

<sup>120</sup> Programa de *compliance* da empresa Alstom disponível no endereço: <http://www.alstom.com/press-centre/2013/6/appointment-in-alstoms-ethics-compliance-department/> (acesso: fevereiro/15).

implementação do programa, seja como excludente da responsabilidade penal, mediante a substituição da sanção pela determinação de implementar um programa efetivo de *compliance*.<sup>121</sup>

Programas de *compliance* são técnicas de controle para conter fenômenos que podem dar ensejo à responsabilização da empresa antes mesmo que seja necessária a intervenção do direito penal. São mecanismos de aproximação das medidas sancionatórias e compensatórias, justamente para que não haja qualquer necessidade de intervenção do direito penal.

Com isto, é evidente que no âmbito do princípio da oportunidade<sup>122</sup> há uma maior amplitude de aplicação destes programas<sup>123</sup>, com o que podemos concluir que os regimes de controle da criminalidade empresarial que não estiverem dispostos a flexibilizar a obrigatoriedade da ação penal, permitindo o recurso a acordos preprocessuais ou a acordos na própria sentença penal, não estão preparados para o uso prático e produtor de *programas de criminal compliance*. De modo inverso, ao prever um instrumento consensual, cooperativo, transparente, de desburocratização e de simplificação como este para dentro do seu ordenamento jurídico, mantendo suas estruturas de combate à criminalidade empresarial engessadas pelo intervencionismo estatal, estarão convidando um elefante para sentar-se à mesa de jantar.

## 1.6. REQUISITOS DE EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

Para que tenham efeitos no mundo jurídico como causa de afastamento da responsabilidade penal das empresas ou, no mínimo, como hipótese de diminuição de penas pecuniárias, os programas de *criminal compliance* devem traduzir-se em instrumentos de direção e gestão que demonstrem a capacidade de prevenir, detectar e remediar incumprimentos éticos e normativos

---

<sup>121</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra, 2014.p.96.

<sup>122</sup> "The Sentencing Guidelines are an example of negotiated governance, where the regulated parties, i.e. the corporations, are given a voice in regulatory implementation. In the instance, it is the incompleteness of the law that gives corporations their voice. The Sentencing Guidelines do not prescribe every detail of compliance program design and implementation, leaving that task to each individual corporation. In doing so, the Guidelines create a possibility for opportunistic decisions by corporations. Those corporations may implement 'window-dressing' compliance programs to reduce criminal liability for the corporation instead of installing truly effective programs", vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...) op. cit.*, p.512.

<sup>123</sup> "Policy statements issued by the largest regulatory agencies reinforce the move away from command and control strategies to a brand of negotiated compliance, coerced cooperation, and regulatory persuasion. Most offer generous leniency and amnesty programs for corporate cooperators. Organizational cooperation and acceptance of responsibility are exchanged by corporations for mitigation, exculpation, or absolution. In fact, corporations have little choice but to trade favors with authorities with the threat of significant sentencing guidelines - prescribe fines", vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, p.37.

que podem ocorrer no dia a dia dos negócios empresariais<sup>124</sup>. A efetividade aqui quer dizer a própria confiabilidade do programa, ou seja, que não se trata de mera “cosmética” por parte do empresário, buscando distorcer a verdadeira realidade da organização, em troca de benefícios legais<sup>125</sup>.

Segundo Cristina DE MAGLIE, “(...) *un compliance program effettivo deve essere costruito a misura della corporation, tagliato sulla sua cultura, la sua personalità, il suo ethos*”.<sup>126</sup> A efetividade destes mecanismos, portanto, deverá ser pensada e averiguada no particular, tendo em conta a dimensão da organização, a complexidade da atividade exercida, a própria natureza da atividade e os riscos concretos que suporta, a quantidade e a formação dos colaboradores da organização, o regime jurídico, a comunidade em que está inserida, o número de filiais e a localização destas (se em diferentes ordenamentos jurídicos), o modelo contábil, o histórico da organização (se há focos de criminalidade e casos penalmente relevantes anteriores), os terceiros atingidos/interessados (*stakeholders*), etc.

A lei, como é fácil concluirmos, é inapta a predeterminar todo este conjunto complexo de requisitos essenciais a efetividade individualizada<sup>127</sup>. Não só porque os programas devem ser moldados à cada organização, mas também porque a dinâmica legislativa não corresponde à dinâmica de previsão das técnicas de controle e de prevenção. A lei, ao contrário, engessaria estes *standarts* de conduta, com o que logo se tornaria defasada em função de medidas de controle mais modernas, mais eficientes, e, por fim, mais adequadas a cada atividade.<sup>128</sup>

---

<sup>124</sup> Segundo da determinação australiana em *Australian Competition and Consumer Commission v. Australia Safeway Stores Pty Ltda (1997)* 75 FCR 238.

<sup>125</sup> Nos Estados Unidos, “*window-dressing*” programs.

<sup>126</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L’etica e il mercato (...) op. cit.*, p.112.

<sup>127</sup> É significativa a tomada de posição exposta por Philip WELLNER ao afirmar que a previsão dos programas de *compliance* nas *Sentencing Guidelines* desestimula a busca pela efetividade destes instrumentos, com o que deveria ser atualizada esta previsão, com a sua retirada (“*A decade of experience with the Sentencing Guidelines 'inclusion of compliance programs should provide sufficient empirical data to re-evaluate their role, and that data itself leads to the conclusion that while compliance programs may be useful in deterring crime, the Sentencing Guidelines themselves are not a positive influence on their effectiveness*”, p.519). Segundo o autor, quanto mais eficiente for o programa, mais exposta estará à organização à fiscalização estatal e a terceiros potencialmente litigantes contra a empresa. Com isto, a própria previsão das *Sentencing Guidelines* desincentivaria programas eficazes, estimulando, ao contrário, que as empresas adotem “*sub-optimal programs*”. Ademais, os mecanismos adotados pela organização para que cumpra a lei aumentam, por óbvio, as chances de detectar condutas ilícitas/desviadas, aumentando, assim, a possibilidade de responsabilização criminal das organizações, motivo pelo qual estas não adotariam as medidas realmente eficazes no controle de condutas criminosas. Vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...) op. cit.*, pp.511-514.

<sup>128</sup> Neste sentido, William LAUFER: “*the purchase of compliance sufficient to shift the risk of liability and loss, in certain firms, has the effect of decreasing levels of care (...) even if one pretends, disregards, and forgets, it remains that there is a little wisdom in the birth of new standarts of corporate self-regulation without an agreed-upon method*

Ademais, como estamos tratando de padrões de conduta que fomentam a obediência ao direito e a disseminação de uma ética empresarial, as próprias organizações são as melhores fontes para determinar quais são, de fato, os seus limites de ação. Supondo que a lei tivesse condições de prever estes padrões, correríamos o risco de exigir a menos das empresas se na norma estivessem padrões abaixo daqueles que as empresas tivessem como ideais. Estaria, assim, legalmente corretas, embora não cumprissem com os padrões mais adequados à prevenção e controle de riscos. Poder mais, nestes casos, significaria cuidar mais, prevenir mais, controlar mais.

Mas para que isto ocorra, deverá a legislação, é verdade, determinar requisitos básicos, como ocorre com as *Linnee Guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo*, elaboradas em 2002 pela *Confindustria*, assim como no caso das próprias *Sentencing Guidelines*<sup>129</sup>.

Segundo estes diplomas, são elementos básicos de num programa de *compliance*: (i) um código de conduta ou códigos éticos e sistemas de formação dos colaboradores ao estilo *tone at the top* (direcionados a todos os envolvidos na atividade empresarial, incluindo o alto diretivo); (ii) um cargo de *compliance officer*, com autonomia e disponibilidade de recursos dentro da organização; (iii) um sistema de controle e procedimentos internos que assegurem a descoberta de comportamentos ilícitos; (iv) um canal de denúncia que assegure aos denunciantes (*whistlerblowers*) anonimato ou, ao menos, a segurança de que não haverá qualquer retaliação; (v) a revisão periódica do programa por auditores internos e externos<sup>130</sup>.

---

*of assessing compliance with those standarts*", vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, pp.127/128.

<sup>129</sup> Em novembro de 2004, uma ementa às *Sentencing Guidelines* entrou em vigor para detalhar em que consistiria um programa efetivo de *compliance*, "*the amendment provides that a compliance program will now only be considered effective if 'it promote(s) an organizational culture that encourages ethical conduct and commitment to compliance with the law'*": *United Sentencing Guidelines Manual*, § 8B2.1 (2004). Ainda, a título exemplificativo, na Lei brasileira 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção, apesar da previsão normativa de atenuação de penas em havendo *mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentive à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica* (artigo 7o, VIII), não há um rol de medidas consideradas essenciais à esta aplicação efetiva. No parágrafo único do referido dispositivo está a indicação de que os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo. Passado mais de um ano de vigência do diploma, não há qualquer regulamentação federal. Conforme o teor do artigo 8o do mesmo diploma legal, também os estados da federação brasileira poderão regulamentar a matéria, e neste sentido já foram promulgados Decretos Estaduais no Tocantins (número 4.954 de 13 de dezembro de 2013), em São Paulo (número 60.106, de 30 de janeiro de 2014) e no Paraná (número 10.268, de 20 de fevereiro de 2014).

<sup>130</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.223.

Estes requisitos demonstram o mínimo que devem ter os programas de *criminal compliance*, mas são insuficientes à conformação do que se possa chamar “programa efetivo”. A estes deverão ser agregados requisitos específicos, montados conforme as características particulares de cada empresa, sendo verdade que setores de atividades específicas (farmacêutica, riscos laborais, segurança alimentícia, segurança aeronáutica etc.) podem contar com “*bolsas de conocimiento*” oferecendo estruturas familiares à da empresa na conformação destes instrumentos, inclusive diminuindo os custos da sua elaboração e evitando um excesso de controle em áreas cuja gestão e prevenção de riscos não seja necessária<sup>131</sup>.

Estes requisitos específicos podem surgir de normativas (técnicas, por exemplo), de normas administrativas (regulamentos), de programas de *compliance* de outras organizações já considerados como efetivos, do próprio programa da organização, bem como poderão ser fruto da construção jurisprudencial.

Neste ponto, mesmo nos casos em que a previsão de *compliance programs* existe há bastante tempo (como nas *Sentencing Guidelines* e no *Bribery Act*), são raríssimas as decisões judiciais que abordam o tema.<sup>132</sup> Marta MORALES ROMERO diz, em estudo sobre a jurisprudência relacionada à corrupção internacional, que o motivo desta falta de julgados está no fato de que os juízes não analisam profundamente estes mecanismos, e quando o fazem é de forma muito fragmentária: ou atenuam as penas diante da existência de programas de *compliance*, mesmo sem averiguar sua efetividade, ou castigam as empresas simplesmente por, em podendo, não terem implementado nenhum programa<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup>BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas* (...) *op. cit.*, p.280.

<sup>132</sup>“*La jurisprudencia norteamericana, que es la que más experiencia tiene en este ámbito, es muy parca a la hora de señalar cuáles deben ser los criterios de calidad de los programas de cumplimiento, más allá de las especificaciones generales del Guidelines. Tampoco los acuerdos de los fiscales, los famosos deferred prosecution agreements, proporcionan una mayor información a la pregunta de qué hacer. Es decir, sabemos, y existe acuerdo en que son necesarios canales de denuncias, formación, revisión interna y externa de los programas de cumplimiento, códigos éticos... pero ¿qué más?, ¿cómo concretar este esquema general en cada un de las empresas?, ¿cómo puede saber la empresa que le exige el derecho penal?*”, vide: MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento* (...) *op. cit.*, p.158.

<sup>133</sup> Segundo o estudo apresentado pela autora, nos Estados Unidos, berço do instituto, não existe virtualmente nenhuma empresa que quando condenada teve seu programa de *compliance* considerado adequado/efetivo. Sendo que entre 1996 e 1999, somente três companhias receberam o benefício de atenuação das penas em função de comprovarem a implementação de um programa de *compliance* efetivo, vide DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada* (...) *op. cit.*, p.214. Sobre dados empíricos, importante destacarmos o estudo apresentado em artigo por Philip WELLNER, segundo o qual: “*In 2002, only 162 organizations were sentenced under the monetary fine guidelines of Chapter Eight of the Sentencing Guidelines. None of these organizations received a downgrade for having an effective compliance program. In fact, none of the organizations were found to have any compliance program at all, effective or otherwise. Similarly, of the*

Outro motivo para a escassez de julgados poderia ser o protagonismo do princípio da oportunidade nestes ordenamentos<sup>134</sup>. Nos países anglossaxões, o fenómeno do *plea bargaining*, por exemplo, contribui de forma significativa para que inexista na jurisprudência “(...) *un cuerpo unitario de casos que se tomen como referencia para el diseño e implementación de los programas de cumplimiento*”.<sup>135</sup> Neste sentido, a fase preprocessual ganha especial importância na avaliação destes mecanismos de *criminal compliance*, pois as autoridades fiscais, com grande discricionariedade, têm mais chances de valorá-los do que os próprios juizes<sup>136</sup>, a partir do que os acordos entre as autoridades públicas americanas e as empresas, *Deferred Prosecution*

---

92 organizations sentenced in 2001, two had implemented compliance programs that the courts judged ineffective; the rest did not have compliance programs at all. This data leads to two possible conclusions. One is that there are very few instances of crimes taking place within a corporation in spite of its compliance program”, vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution* (...) *op. cit.*, p.516). Para dados mais atualizados, vide as publicações do ERC, organização sem fins lucrativos dedicada à investigação independente e ao estabelecimento de standarts éticos e de boas práticas em instituições públicas e privadas, disponível em <http://www.ethics.org/> e [www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf](http://www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf) e também *U.S. Sentencing Commission, Annual Resoucebooks* (1996-2010), disponível em [http://www.ussc.gov/Dataand\\_Statistics/archives.cfm](http://www.ussc.gov/Dataand_Statistics/archives.cfm), (acesso: fevereiro/15).

<sup>134</sup> No caso do direito penal brasileiro, por exemplo, vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal, Segundo o qual, uma vez identificados indícios de autoria e de materialidade de um ilícito punível, não poderá a autoridade pública deixar de processar criminalmente o particular.

<sup>135</sup> GÓMEZ-JARA Díez, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas* (...) *op. cit.*, p.78.

<sup>136</sup> No âmbito do combate à corrupção, ao menos, “(...) *la Serious Fraud Office (SFO) que es la homóloga en el Reino Unido al Departamento de Justicia americano (DOJ), ya ha anunciado que tiene la intención de llevar a cabo una política similar al DOJ. Eso significa que previsiblemente recurrirá a acuerdos pre-procesales del estilos de los NPSa y DPAs*” – documento disponível em <http://www.sfo.gov.uk/media/171439/Approach-of-the-Serious-Fraud-Office-to-dealing-with-overseas-corruption.doc> -, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada* (...) *op. cit.*, p.229. Ainda, no âmbito das formas alternativas processuais, importa destacarmos a estreita relação entre as medidas de *compliance* e a chamada justiça restaurativa. Neste sentido são os ensinamentos de NIETO MARTÍN: “*De hecho, los partidários de la justicia restaurativa siempre han mantenido su alta utilidad dentro del corporate crime. La autorregulación sería la forma específica de fortalecer a la comunidad, cuando el grupo social es una corporación. Los compliance programs tienen idénticos objetivos y metodología, en el ámbito de las empresas, que los que persiguen las cnferencias cuando hablan de reparar el daño que el delito causa a la comunidad, a través de los acuerdos restauradores. Se trata de activar mecanismos preventivos a través del fortalecimiento de normas y valores, es decir, creación de códigos de conducta o códigos éticos, o de desarrollar habilidades sociales que en el caso de las empresas y corporaciones se concretarían en los sistemas de control o detección de los modelos de autorregulación empresarial. (...) Allí donde la empresa voluntariamente no está dispuesta al diálogo y a mejorar su sistema de autorregulación, la vía a elegir sería la de la intimidación. Condición imprescindible para que se produzca el diálogo más que la gravedad de la infracción sería el factor determinante para dar paso a soluciones de justicia restaurativa/compliance. La voluntad de diálogo puede aparecer tanto en infracciones originadas por impericia o por dificultades en la interpretación de la ley, como incluso en casos de actores más racionales, para quienes la opción de la negociación debe ser la más vetajosa*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa* In ARROYO JIMÉNEZ, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.pp.107/109.

*Agreements (DPAs)* e *Non-Prosecution Agreements (NPAs)*<sup>137</sup> também servem de ferramentas para a elaboração de requisitos de efetividade dos programas de controle.

Embora existam fontes de conteúdo desta “efetividade”, em realidade pouco se sabe, seja pela doutrina, seja por dados empíricos, sobre as reais arestas destes instrumentos; “*sabemos, y existe acuerdo en que son necesarios canales de denuncias, formación, revisión interna e externa de los programas de cumplimiento, códigos éticos (...) pero ¿qué más?, ¿cómo concretar este esquema general en cada una de las empresas?, ¿cómo puede saber la empresa que le exige el derecho penal?*”.<sup>138</sup>

Dois são os resultados imediatos desta situação: (i) da parte das empresas, estas não têm a certeza prévia à implementação do que fazer para tornar seus programas de *compliance*, de fato, efetivos; (ii) da parte dos juízes, não há critérios de valoração que instrumentalizem suas decisões.<sup>139</sup> A doutrina tem se esforçado para minimizar os efeitos desta lógica perversa em que inexistem critérios de efetividade dos programas de *compliance* nem da parte dos destinatários da norma, nem de parte dos seus aplicadores. Para tanto, buscam os autores definir requisitos que justifiquem a credibilidade destes instrumentos e, portanto, que lhes assegurem efetividade.

Neste ponto, é significativo lembrar como premissa que na nossa opinião a ocorrência de um fato ilícito punível dentro da organização não direciona à ineficácia imediata de seu programa de *criminal compliance*<sup>140</sup>, pois é impossível esperar a prevenção de todos os riscos inerentes à

---

<sup>137</sup> “*Deferred Prosecution Agreements (‘DPAs’) y Non-Prosecution Agreements (NPAs) son una especie de contratos pre-procesales firmados con el gobierno – normalmente el departamento de Justicia – y un potencial imputado. Si la formula es un DPA, la fiscalia presenta cargos penales contra la compañía pero deja en suspenso la persecución hasta que ésta satisface los términos del acuerdo. El en caso de los NPAs la fiscalia no presenta cargos contra la compañía siempre y cuando cumpla las sanciones específicas que se le han impuesto. En ambos casos el resultado es el mismo: una sanción pecuniaria significativa (aproximadamente un millón de dólares) y la no condena penal para la compañía*”. A primeira vez que foram utilizados programas de *compliance* como condições destes acordos foi em 1993 no caso *United States v. Armour of America* (C.D. Cal. Dec. 29, 1993). Para mais, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada (...) op. cit.*, p.221.

<sup>138</sup> GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.158.

<sup>139</sup> Neste sentido, diz BACIGALUPO que “*(...) desde el punto de vista práctico la mayor dificultad que encontrarán los tribunales es la de realizar un juicio sobre la eficacia de las medidas del programa de preventivo ofrecido. El legislador ha considerado acertadamente que un programa de compliance para el futuro solo puede se presentado hasta la apertura del juicio, pues solo de esta manera podrá ser objeto del mismo y valorado para la individualización de la pena*”, vide: BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, pp.140/141.

<sup>140</sup> Neste sentido: “*(...) even the most effective compliance program cannot perfectly deter all criminal conduct (...) conceding that imperfections in compliance programs may be realistic, such a result also exposes a weakness of using compliance programs as a proxy for the corporation’s efforts to deter crime. The approach forces prosecutors and judges to ask the delicate question: how much crime can a compliance program fail to deter before it is deemed*

atividade empresarial. O programa de controle não deverá ser perfeito, mas sim “*ragionevolmente efficace*”<sup>141</sup>, como diz Cristina DE MAGLIE.

Este critério de razoabilidade também é mencionado por Ulrich SIEBER<sup>142</sup>, segundo o qual, da mesma forma que acontece com as pessoas físicas, no caso das organizações não se trata de controlá-las absolutamente, mas razoavelmente (diligentemente), pois “(...) *el debito control no se dirige a evitar todo riesgo, sino a evitar los riesgos no permitidos y a que los permitidos no rebasen el límite de los tolerable*”. As empresas geram riscos através de suas atividades, e estas são responsáveis por grandes avanços sociais, em qualidade de vida, saúde, segurança. Assim, a única forma de prevenir todos os riscos (risco zero) seria não produzindo, não construindo, não fabricando.

Disto aflora uma segunda premissa: toda a atividade empresarial produz riscos, em maior ou menor intensidade. E é deste cenário real que devemos partir para que a previsão normativa, a aplicação jurisprudencial e até mesmo a implementação e valoração dos programas de *compliance*, sejam factíveis, estipulando dentre estes riscos quais serão juridicamente (penalmente) tolerados. Só assim estes instrumentos poderão trazer resultados positivos no cumprimento de normas e no fomento da ética empresarial.

A efetividade dos programas de *compliance* aparece na doutrina (e até mesmos nas diretrizes norteamericanas<sup>143</sup>) estreitamente relacionada ao conceito de *due diligence*, prática empresarial que deverá ser implementada, por exemplo, quando da contratação de funcionários, de fornecedores, quando da abertura de filiais, quando da assinatura de contratos, ou, ainda, pode estar inserido em cláusula que permita a rescisão do contrato em caso de descumprimento das políticas implementadas pela organização em seu programa de *compliance*, assumindo efeitos também sobre terceiros infratores<sup>144</sup>.

Para Cristina DE MAGLIE, novamente, este “*dovere di diligenza*” deve ser demonstrado pela própria organização, como ponto fundamental de efetividade do programa de *compliance* na

---

*ineffective?*”, vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...)* op. cit., p.505. Nota de rodapé 31.

<sup>141</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.112.

<sup>142</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...)* op. cit., p.125.

<sup>143</sup> Vide *U.S Sentencing Guidelines* §8B2.1, “a” e “b”.

<sup>144</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada (...)* op. cit., p.225.

sua função de antecipar atividades delitivas no decorrer da atividade empresarial, impedindo-as ou identificando-as<sup>145</sup>.

A *due diligence*, servindo como princípio de conduta, demonstra a preocupação da organização com o respeito ao direito de modo geral e com a construção de uma ética própria que espelhe sua credibilidade no mercado. Assim, a *due diligence* também se manifesta nas posturas da organização após a ocorrência de fatos delitivos.<sup>146</sup>

Partindo da primeira premissa apresentada neste ponto, a ocorrência de um fato delituoso no seio da organização não desmerece em si a credibilidade dos programas de *criminal compliance*. Nestes casos caberá à empresa demonstrar que a comissão do delito representa apenas um episódio isolado, um incidente de percurso que não incrimina, e nem prejudica, o juízo positivo referente ao seu programa de *compliance* como um todo.<sup>147</sup>

Sendo certo que quanto maior for a empresa e mais complexa a sua gestão, mais formalizado deverá ser o mecanismo de autocontrole e de prevenção. No caso de pequenas e médias empresas, por exemplo, algumas medidas básicas saciam este objetivo (um código de conduta, cursos, etc.). No caso de multinacionais, por outro lado, deverão existir modernos sistemas de instrução dos colaboradores, sofisticados sistemas de controle de comportamentos, sistemas de denúncia interna, com disponibilização de uma linha telefônica, etc.<sup>148</sup> Sendo que em se tratando de multinacionais, também deverão ser atendidas as diferenças legais e culturais de cada ordenamento em que estiver instalada.<sup>149</sup>

Em suma, é esperado um atuar diligente por parte da organização, e por isto, um atuar dentro do risco permitido - não do “risco zero” - com base em padrões de conduta provenientes das normas administrativas, das normas de autorregulação que serão trabalhadas no último capítulo, de diretrizes abstratas de governança corporativa emanadas dos respectivos setores ou,

---

<sup>145</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.112.

<sup>146</sup> “*Due diligence is an organizing principle of behavior threth imposes both ethical and legal obligations on corporations and their agents. It requires the articulation of ethical standarts of conduct. Due diligence satisfies internationality requirements by demanding action in accondance with these self-selected and self-imposed values. It compels practices that violate the law. Diligent action hinges on responsible proactive and reactive corporate behavior consistent with prescribed standards of conduct (...)*”, vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...)* op. cit., p.112.

<sup>147</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.133.

<sup>148</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.113.

<sup>149</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...)* op. cit., p.296.

ainda, de elementos originários do próprio programa de *compliance* elaborado e implementado pela empresa<sup>150</sup>.

Assim, os programas de *compliance* acabam não só por absorver os deveres de cuidado que recaem sobre as organizações de modo geral, como também configuram verdadeiros instrumentos de criação destes deveres. É o que diz Lothar Kuhlen: “*el compliance no tiene únicamente como objetivo arrojar algo de luz sobre los deberes ya existentes de los empleados para así favorecer un mejor cumplimiento (posible) de los mismos. Antes bien, modifica estos deberes y tiene, de este modo, un significado constitutivo, no meramente declarativo*”.<sup>151</sup>

Por isto que, se o ente que busca implementar o programa não tem como objetivo cumprir as normas jurídicas e fomentar a ética da empresa, mas sim distorcer a realidade para tolerar ou praticar ilícitos à margem da fiscalização estatal, poderá voluntária e conscientemente obrigar-se a adotar deveres de cuidado que estejam além das próprias determinações legais, mas expressos nos programas de *compliance*.

Da perspectiva das empresas, assim, caberá aos agentes exercer a *due diligence* e encontrar os limites e os mecanismos que mais se adaptem ao modelo de gestão e à atividade no caso concreto, para cumprir com os deveres de cuidado a que a organização esteja obrigada. Deverão estes sujeitos coletivos demonstrar seu esforço em cumprir a lei e em fomentar boas práticas na organização.

Da parte dos juízes, obviamente decisões mais antigas servirão como parâmetro de valoração dos programas de *compliance*, além do que é possível a validação e a certificação destes instrumentos através de auditorias internas e externas às organizações, bem como de perícias ao longo da instrução processual. No ponto, embora seja verdade que nenhum certificado ou auditoria poderá ser considerado, em si, como excludente de responsabilização penal das empresas, muito em razão da livre valoração das provas como diretriz do processo penal, “*quizás (...) sea esta la forma de conseguir validar la eficacia de los programas de cumplimiento ante los jueces. Es decir, de resolver o al menos paliar, la insoportable levedad de los programas de cumplimiento ante los tribunales*”.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup> LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...)* op. cit., p.126.

<sup>151</sup> KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal en Alemania (...)* op. cit., p.111.

<sup>152</sup> GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...)* op.cit., p.158.

## CAPÍTULO II – PONTOS DE DELIMITAÇÃO: *COMPLIANCE* E DIREITO PENAL AMBIENTAL DE EMPRESAS

### 2.1. MANIFESTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO CONTEXTO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

O meio ambiente ecologicamente equilibrado acomoda-se dentre os objetos de tutela jurídica mais suscetíveis aos impactos da atividade empresarial. Em maior ou menor intensidade, o binômio “crescimento econômico” e “proteção ambiental” – que dá força ao desenvolvimento sustentável<sup>153</sup> - acarreta a ponderação de valores e de interesses próprios da atividade industrial contemporânea.

Apesar do esforço global (ao mesmo aparente) em defesa do desenvolvimento de práticas empresariais sustentáveis, no balanceamento destes interesses é comum que a proteção ambiental seja preterida ao crescimento industrial. Esta situação não nos parece fruto de um simplificado descaso do setor econômico com a questão ecológica<sup>154</sup>, trata-se quase que de um mau hábito estimulado pelas próprias leis concorrenciais e do mercado, pelo nível rasteiro de conscientização ecológica, bem como em função das falhas regulamentares e fiscalizatórias no campo do direito ambiental.

---

<sup>153</sup> A noção de desenvolvimento sustentável tem origem na Declaração de Estocolmo cujo princípio 4, 2ª parte, refere que a conservação da natureza deve assumir um lugar importante no planejamento e no desenvolvimento econômicos. Sua remissão internacional, contudo, emergente dos trabalhos da Comissão Brundtland - Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento Sustentado –, criada em 1983 e presidida por GroBrundtland, a partir do relatório *Our common future*, elaborado em 1987 e encomendado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, cujo objetivo era traçar a situação dos recursos naturais, estabelecendo princípios de atuação dos Estados no que toca à proteção ambiental para a Conferência do Rio de 1992. Para Carla Amado GOMES, enquanto na Declaração de Estocolmo o desenvolvimento econômico aparece, de forma utópica, como um veículo de promoção do meio ambiente, no caso da Declaração do Rio a “subalternização do objectivo da protecção ambiental é especialmente visível, desde logo ao nível do artigo 2, que reconhece aos Estado o direito de explorar os seus recursos de acordo com a sua política ambiental e, num aditamento pleno de sentido, nos termos da sua política económica”. A autora, denunciando a “volatilidade” do princípio da sustentabilidade, delimita duas projeções do enunciado: “o desenvolvimento sustentável corresponde a uma certa ideia de justiça distributiva no plano internacional, a qual, para ter alguma eficácia, pressupõe uma dupla projecção: num plano intrageracional global (que envolveria a concessão de auxílios aos países mais pobres, por um lado, e a assunção de uma atitude mais activamente racional no aproveitamento dos recursos, por outro lado), e numa vertente *intergeracional* (na perspectiva da salvaguarda do direito à sobrevivência das gerações futuras – ainda que não revistam a mesma natureza vinculante)”, vide: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Editora, 2007.pp.29 e ss.

<sup>154</sup> A “questão ecológica” é a identificação de todo um conjunto de agressões provocadas pelos seres humanos ao meio ambiente e que levou à necessidade de que o mundo científico voltasse sua atenção para o estudo do ambiente. Vide: GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.pp. ss.

O resultado disto é um imenso passivo ambiental representado pelo conjunto de danos, em termos de contaminação da água, do solo, do ar e na deterioração dos recursos minerais e dos ecossistemas, produzidos pelas empresas durante o seu funcionamento ordinário ou em razão de acidentes imprevisíveis<sup>155</sup>. O mandato de proteção destes elementos surge nas próprias constituições modernas, que preveem, com adaptações textuais, o dever destinado a todos de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sejam pessoas físicas ou jurídicas<sup>156</sup>.

Este dever de proteção, que supera o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>157</sup>, serve de base à formulação de um sistema híbrido de normas com caráter geral, próximas de declarações ou princípios, complementadas por regulações extremamente técnicas, provenientes de diversas fontes e hierarquias. As empresas, consideradas vilões ecológicos, são as principais destinatárias deste conjunto normativo complexo e, algumas vezes até ilógico, que chega até mesmo à *ultima ratio* do sistema penal. No Brasil, por exemplo, a única hipótese de responsabilização penal de entes coletivos restringe-se aos ilícitos ambientais (Lei 9.605/98).

Neste campo, a aceitação nos ordenamentos da responsabilização criminal de empresas cresce à medida que bens jurídicos transindividuais ganham espaço no leque de proteção jurídico-penal, deslocando-se da esfera privada para a tutela pública, sobretudo no âmbito da proteção ambiental, onde a resposta do direito privado não seria adequada tendo em vista que, em geral, os danos ao meio ambiente são de difícil ou impossível reparação. Neste contexto, “*la amenaza penal, por lo tanto, sería necesaria para proteger ciertos bienes jurídicos, cuya protección no puede satisfacer el derecho privado, es decir, para prevenir daños graves que requieren la intervención del derecho penal. Si la responsabilidad penal es necesaria, lo problema teórico será la posibilidad de fundamentarla*”.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> CESANO, José Daniel. *Responsabilidad penal del empresario, deficiente organización de la empresa y delito de contaminación ambiental – Notas para una futura reforma al Código Penal argentino* In AROCENA, Gustavo A. BALCARCE, Fabián I.; CESANO, José D.(directores) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal – Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.p.330.

<sup>156</sup> JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: tirant lo blanch, 2011.pp.175 e ss.

<sup>157</sup> Neste sentido, novamente, Carla Amado GOMES: “(...) sem embargo da importância da ideia da existência de deveres ecológicos para a sedimentação dos valores ligados à preservação ambiental, gostaríamos de acentuar que a nossa preferência pela figura do dever fundamental de proteção do ambiente decorre, em primeiro lugar, dos obstáculos técnicos revelados pela concepção do direito do ambiente – indeterminação e indeterminabilidade da medida de fruição individual de cada componente ambiental –, obstáculos esses ultrapassáveis pela via do dever fundamental”, vide: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.146.

<sup>158</sup> BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.102.

Tanto o instituto da responsabilização penal de pessoas jurídicas<sup>159</sup> quanto a própria proteção penal do meio ambiente<sup>160</sup> são campos de árdua discussão teórica. Neste trabalho não pretendemos desenvolver os diversos argumentos que permeiam estes pontos controversos do direito penal.<sup>161</sup> Partimos da premissa de que a responsabilidade penal de empresas e a tutela penal do meio ambiente são realidades jurídicas.

Destacamos, entretanto, que esta intervenção penal representa o segundo momento de reação do direito à proteção ambiental (sendo do direito administrativo o protagonismo na primeira fase), e é justificado pela valorização do meio ambiente no período pós-industrial como objeto de interesse social, bem como pela insuficiência das sanções administrativas e da responsabilidade civil em dissuadir a ação empresarial atentatória ao meio ambiente, o que, acreditou-se, poderia ocorrer mediante a responsabilização direta dos sujeitos individuais no âmbito criminal.<sup>162</sup>

---

<sup>159</sup> Ilustrativamente temos a favor NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...)* op. cit.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português* In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *studia iuridica* 81, *colloquia* n.13. Coimbra: Editora, 2005.pp.179-202. E contra, REALE JUNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In PRADO, Luiz Regis/DOTTI, René Ariel (cords). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*.4.ed.(rev). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.pp.353-355; WUNDERLICH, Alexandre. *A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei n. 9.608/95 no Brasil* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.114, IBCCRIM [prelo].

<sup>160</sup> A favor da proteção penal do meio ambiente: SCHÜNEMANN, Bernd. *La destrucción ambiental como arquetipo del delito* In PÉREZ ALONSO, Esteban et al *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.429-442. Contra a proteção penal do meio ambiente: PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente modesto* In PÉREZ ALONSO, Esteban et al *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.415-428.

<sup>161</sup> A título explicativo: não nos parece que seja penalmente necessária a responsabilização de entes coletivos, pois contrária ao princípio de *ultima ratio* do direito penal neste campo que poderia ser delegado somente do direito administrativo sancionador; por outro lado, nos parece absolutamente legítima a persecução criminal contra condutas agressivas ao meio ambiente, especialmente quando se trata de danos irreversíveis, desde que no âmbito das pessoas físicas. Sobre a possibilidade de proteção penal do ambiente, são as palavras de Vasco Pereira da SILVA: “Pela minha parte, como disse, julgo que a via mais indicada para a tutela sancionatória do ambiente não dispensa a criminalização das condutas mais graves de lesão ecológica, já que a defesa do ambiente é parte integrante dos valores fundamentais das sociedades em que vivemos e corresponde a (renovadas) exigências de realização da dignidade da pessoa humana, mas sem que isso signifique a banalização do Direito Penal do Ambiente, pois o modo ‘normal’ de reação contra delitos ambientais deve ser antes o das sanções administrativas ou contra-ordenacionais”, vide: SILVA, Vasco Pereira da. *Breve nova sobre o Direito sancionatório do ambiente* In PALMA, Maria Fernanda et al *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*. Coimbra: Editora,2009.p.278.

<sup>162</sup> ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*.3.ed.Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014.p.108.

Como vimos no capítulo anterior, os programas de *criminal compliance* têm como objetivo principal compensar fatores crimínógenos originários da atividade empresarial<sup>163</sup>. Transitam, assim, de forma marcante no âmbito das práticas anticorrupção e protetivas do mercado de valores. Logo, se é verdade que as organizações empresariais são responsáveis (e talvez os principais responsáveis) pela produção de riscos e de danos ao equilíbrio ambiental, parece-nos evidente que no substrato dos seus fatores crimínógenos estarão questões de ordem ecológica.

O que este capítulo pretende verificar é se o recurso aos programas de *compliance* criminal permite às empresas prevenirem-se de uma responsabilização por ilícitos ambientais cometidos no âmbito de suas atividades e se, em paralelo, trata-se de um instrumento jurídico de proteção ambiental independentemente da responsabilização criminal das empresas.

Para tanto, é preciso desde já diferenciarmos dois tipos de atividades em função da intensidade de riscos ao meio ambiente que podem produzir: as neutras e as potencialmente perigosas<sup>164</sup>. As empresas cuja atividade é neutra para o meio ambiente têm o dever, comum a qualquer cidadão ou órgão (privado ou público), de proteger o meio ambiente, adotando práticas não agressivas ou, seja, dentro do limite do risco permitido/tolerado. As outras, por seu turno, têm deveres de cuidado bem mais específicos, determinados em inúmeras normas regulamentárias, preponderantemente de cunho técnico, mas também gerais, e que obrigam a estas organizações a implementação de medidas de controle e de prevenção<sup>165</sup>.

A consequência disto no tema do *compliance* é que, no caso de atividades neutras, a implementação de medidas de controle e de prevenção de riscos ambientais será sempre voluntária, com o que, uma vez comprovada a efetividade do programa, as empresas serão merecedoras da atenuação de pena ou do afastamento da culpa, nos termos previstos em cada legislação. Já no caso das atividades potencialmente perigosas (e também de alguns setores específicos, como o das instituições financeiras e de crédito), a situação é outra.<sup>166</sup> O comando

---

<sup>163</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas* In NIETO MARTÍN, Adán (et al). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.p.50.

<sup>164</sup> É este o caso das indústrias químicas, das indústrias de medicamentos, das petroquímicas, das usinas hidrelétricas, das empresas de transporte, das mineradoras, etc.

<sup>165</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.208.

<sup>166</sup> No setor financeiro, por exemplo, destacamos: (i – no âmbito comunitário) O Banco de Investimento Europeu (*European Investment Bank*) indicou em seu *Guide to procurement*, de 2011, (ponto 1.7.) políticas socioambientais que devem ser adotadas por todas as organizações que busquem financiamento junto à instituição. Segundo este documento, “*The EIB aims to add value by enhancing the environmental and social sustainability of all the projects that it is financing and as such all projects must comply with the environmental and social requirements of the Bank.*

normativo obriga estas empresas cuja atividade é considerada potencialmente perigosa a adotarem mecanismos de controle e de prevenção de riscos, e a sua ausência ou implementação falha podem ser valoradas negativamente contra a empresa<sup>167</sup>.

Assim, para que lhes seja concedido o benefício da atenuação de pena ou do afastamento da responsabilidade criminal, não bastará às atividades potencialmente perigosas e àquelas consideradas expressamente pelo legislador como especiais que adotem mecanismos de controle e de prevenção nos parâmetros básicos determinados em lei. Ao contrário, parece-nos que estas organizações deverão implementar medidas além destes parâmetros mínimos, de forma que demonstrem – aí, então, voluntariamente – um esforço extra, um comprometimento ainda maior com a proteção ambiental. Só neste caso serão beneficiadas judicialmente pelos seus programas de *criminal compliance* efetivamente implementados.

---

*The Promoters are responsible for preparing, implementing and operating projects financed by the Bank and for the fulfillment of Bank environmental and social requirements. In respect to procurement, tenderers are required to comply with applicable labor laws and national and international standards of environmental protection, health and safety, including those contained in any relevant International Labor Organization (ILO) conventions and international agreements on environmental protection.”* As políticas socioambientais reconhecidas pelo Banco Europeu de Investimento estão resumidas, desde 2009, no *The EIB Statement of Environmental and Social Principles and Standards*. Para verificação dos documentos, vide: [http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement\\_en.pdf](http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement_en.pdf) (ii – no âmbito local) No Brasil, a Resolução 4.327 do Banco Central, de 25 de Abril de 2014, dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Nesta implementação devem ser observados (parágrafo único do Artigo 1º): I - relevância: o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição; e II - proporcionalidade: a compatibilidade da PRSA com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros. A Resolução prevê, ainda, que a política socioambiental seja implementada nos negócios realizados por estas instituições e nas relações com as partes interessadas, clientes e usuários dos produtos e serviços, os colaboradores das organizações e quaisquer outras partes impactadas pelas atividades exercidas (artigo 2º), inclusive estimulando a participação destas partes interessadas na elaboração da política socioambiental, que deverá ser avaliada a cada cinco anos pela diretoria da instituição ou pelo Conselho Administrativo, quando houver. As instituições deverão manter uma estrutura de governança compatível com o seu porte, a natureza do seu negócio, a complexidade de serviços e produtos oferecidos, bem como com as atividades, processos e sistemas adotados, para assegurar o cumprimento das diretrizes e dos objetivos da PRSA, implementando ações, monitorando seu cumprimento, avaliando sua efetividade e os mecanismos para gerenciamento dos riscos socioambientais, inclusive identificando eventuais deficientes no sistema (Artigo 3º). Para fins desta Resolução, o risco socioambiental é definido pelas perdas das decorrentes de danos socioambientais (Artigo 4º). As ações de gerenciamento dos riscos socioambientais devem estar subordinadas à unidade específica de gerenciamento de risco (Artigo 7º). Ainda, determina que O Banco Central do Brasil poderá determinar a adoção de controles e procedimentos relativos à PRSA, estabelecendo prazo para sua implementação (Artigo 13º). O prazo para que as instituições mencionadas na resolução implementem estes procedimentos varia entre fevereiro e julho de 2015.

<sup>167</sup> “*Bajo estas consideraciones, si la empresa incorpora un programa de gestión de riesgos medioambientales conforme a lo establecido en la reglamentación sectorial correspondiente, su actividad productiva no podrá generarle responsabilidad penal, aun cuando pueda producir cierto deterioro en el medio ambiente. La contaminación ambiental que se pudiese producir, se encontrará cubierta por el riesgo socialmente permitido*”, vide: CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance (...) op. cit.*, p.87.

Contar com medidas de controle e de prevenção de riscos ambientais, portanto, poderá ser uma medida voluntária ou uma obrigação legal. Em qualquer um dos dois casos caberá à própria organização optar pelos mecanismos de controle e de prevenção que se adaptem às suas características<sup>168</sup>, inclusive pelos programas de *compliance*. A efetividade destes programas, requisito essencial para que surtam efeitos judiciais, como vimos, dependerá do cumprimento de requisitos básicos estabelecidos na lei e também da sua adaptação à cada atividade e à cada organização, sendo lapidados no âmbito dos poderes de autorregulamentação dos entes coletivos.

## 2.2. REQUISITOS MÍNIMOS DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E SUA RELAÇÃO COM A PROTEÇÃO AMBIENTAL: PONTOS FORTES E FRACOS

No primeiro capítulo deste trabalho demonstramos que os programas de *criminal compliance*, embora tenham aplicação judicial reconhecida, não são instrumentos jurídicos convencionais. Primeiro porque criados pelas próprias entidades empresariais, em clara manifestação da autorregulação na responsabilidade penal de entes coletivos. Depois, e conseqüentemente, porque a efetividade destes programas, como também dissemos alhures, está condicionada à conjugação estratégica de requisitos básicos, estipulados pela norma legal, com requisitos específicos, estabelecidos por cada organização em função de sua atividade. Estes requisitos particulares se por um lado permitem a contínua adaptação dos instrumentos de prevenção à realidade dinâmica das atividades empresariais, por outro, constituem uma zona cinza de insegurança com relação ao que é exigido das empresas – seus deveres jurídicos – no âmbito do *compliance criminal*.<sup>169</sup>

Em se tratando de matéria penal, há ainda outro componente preocupante, pois na “(...) *prevención de riesgos penales, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de riesgos legales, el principio de seguridad jurídica, reforzado constitucionalmente a través del mandato de taxatividad, resulta un derecho fundamental. Por esta razón la compliance en material penal*

---

<sup>168</sup> CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance (...) op. cit.*, p.86.

<sup>169</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programas de Cumplimento In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.239.

*necesita ser determinada, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores*".<sup>170</sup> É dizer que estes requisitos específicos não poderiam ser fruto exclusivo de autorregulação. E embora estejamos absolutamente de acordo com esta afirmação<sup>171</sup>, parece-nos importante destacar o quê exatamente nos programas de criminal *compliance* deve ser determinado pela norma penal para que o princípio da taxatividade não sofra rupturas.

De modo geral, estes programas abarcam diferentes setores conforme a quantidade e a natureza dos riscos produzidos pela atividade, tratando-se de um instrumento indiscutivelmente multidisciplinar (setor penal, setor de tecnologia da informação (TI), setor de contratos, setor contábil). Daí que o controle dos riscos penais não esteja cingido ao setor jurídico, por exemplo, valendo-se de toda esta gama de outros setores fundamentais na concretização da efetividade do programa.

Queremos com isto dizer que a lei penal deverá prever as hipóteses de aplicação judicial destes instrumentos, e deverá descrever os elementos básicos que garantam a sua presunção de efetividade, bem como os adequados mecanismos para esta avaliação. A comprovação desta efetividade, contudo, mesmo em matéria penal, dependerá sempre da análise do caso concreto, e, assim, das características específicas de cada organização.

Quanto aos requisitos mínimos dos programas de *compliance*, é na doutrina<sup>172</sup> que encontramos as pistas de um núcleo comum. Trata-se de elementos formadores da parte geral dos

---

<sup>170</sup> GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...) op.cit.*, pp.156/157. Neste sentido é o Decreto-Lei italiano 231, de 8 de junho de 2001 e a Lei chilena 20.393, de 02 de dezembro de 2009.

<sup>171</sup> E neste sentido, destacamos o trabalho elaborado pelo Instituto de Auditoria Alemão (IDW PS 980) que pretende criar estándares de auditoria dos *CMS Compliance Management System*: conjunto de princípios e medidas de uma empresa que tende a assegurar um comportamento conforme a lei por seus representantes legais, empregados e demais colaboradores assim como de terceiros. A vigilância e o controle do funcionamento deste sistema forma parte dos deveres de direção da empresa. Segundo o projeto do IDW (*Institut Wirtschaftsprüfer in Deutschland*), este CMS deve ser voltado a campos jurídicos como: leis anticorrupção; leis concorrenciais; mercado de capitais; lavagem de dinheiro; meio ambiente; patentes; licitações; segurança do trabalho; segurança técnica; etc. Os elementos básicos deste CMS seriam: a cultura do *compliance*; os objetivos de *compliance*; a organização; a identificação de riscos; o programa de *compliance* em si; a comunicação; sistemas de supervisão e de melhora; sistema de sanções interno. Vide: GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...) op.cit.*, p.157; BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.154.

<sup>172</sup> Carlos GÓMEZ-JARA separa como requisitos básicos: (i) a existência de um código de conduta escrito, (ii) a supervisão dos esforços de cumprimento deste código por colaboradores altamente qualificados, (iii) a não delegação de poderes de sanção e de investigação a sujeitos com tendência delitativa; (iv) a comunicação efetiva de estándares e procedimentos disciplinares; (v) em sistemas efetivos de controle e auditorias; (vi) procedimentos disciplinares; (vii) na adoção de medidas adequadas de detecção de infrações, vide: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas (...) op. cit.*, p.77; Para Adán NIETO MARTÍN, seriam elementos comuns a todos os programas de *compliance* (i) a análise de riscos; (ii) um código ético ou de conduta com as políticas empresariais; (iii) medidas internas de controle do cumprimento dos programas (por exemplo, a *due diligence*

programas, comuns à prevenção de quaisquer riscos, e que servem de suporte para que o *compliance* seja implementado conforme as características de cada organização e para que seja atualizado, conforme sua demanda por melhorias.

Como primeiro requisito, é fundamental identificar os riscos inerentes à atividade, bem como aqueles decorrentes da organização da empresa, da qualificação de seus colaboradores e da comunidade em que está inserida (*risk assessment*) (i). Devem ser definidos e comunicados os valores que a empresa busca, de forma objetiva e transparente (*Conduct Codes*) (ii). A seguir, deverão ser fixadas as responsabilidades dentro da divisão hierárquica de trabalho, especialmente daqueles que ocupam o topo da administração, com a criação de um setor que fiscalize o cumprimento do programa – que poderá ser um órgão ou um único sujeito (*compliance officer*) (iii), de um setor que identifique infrações e falhas do programa, com a consequente imposição de sanção (iv), buscando a implementação do mecanismo de forma efetiva e disseminada em todos os níveis da organização (v).

Todos os colaboradores deverão ser instruídos sobre o programa e capacitados para implementá-lo em suas esferas de atribuições, tanto para o repasse de informações aos demais, quanto para a identificação e o esclarecimento de fatos suspeitos (vi). Poderão participar do processo auditores internos ou externos, bem como certificadoras (vii), e todos estes instrumentos deverão ser periodicamente monitorados, em constante atualização do programa de *compliance* (viii).

Neste ponto do trabalho, dispomo-nos a explorar estes requisitos essenciais, declaradamente direcionando-os ao controle e à prevenção de ilícitos ambientais, quando assim for possível. A opção por estes elementos básicos e não outros está no referido consenso

---

aplicada nos contratos, etc.); (iv) medidas de formação e de difusão do conteúdo do programa, para que todos os colaboradores estejam equipados para cumprir suas funções e também para que todos possam informar eventuais infrações e falhas no programa; (v) mecanismos de detecção de infrações e de sanção, como os canais de denúncia e as sanções disciplinares, respectivamente; (vi) mecanismos de reação à notícia de infrações, incluída a colaboração com as Autoridades Públicas; (vii) a institucionalização do programa nos diferentes níveis hierárquicos da organização, de forma que se determina, através de sistemas de delegação, por exemplo, quem são os responsáveis no controle de determinado risco, ou seja, de executar o programa em cada setor, e, ainda, quem tem a obrigação de supervisionar e coordenar áreas específicas de cumprimento; (viii) a avaliação periódica do programa e da sua efetividade, especialmente quando ocorrem denúncias que demonstrem alguma deficiência do programa; e (ix) a documentação das atividades. Com relação aos programas em matéria penal, destaca o autor a conveniência de um profissional qualificado, um advogado criminal, por exemplo (x), vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.pp.129-132.

encontrado na doutrina, e na interpretação de famigerados textos normativos<sup>173</sup> que reconhecem a aplicação judicial dos programas de *compliance*.

### 2.2.1. AVALIAÇÃO E GESTÃO DE RISCOS

Tantas vezes confundidos embora notadamente diferentes, riscos e perigos são conceitos que vagueiam por um termômetro de previsibilidade<sup>174</sup>, desenhado e pontuado pela capacidade do conhecimento humano. Em maior ou em menor medida, riscos e perigos<sup>175</sup> nunca se desgarram de um mínimo de imprevisibilidade<sup>176</sup> que lhes é característico.

---

<sup>173</sup> Especialmente, o Decreto-Lei 231/2001 italiano, as *Sentencing Guidelines* americanas, a Lei Chilena 20.363 e o Decreto 8.420/15 que regulamentou a Lei brasileira 12.846/2013, e, embora direcionado às sanções administrativas, prevê em seu artigo 42 requisitos de avaliação dos chamados programas de integridade: “*I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. § 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como: I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; IV - o setor do mercado em que atua; V - os países em que atua, direta ou indiretamente; VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte”.*

<sup>174</sup> GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.227.

<sup>175</sup> DOMÉNECH PASCUAL inclusive utiliza ambos conceitos indistintamente, apesar de delimitá-los em introdutório referindo que “(...) nos parece del todo innecesario y desacertado importar esta distinción entre peligro y riesgo en sentido estricto a nuestro Derecho, donde la misma es por ahora desconocida”, vide: DOMÉNECH

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, ao debruçar-se sobre o tema, destaca três perspectivas de diferenciação conceitual. Na perspectiva economicista, a situação de risco ocorre quando “(...) *cada alternativa de acción puede conducir a varios resultados posibles, conociéndose la probabilidad de todos ellos. En cambio la situación es de incertidumbre cuando las probabilidades de los resultados son desconocidas*”<sup>177</sup>. Esta noção do risco carrega, portanto, um cariz expressamente estatístico e probabilista<sup>178</sup>.

Na perspectiva da sociologia<sup>179</sup>, segue o autor, riscos e perigos têm em comum a ideia de danos futuros incertos, entretanto: se o dano é resultado de uma decisão, falamos de riscos e se o

---

PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.p.250.

<sup>176</sup> GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.228.

<sup>177</sup> DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos (...) op.cit.*, p.249. Também se referindo ao conceito citado: MAY, Stefan. *Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del estado moderno y de sus formas de actuación jurídica*. In PÉREZ ALONSO, Esteban *et alii* (editores). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.p.308.

<sup>178</sup> Sobre a noção probabilística do risco e suas ressalvas: “Esta remissão é herdeira do entendimento convencional do conceito de risco e sua distinção radical do conceito de incerteza, elaborado de forma independente no primeiro quartel do século XX pelo economista americano Frank Knight (1921) e pelo britânico John Maynard Keynes (1921). De forma sucinta, (...) ambos definem uma situação de risco como podendo ser avaliada e calculada em termos de suas probabilidades numéricas e uma situação de incerteza como não podendo ser avaliada em termos de cálculo racional”. E sobre os problemas desta herança diz a autora: “(...) aceitar que a análise de muitos dos novos problemas decorrentes do desenvolvimento técnico-científico, acerca dos quais os peritos são chamados a pronunciar-se, seja feita em termos de <<risco probabilístico>> é, no mínimo, discutível. Um vasto leque de autores corrobora esta posição. Alguns consideram que as análises de risco são inapropriadas porque não respondem as questões profundas que concernem aos fins sociais e políticos dos desenvolvimentos tecnológicos (Winner, 1986; Schrader-Frechette, 1980; Martins: 1998). Outros destacam que aquelas análises simplificam artificialmente a complexidade e a multidimensionalidade dos fenómenos, negligenciando a influência do contexto e de outros factores sócio-situacionais e institucionais (como a confiança nas instituições, por exemplo)”. Vide: JERÓNIMO, Helena Mateus. *A peritagem científica perante o risco e as incertezas In Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Tecnologia – perspectivas críticas e sociais*. n.181, v.XLI, 2006.pp.1153/1154. Ainda: “(...) a noção probabilística do risco pode criar novos perigos, devido à falsa sensação de controle sobre o aleatório e às atitudes temerárias que induz e legitima (...) Como em qualquer outra prática de domesticação do aleatório, não se calculam probabilidades de risco por gratificação intelectual ou por mera vontade de dar sentido à realidade circundante; calculam-se com o objetivo de guiar a acção sobre essa realidade e, em particular, sobre o que ela tem de aleatório e incerto. (...) Induz, depois, a ilusão de que ao conseguir prever podemos prevenir e de que ao tomar medidas preventivas podemos evitar a existência de acidentes. Induz, ainda, de uma forma mais geral, a ilusão de que é possível um efectivo controle técnico sobre o aleatório e o inesperado. No campo da tomada de decisões, contudo, induz toda uma outra lógica de equacionamento tanto para as opções individuais como para as públicas. (...) o que está em causa não é um problema técnico, mas as consequências da interiorização de um conceito – tão mais relevantes quanto mais este se parece generalizar”, vide: GRANJO, Paulo. *Quando o conceito de <<risco>> se torna perigoso*. In *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Tecnologia – perspectivas críticas e sociais*. n.181, v.XLI, 2006.pp.1176/1177.

<sup>179</sup> Zygmunt Bauman, também em análise sociológica, diz: “(...) só é possível nos preocuparmos com as consequências que podemos prever, e é só delas que podemos lutar para escapar. E assim, só as consequências indesejadas desse tipo ‘pré-visível’ e que classificamos na categoria de ‘riscos’. Estes são perigos de cuja probabilidade podemos (ou acreditamos poder) calcular: riscos são perigos calculáveis. Uma vez definidos desta maneira, são o que há de mais próximo da (infelizmente inatingível) certeza”. Vide: BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.p.18.

dano tem causa no entorno, no ambiente, falamos de perigos. Sob esta lógica, a decisão humana está atrelada à evitação do risco e, assim, tem influencia direta para determinação de responsabilidades no direito.

Na perspectiva jurídica, o risco assume diversas interpretações, equiparando-se, em sentido amplo, com a probabilidade de que um dano ocorra.<sup>180</sup> Ao exprimirmos as diferentes teses explicativas do risco que aparecem no campo do direito<sup>181</sup>, surgem três categorias que podem ser imaginadas numa régua vertical de tolerabilidade da seguinte forma: ao centro estaria o risco em sentido estrito (tolerável embora indesejável), acima estaria o perigo (intolerável) e abaixo, o risco residual (socialmente tolerável). Contra os riscos em sentido estrito aplicaríamos medidas preventivas/de precaução; contra os perigos, medidas de defesa; restando ao risco residual a permissibilidade, pois tolerado socialmente.

Ainda antes de conceituar ambos institutos, é preciso destacarmos duas premissas. A primeira é o fato de que o risco desdobra-se em dois elementos: a probabilidade de que ocorra o dano e o seu potencial lesivo.<sup>182</sup> A segunda, é o fato de que o risco pressupõe interesses em

---

<sup>180</sup> DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos (...) op.cit.*, p.249.

<sup>181</sup> Sobre estas diferentes teses explicativas do que diferencia riscos e perigos, por todos, CARLA AMADO GOMES: (i) a tese quantitativa (ii) a tese qualitativa e (iii) o espaço de imponderabilidade. Valendo-nos dos ensinamentos de Carla Amado Gomes, segundo a primeira tese (i), o critério de diferenciação é o grau de probabilidade do evento danoso. Quanto mais alta for a probabilidade do dano, mais perto do perigo estamos. Tal tese baseia-se em dois tipos de enquadramentos: (i.i) a fórmula tripartida e (i.ii) a fórmula bipartida. Na primeira, perigo e risco convivem em termos de tolerabilidade, no que o risco em sentido estrito (tolerável embora indesejável) teria acima o perigo (intolerável) e abaixo o risco residual (socialmente tolerável). A segunda, por sua vez, distingue os riscos em toleráveis e intoleráveis, no que o risco (previsível) neutraliza o conceito de perigo (imprevisível). A tese qualitativa (ii), de outra sorte, foca a análise da incorporação da incerteza nas decisões públicas, dado-lhes um sobrevalor. Ou seja, os perigos não dariam margem à livre decisão administrativa, “em razão da maior atestabilidade do nexos causal actividade/dano”, baseando-se o agente decisor em pressupostos firmes. Já os riscos, justamente porque brotados em incertezas (e aqui especialmente permitindo a incorporação da técnica nos processos decisórios para identificar e minimizar as probabilidades de danos decorrentes de uma determinada atividade) seriam campo fértil – e necessário – de ponderação de valor em jogo. Em terceiro lugar (iii) refere a autora que o risco residual não obriga à tomada de decisões ou de medidas preventivas, estando no campo da “tolerabilidade social”, ou porque diante de incertezas científicas sequer se tem condições de prever o fenómeno e/ou seus efeitos; ou porque, embora previsíveis, num juízo de ponderação – leitura dialética de consensos sociais ou da Constituição - outros valores devem prevalecer no caso concreto”, vide: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.235. Pontualmente, adotando uma tese quantitativa, Mariola Rodríguez Font diferencia riscos e perigos a partir do grau de certeza do dano: “(...) la certeza en el pronóstico de los daños, que parece presentarse como el elemento que más fácilmente permite distinguir las nociones de peligro y riesgo. Mientras el peligro implica que la probabilidad del daño es cierta, el riesgo hace referencia a un daño posible pero que el desarrollo de los acontecimientos y la probabilidad del perjuicio no pueden ser evaluados con suficiente certeza. El concepto de peligro también incluye alguna incerteza, pero lo que sin duda está claro es que el concepto de riesgo cubre mucho más aspectos especulativos”, vide: RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria – De la policía administrativa a la gestión de riesgos*. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007.p.91.

<sup>182</sup> DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos (...) op.cit.*, p.251. E também: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.227.

conflito, e, portanto, a existência de uma ponderação de valores. Assim, uma vez identificados os riscos, haverá obrigatoriamente uma decisão a ser tomada<sup>183</sup>.

Se quando o possível dano resulta de uma decisão (elemento subjetivo) estamos falando de riscos em sentido estrito, e se quando o possível dano resulta exclusivamente de elementos externos/do ambiente estamos falando de perigos, pressupomos que no primeiro caso haverá um agente responsabilizável pela tomada (ou não) da decisão, enquanto no segundo caso, somente serão auferíveis as vítimas e os danos.<sup>184</sup>

No âmbito da responsabilidade penal empresarial estes conceitos de risco e perigo não são estranhos ao que foi estudado por DOMENÉCH PASCUAL. Sabermos diferenciar situações de perigo de situações de risco é indispensável para que possamos falar em responsabilização penal.

Assim, concordando com a delimitação destes conceitos, o risco mostra-se como uma percepção da situação de possível dano, que pode ser evitado, contudo, por decisões. A escolha do sujeito ou da equipe que será responsável pela tomada destas decisões é primordial<sup>185</sup>, pois devem ter conhecimento específico e consciência da sua responsabilidade, especialmente em situações que pretendam/precisem delegar funções. O primeiro passo para a implementação de

---

<sup>183</sup> “Incluso las catástrofes naturales son hoy imputables, hasta cierto punto, como efectos de una decisión sobre el riesgo: puede que un huracán aún sea un acontecimiento guiado por la fatalidad, sin embargo ya no lo será la cuestión de a qué personas afecte dicho huracán, pues a través de la observación sistemática de estos fenómenos y de las medidas de alerta que así resultan se ha abierto un espacio para la adopción de decisiones a ese respecto. En el preciso momento en que surge la posibilidad de tomar decisiones es cuando aparece el riesgo y cuando se adoptan estrategias de superación del mismo, que pretenden convertir en previsible y calculable la incertidumbre que comportan las decisiones orientadas hacia el futuro”, vide: MAY, Stefan. *Nuevos riesgos, seguridad y prevención (...)* op.cit., p.307. Também José ESTEVE PARDO: “Por definición, el riesgo tiene su origen en la actividad humana; en esto radica la diferencia con otro concepto, el peligro, que convencionalmente se adscribe a procesos naturales al margen del dominio humano. Detrás de cada riesgo existe una actuación y una decisión humana que podrán advertirse e identificarse con más o menos nitidez según los casos. (...) No es posible un Derecho, una regulación jurídica de los peligros naturales porque éstos quedan por completo al margen de la intervención y decisión del ser humano”, vide: ESTEVE PARDO, José. *Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido* In PÉREZ ALONSO, Esteban et al *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.p.276.

<sup>184</sup> Neste exato sentido: “(...) el peligro implica autorreferencia, internalización, inclusión. Activa las conexiones internas de un sistema y provoca su implicación. El riesgo es un peligro que se atribuye a una instancia (persona u organización) para hacerla responsable. La problemática a la que esto conduce no es la seguridad sino la responsabilidad, la capacidad de afrontar y dar respuesta. El peligro no tiene autor: sólo tiene causas y víctimas. El riesgo tiene siempre un responsable, alguien a quien hacerle reproches o al menos plantearle exigencias”, vide: MARTÍNES GARCÍA, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. Un diálogo con Luhmann* In PÉREZ ALONSO, Esteban et al *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.p.331.

<sup>185</sup> “An ersten Stelle ist in diesem Zusammenhang die Bestellung des Betriebsbeauftragten für den Umweltschutz zu nennen, die zahlreiche Gesetze des besonderen Umweltverwaltungsrecht unter bestimmten Voraussetzungen vorschreiben, und der kraft Amtes über die Einhaltung umweltrechtlicher Vorschriften durch die Unternehmensangehörigen zu wachen sowie die Geschäftsleitung über festgestellte Unregelmäßigkeiten zu informieren hat“, vide: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance – Handbuch*. Baden Baden: Nomos, 2015.p.343.

um programa de *compliance* será a análise, por este grupo de sujeitos ou pelo sujeito determinado, dos riscos que podem surgir a partir das atividades da organização. Somente após esta identificação é possível elaborar um programa efetivo de controle e de prevenção<sup>186</sup>.

A importância das medidas preventivas vem expressa em alguns ordenamentos que preveem programas de *compliance*. É o caso do Decreto Lei 231/2001 italiano (artigo 6), da Lei Chilena 20.393/2009 (artigo 4º), das *Sentencing Guidelines* (8B2.1(b)(7) e 8B2) e do projeto de reforma do Código Penal espanhol de 2013 (artigo 31bis.5.1).

Esta análise de riscos deve permitir a destinação racional dos recursos disponíveis na empresa à prevenção daqueles considerados mais prováveis, e cujos danos sejam de maior relevância, tendo em vista a impossibilidade das organizações controlarem todos os riscos que sua(s) atividade(s) pode(m) gerar. Somente após este mapeamento poderão os diretores e administradores tomar decisões de maneira diligente, conscientes da política de riscos que devem seguir.

Pronto o mapeamento, será conveniente introduzir um certo filtro de exigibilidade como critério de delimitação dos deveres de cuidado atinentes àquela organização e, a partir deste conjunto de deveres, delimitar as responsabilidades que cada integrante terá: é neste momento que são determinados, nos programas de *compliance*, os responsáveis por quais operações/setores de risco.<sup>187</sup> A delimitação de responsabilidades é indispensável, sendo recomendada a contratação de profissionais do direito penal e/ou da criminologia, cujo conhecimento técnico permita identificar os fatores criminógenos da atividade/organização, e desenhar a relação entre os delitos e as formas que podem aparecer na prática cotidiana da empresa.<sup>188</sup> Estará nesta “domesticação do aleatório”<sup>189</sup> algumas pistas para a construção do arcabouço de medidas preventivas.

Seguindo a lógica norteamericana, os riscos deverão ser identificados e avaliados em relação à sua natureza e à sua extensão. Poderão, ainda, ter duas fontes bem distintas em relação à atividade empresarial: internos e externos. Os internos são aqueles produzidos pela própria atividade ou pela má gestão da atividade que podem agredir bens jurídicos protegidos. Os outros

---

<sup>186</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.484.

<sup>187</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.494.

<sup>188</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo* (...) *op.cit.*, p.154.

<sup>189</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

(externos) são os riscos de responsabilização da empresa por não ter evitado que os seus colaboradores tenham atitudes danosas a bens jurídicos protegidos.

Nesta concepção construtivista de resposta criminal das organizações, não se trata de transferir a produção de riscos da ação de indivíduos para a esfera de responsabilização da organização, mas, antes, de responsabilizá-la por não ter evitado estes danos, enquanto poderia fazê-lo mediante medidas de gestão e controle.<sup>190</sup> Seguindo o modelo de responsabilização difundido por Adán NIETO MARTÍN, de outra banda, a empresa não deveria responder por um delito que, embora tenha ocorrido no âmbito da sua atividade, foi identificado (corretamente) como de baixa probabilidade a partir da análise de riscos realizada.<sup>191</sup> Em qualquer dos casos, a probabilidade do dano é fundamental à responsabilização da organização.

Adán NIETO MARTÍN<sup>192</sup> enumera as etapas complementárias à análise de riscos no âmbito criminal. Primeiro é feita a fixação do objeto (i), ou seja, são determinados os setores da empresa ou da atividade que justifiquem a análise de riscos penais<sup>193</sup>, e identificados os integrantes mais expostos a estes riscos<sup>194</sup>. É importante que se trate de riscos concretos e reais, ainda que ao final desta análise surjam informações negativas sobre a organização, pois é justamente este o objetivo: identificar as falhas e os focos de irregularidades.

Em seguida, (ii) serão indicadas as infrações que possivelmente venham a afetar o setor analisado. Segundo o autor, no substrato destas infrações devem ser levadas em conta não só as regras previstas em lei, mas também aquelas prescritas no código de conduta, pois servem de baliza às ações de todos membros da organização. Vejamos que embora sejam primeiramente identificadas infrações em abstrato (potenciais), em havendo denúncias ou suspeitas declaradas de irregularidades prévias ao mapeamento de riscos, estas devem ser priorizadas, para que as infrações possam ser delimitá-las também em suas concretas formas.

---

<sup>190</sup> “En comparación con las fórmulas legislativas anteriores, la propuesta de Gómez-Jara acierta en un aspecto que, a mi juicio, es decisivo: distinguir entre aquellos casos en que la organización empresarial es responsable por el riesgo que genera, aunque no exista ningún responsable individual y aquellos otros en los que la culpabilidad de la propia empresa deriva, no de la transferencia de culpabilidad del hecho cometido por alguno de sus miembros, sino de no haber evitado la comisión de esta infracción, algo que ya acertadamente se plasma en el CP suizo”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo (...) op.cit.*, p.144.

<sup>191</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo (...) op.cit.*, p.153.

<sup>192</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo (...) op.cit.*, pp.154-160.

<sup>193</sup> Explica o autor que, embora num primeiro momento seja feita uma análise global de riscos, é conveniente que num Segundo momento sejam setorizados estes focos de risco, de forma que sejam direcionadas as análises, inclusive com equipes diversas. A análise de riscos é uma atividade, portanto, multidisciplinar.

<sup>194</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programada de (...) op.cit.*, p.251.

Em terceiro plano, deve-se estabelecer a magnitude dos riscos (iii), através da determinação de sua probabilidade e do seu potencial de impacto. Conforme dito no capítulo anterior, a implementação de programas de *compliance* baseia-se na identificação destas probabilidades de concretização de riscos, tendo em vista a impossibilidade do risco zero<sup>195</sup>. Logo, se a atividade empresarial produzirá, de qualquer forma, algum risco, que sejam controlados e prevenidos aqueles com maior probabilidade de ocorrer e cujos resultados tenham maior impacto.

Conseqüentemente, determinar qual a probabilidade de que um delito ocorra no decurso da atividade empresarial envolve a compilação de várias informações, tais como: o histórico da empresa ou de outras do mesmo setor, os controles já implementados e a sua efetividade, a realização de pesquisas “subjetivas”, entrevistas ou questionários com diretores e funcionários, para tomar-se conhecimento do nível de consciência dos colaboradores com relação aos riscos produzidos pela (e a que está exposta a) organização, especialmente quanto à parte que lhes cabe individualmente e também ao setor a que estejam ligados.

Uma vez analisados os riscos, chegamos ao momento de avaliá-los (iv), o que significa esclarecer seu nível de importância no todo organizacional. Serão considerados critérios econômicos, estratégicos, consumeristas. Ou seja, serão eleitos os riscos que vale a pena correr e aqueles que não se pode correr. Nas empresas cuja atividade seja de elevada utilidade social deverão ser flexibilizadas as margens de risco tolerável: vale a pena o risco em nome da atividade que é exercida?

Ao contrário, quanto mais neutra for a atividade em termos sociais, mais restrito deverá ser o limite do risco tolerado. Também serão considerados os bens jurídicos tutelados pelas normas direcionadas à empresa, pois trata-se de balizas valorativas anteriores à própria organização. Segundo Adán NIETO MARTÍN, a consequência direta é que os riscos que (possivelmente) afetem estes bens juridicamente tutelados (vida, intimidade, liberdade sexual, etc.) devem ser tidos pela empresa como objetos de erradicação e não apenas de minimização.<sup>196</sup> Todavia, no

---

<sup>195</sup> Nas palavras de Mariola Rodríguez Font, “(...) *el orden jurídico – también el sanitario y de policía de alimentos – es así la situación ideal de ausencia de peligros y anomalías a la que razonablemente puede aspirarse Ese objetivo no es trasladable a los riesgos entre otras razones porque, como ya señala unánimemente la jurisprudencia que se adentra en estas materias, no existe el riesgo cero. Una sociedad saturada de tecnología, de la que se provienen riesgos diversos, sólo puede aspirar a un objetivo más realista: el riesgo permitido; un objetivo que conlleva la opción entre riesgos para decantarse, en principio, por los riesgos menores que son así aceptados*”, vide: RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.13.

<sup>196</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo (...) op.cit.*, p.157.

caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado - que é um bem jurídico-penal protegido - a dificuldade nesta erradicação está intimamente relacionada à dificuldade em delimitar o próprio bem jurídico.

Encerrada esta etapa de *risk assesment*, inicia-se um novo momento - *risk management* (v) – quando então serão tomadas medidas para o tratamento ou a minimização dos riscos identificados e avaliados, optando-se pela proibição de determinadas condutas ou pela melhora na implementação de alguns controles.

As atividades de prevenção de riscos correspondem ao conjunto de políticas e de procedimentos necessários para assegurar que as respostas para os riscos identificados se apliquem de forma efetiva no seio da organização<sup>197</sup>. Por fim, embora os riscos devam ser avaliados no momento anterior à implementação do programa de *compliance*, é indispensável que sejam revistos e reavaliados em períodos predeterminados, e quando houver alguma denúncia ou forte suspeita de irregularidades (vi).

Sob este quadro, a responsabilidade da empresa surge da omissão em criar um sistema preventivo destinado à controlar de forma razoável os riscos, sejam vinculados à própria atividade econômica da empresa<sup>198</sup> e que diretamente possam afetar bens jurídico-penais, como o meio ambiente, sejam o resultado de condutas delituosas – dolosas ou imprudentes – dos membros do ente coletivo.<sup>199</sup>

Também a construção e o manejo de programas de *compliance* criam numerosos problemas jurídico-penais à organização, portanto, o uso equivocado ou exagerado destes instrumentos é em si um risco penal<sup>200</sup>, pois poderá gerar deveres de cuidado de tal modo que todos na empresa sejam responsáveis por tudo o que for identificado como irregular. Daí a importância em delimitar responsabilidades e setores de vigilância individualizados. Neste contexto, “*conocer bien los fundamentos de la comisión por omisión y de la delegación de funciones en derecho penal es condición necesaria para diseñar correctamente un modelo de prevención, donde poder y responsabilidad se distribuyan de modo equilibrado*”.<sup>201</sup>

---

<sup>197</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programada de (...) op.cit.*, p.253.

<sup>198</sup> GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Criminal Compliance y Proceso Penal (...) op.cit.*, p.206.

<sup>199</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.146.

<sup>200</sup> GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...) op.cit.*, p.160.

<sup>201</sup> GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...) op.cit.*, p.161.

É importante, assim, que no momento de mapear riscos os agentes envolvidos tanto para a análise quanto para o seu manejo estejam guiados pelo princípio da proporcionalidade, no sentido de levarem em consideração o nível de risco que a sociedade está disposta a assumir.<sup>202</sup> As medidas que serão adotadas devem ter como baliza este critério de tolerabilidade.

### 2.2.2. CÓDIGOS DE CONDUTA E POLÍTICA DE GESTÃO AMBIENTAL

Os códigos de conduta têm neste tema destacada importância, pois representam o fio condutor dos programas de *compliance*<sup>203</sup>. São intrinsecamente ligados aos conceitos de *responsabilidade social* e de “*good corporate citizenship*”, tendo em vista que muitas empresas quando se declaram bons cidadãos corporativos ou entes socialmente responsáveis o fazem através destes instrumentos. Trata-se, assim, de uma declaração expressa das políticas, dos valores, da ética e das diretrizes que espelham a atuação empresarial frente aos consumidores, aos clientes, ao Estado, a outras empresas, aos cidadãos, aos terceiros interessados (*stakeholders*), bem como em relação ao meio ambiente, que é nosso objeto de recorte neste estudo.<sup>204</sup>

Além do caráter ético e principiológico, os códigos de conduta devem conter normas procedimentais que regulamentem o como, o quando e o que deve ser feito quando membros da empresa, funcionários ou diretores, envolvam-se em fatos potencialmente ilícitos e que possam resultar em prejuízo à organização.

A origem deste códigos remonta tanto a organismos internacionais<sup>205</sup>, como à iniciativa privada<sup>206</sup>, sendo manifestações explícitas do fenômeno da autorregulação das organizações<sup>207</sup>. A

---

<sup>202</sup> vide: RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.263. A autora subdivide, contudo, dois distintos pontos de vista da aplicação do princípio da proporcionalidade em função da análise e da gestão de riscos: “(...) desde la noción misma del riesgo aceptado (a la que podría denominarse la <<vertiente negativa>>) y desde la noción del nivel de protección adecuado en una determinada sociedad (es decir, su <<vertiente positiva>>)”.

<sup>203</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.240.

<sup>204</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.p.113.

<sup>205</sup> “Aquí se ubican los códigos relativos a las prácticas publicitarias de la Cámara de Comercio Internacional en la década de los años 30, la guía para las empresas multinacionales hecha en 1976 por la Organización para la cooperación para el desarrollo económico (en adelante OCDE) y la declaración tripartita de principios relativos a las multinacionales y política social de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en 1977”, vide: NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...) op.cit.*, p.115.

partir de estudo histórico sobre o tema, Cristina DE MAGLIE conclui que os códigos éticos surgiram como uma resposta das empresas norte-americanas à hipercriminalização e ao fomento de instrumentos sancionatórios contra a criminalidade empresarial. Segundo a autora, a partir dos anos noventa, mais de 90% das empresas norte-americanas adotaram estes códigos com conteúdo ético.<sup>208</sup>

Iván NAVAS MONDACA<sup>209</sup>, também em pesquisa sobre o tema, subdivide os códigos de conduta em cinco tipos: (i) os códigos modelo, nos quais a empresa assume voluntariamente compromissos com base em boas práticas ou em padrões gerais de atuação, seja dos sujeitos envolvidos na empresa, seja dela mesma<sup>210</sup>; (ii) os códigos intergovernamentais<sup>211</sup>; (iii) os

---

<sup>206</sup> Apenas para darmos alguns exemplos de multinacionais com códigos de conduta: Shell Global, <http://www.shell.com/global/aboutshell/who-we-are/our-values/code-of-ethics.html>; John Deere, <http://investor.deere.com/our-company/investors-relations/corporate-governance/code-of-ethics/default.aspx>; Johnson & Johnson, <http://www.investor.jnj.com/ethics.cfm>; Portucel-Soporcel: [http://www.portucelsoporcel.com/var/ezdemo\\_site/storage/original/application/137ab73e1f81c5d5cf5278834ddea9f1.pdf](http://www.portucelsoporcel.com/var/ezdemo_site/storage/original/application/137ab73e1f81c5d5cf5278834ddea9f1.pdf); (acesso: maio/15)

<sup>207</sup> “(...) existen códigos de conducta que surgieron por iniciativa estrictamente privada, como resultado de la agrupación de empresas a fin de autorregular sus inter relaciones. Aquí encontramos por ejemplo, el código implementado por la multinacional Mitsubishi en 1943 y también os códigos deontológicos de principios del siglo XX relacionados con los colegios profesionales que establecían determinados deberes e imposición de normas éticas para sus integrantes (...). Un gran impulso en la multiplicación de los códigos de conducta fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (...) estos instrumentos de autorregulación apuntaron desde un principio en la dirección de promocionar comportamientos socialmente responsables por parte de las empresas, acogiéndose como política de muchas multinacionales en respecto por el cumplimiento de los derechos humanos. Posteriormente, ya a finales del siglo XX, los hechos que más impulsaron la creación de estos códigos fueron algunos escándalos corporativos y financieros de la década de los 80 y de los 90 como la quiebra de la compañía Enron”, vide: NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...)* op.cit., p.115.

<sup>208</sup> “Tra gli anni '60 e '90 si assiste, nel mondo economico nordamericano, a manifestazione sempre più aggressive e perniciose della criminalità delle impresa. Si ricordano i famosi 'electrical cases' del 1960 che portano alla condanna di ben ventinove imprese per violazione delle disposizioni in tema di antitrust: inoltre i noti processi per corruzione degli anni '70; infine gli scandali in tema di insider trading degli anni '80. A questa massiccia esplosione di criminalità economica le Corti ed il Congresso, supportate anche da parte della dottrina, tendono a dare risposte draconiane, che potrebbero avere conseguenze devastanti: una richiesta di ipercriminalizzazione e di potenziamento dell'arsenale sanzionatorio puntato contro la criminalità delle aziende. La reazione difensiva delle persone giuridiche a questa dichiarazione di ostilità à la seguente: l'emanazione di codici etici”, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.106.

<sup>209</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...)* op.cit., pp.116-119.

<sup>210</sup> No setor privado, é o modelo utilizado pela Microsoft para seus produtos online, assumindo compromisso com a privacidade e a proteção de dados pessoais dos seus usuários, e proibindo atitudes dos usuários que atentem contra a intimidade e a privacidade, ou que promovam atitudes preconceituosas ou violentas, vide: <http://windows.microsoft.com/en-us/windows-live/code-of-conduct> (acesso em mar/15). Mas também podem ser aplicados no setor público, como é o caso dos Códigos de Conduta do Tribunal de Justiça da União Europeia, publicado em 22 de setembro de 2007 no Diário oficial das Comunidades Autônomas (DOCE) aplicável aos membros do Tribunal, tendo como objetivo preservar a imparcialidade e a independência dos membros, vide: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_14967/?hlText=código+conducta](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_14967/?hlText=código+conducta) (acesso: março/15) e também o Código de Conduta para Mediadores, criado em julho de 2004 pela Comissão Europeia, vide: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf). É o caso, ainda, do relatório da Comissão Europeia

códigos de múltiplas partes interessadas (*stakeholders*), provenientes de acordos entre empresas, ONGs, sindicatos, etc.; (iv) os códigos de associações profissionais ou de federações, ou, ainda, os códigos de comércio, com repercussão em cada setor industrial; (v) e os códigos de empresas, dirigidos aos trabalhadores e aos diretores da organização, promovendo regras de gestão interna, inclusive com o recurso a subcódigos para setores específicos que demandem uma regulação mais detalhada, como o uso de equipamentos de informática e a privacidade de dados e informações, o trato entre os colaboradores para evitar situações de assédio moral/sexual, os códigos de vestimenta, etc.

Apesar da delimitação destes modelos, não existe um padrão ideal de código que possa ser seguido por toda e qualquer organização. Sua forma deve ser livre, permitindo que cada empresa dê seu tom de particularidade e de originalidade ao texto. Contudo, identificam-se alguns elementos dominantes e considerados essenciais<sup>212</sup>, que subsidiam estes instrumentos a orientar comportamentos adequados ao direito e aos valores da sociedade empresarial.

De modo geral, os códigos de conduta servem para responder dúvidas em situações de conflitos. São instrumentos que expressam os “(...) *intereses (que pueden colisionar o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores), así como intereses sociales (p.ej. en el campo del medio ambiente)*”.<sup>213</sup> Seu conteúdo deve prever guias – e de forma otimista, soluções - para estes conflitos, bem como informações claras que ajudem a reduzir interpretações equivocadas e ambiguidades<sup>214</sup>. Sendo pautas gerais de conduta<sup>215</sup>, os

---

sobre Pesquisa Científica e Ética, disponível em [http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89888/ethics-for-researchers\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/fp7/89888/ethics-for-researchers_en.pdf) (acesso: março/15).

<sup>211</sup> Como é o caso das *Guidelines for Multinational Enterprises* criadas pela OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*) em 1976, e atualizadas pela última vez em 2011, aplicáveis a todas as multinacionais dos 44 estados aderentes, tratando de recomendações para ética empresarial em diversos contextos no âmbito de medidas trabalhistas e industriais, da pesquisa científica, de práticas concorrenciais, de direitos humanos, de medidas anticorrupção, e de práticas ambientais. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm> (acesso: março/15)

<sup>212</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.107.

<sup>213</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...)* op. cit., p.71.

<sup>214</sup> GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas* In GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (diretor); SANZ HERMINA, Ágata M./ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Problemas actuales de la justicia penal – secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 2013.p.149.

<sup>215</sup> “*Los términos mencionados de Compliance Programs, Risk Management, Value Management y Corporate Governance, así como Business ethics, Integrity Codes, Codes of Conduct y Corporate Social Responsibility describen nuevos conceptos de dirección empresarial. (...) Si uno analiza el contenido de estos conceptos, observa que apuntan en primer lugar a la orientación de la dirección empresarial en determinados objetivos y valores. Esto*

códigos têm a finalidade de confirmar/reforçar um conteúdo normativo prévio e, ao mesmo tempo, buscam promover uma cultura ética empresarial em tal nível que o cumprimento normativo seja uma consequência natural (*compliance and ethics codes*).<sup>216</sup>

Fracionados em matérias diversificadas, aparecem nos códigos práticas de combate à corrupção (internacional, se for o caso de multinacionais), práticas de observância dos direitos humanos, de confidencialidade e de proteção de dados, práticas contábeis e financeiras, práticas de concorrência leal, de segurança no uso de informações e contra o abuso de informações privilegiadas, de respeito aos direitos dos clientes, práticas de cumprimento da lei ambiental, práticas éticas em geral (não discriminatórias, por exemplo). Contêm, ainda, normas procedimentais de funcionamento do governo corporativo, a especificação de funções de órgãos setorializados (conselho ético, por exemplo, ou comitê de práticas ambientais) e as responsabilidades discriminadas dos membros da organização.<sup>217</sup>

Pontualmente, a credibilidade social da empresa atualmente tem como fator determinante o seu comprometimento com a questão ambiental, com o que as condutas empresariais que visam ao benefício econômico obrigatoriamente devem estar equilibradas com os interesses de possíveis sujeitos ou grupos afetados pela atividade, os chamados *stakeholders*: “(...) de este modo, la empresa pasa a concebirse como una institución social consciente de las consecuencias de sus decisiones”<sup>218</sup>. Assim, se os códigos de conduta espelham os valores empresariais, a empresa socialmente responsável não será aquela que apenas cumpre com a norma legal, mas sim aquela que se adapta aos padrões éticos, dentre os quais está o respeito ao meio ambiente, inquestionavelmente.

É neste instrumento, portanto, que devem estar expressos os princípios que dão fundamento à política de gestão ambiental da empresa. Para além das diretrizes de cumprimento da lei, é importante que sejam elencados nestes códigos de conduta os valores base da ética ambiental

---

*es resaltado sobre todo por el concepto Business Ethics, que describe la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias establecidas legalmente. Un contenido similar tiene también el concepto Integrity Codes, que insinúa igualmente un amplio espectro de objetivos. Por su parte, el concepto Corporate Social Responsibility se refiere incluso a un ámbito de responsabilidad empresarial, que incluye la realización de tareas sociales. Estos conceptos no apuntan solo a valores sino incluso de manera más fuerte a procedimientos para su protección o para el cumplimiento de exigencias legales: los Codes of Conduct constituyen pautas generales de conducta”, vide: SIEBER, Ulrich. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...) op. cit., p.66.*

<sup>216</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit., p.241.*

<sup>217</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...) op.cit., p.120.*

<sup>218</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit., p.210.*

com a qual identifica-se a empresa, pois é da leitura destes textos que os colaboradores deverão saber quais diretrizes ecológicas devem ser seguidas nas suas práticas diárias.

No âmbito criminal, os códigos de conduta especificam tipos legais mais prováveis de ser violados em função da atividade cotidiana empresarial, as condutas que infringem ou que podem infringir estes dispositivos legais, os mecanismos internos de prevenção destas condutas, bem como as sanções internas correlatas.<sup>219</sup> Todavia, pelo conteúdo ético que carregam, os contornos dos códigos de conduta não coincidirão com os limites dos tipos penais, “*sino que serán significativamente más amplios*”.<sup>220</sup>

Como ressalta Raquel MONTÁNER FERNÁNDEZ, contudo, estes códigos éticos não têm poder coercitivo algum, tratando-se de meras diretrizes, à diferença dos *compliance programs* que, quando efetivos, necessariamente produzirão um autêntico vínculo jurídico de deveres de conduta<sup>221</sup>. Iván NAVAS MONDACA, de outra sorte, defende que “*si bien en su origen los códigos de conducta no fueron jurídicamente vinculantes, actualmente si pueden tener efectos jurídicos, como ocurre cuando un código regula los gobiernos corporativos de las empresas, pues en este caso el código sirve de fundamento para la imposición de medidas disciplinarias de quienes violen sus prescripciones*”<sup>222</sup>.

Segundo o autor, nos últimos anos a exigibilidade destes instrumentos têm se dado a partir da fórmula “*comply or explain*”, que obriga a empresa a justificar o incumprimento dos seus códigos, em função de normativas especializadas, como o Código de Bom Governo Corporativo

---

<sup>219</sup> GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...) op.cit.*, p.149.

<sup>220</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.284.

<sup>221</sup> Para a autora, é comum na prática empresarial, e na terminologia doutrinária, que os códigos éticos sejam equiparados aos programas de *compliance*. Contudo, embora tenham pontos em comum, código de ética e *compliance programs* são institutos diferentes, profundamente diferentes: (a) seja pela fonte de suas informações – códigos de ética são produtos exclusivos da empresa, *compliance programs* são elaborados, em geral, pelos diretores da empresa, mas sua fonte geradora é a lei, que induz a adoção destes programas; (b) seja pela forma – códigos éticos têm forma e conteúdo livres, enquanto os *compliance programs* devem respeitar princípios básicos, *standarts* de efetividade; (c) seja pelo conteúdo – códigos de ética podem ser muito genéricos, limitando-se a determinar os princípios da cultura ética empresarial, os *compliance programs*, ao contrário, devem ser específicos e detalhados, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.111. Não concordamos com a metodologia utilizada pela autora. Não só porque nos parece que também os programas de *compliance* podem ser voluntários sem qualquer induzimento legislativo, mas especialmente porque, ao nosso ver, trata-se de categorias distintas dentro da gestão empresarial. Os códigos de conduta são adaptáveis a qualquer porte de empresa, pois declaram de forma expressa e escrita os valores aplicados pela gestão empresarial e aqueles que servem de meta a esta gestão. Os programas de *compliance*, de outra forma, são medida de controle e de evitação de riscos empresariais. Nesta função os códigos de conduta exercem papel de extrema importância, como dito, pois espelham a conduta dos colaboradores para que seja a conduta exigida/esperada pela organização e, assim, a conduta empresarial.

<sup>222</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...) op.cit.*, p.120.

na Alemanha, e a Lei 24/1998 sobre Mercado de Valores na Espanha<sup>223</sup>, ou, ainda, como a Diretiva da União Europeia 2005/29, relativa a práticas comerciais desleais, que considera (artigo 6º) prática enganosa ao consumidor o desrespeito pelos membros da empresa dos compromissos derivados do código de conduta da empresa<sup>224</sup>.

Concordamos que o conteúdo dos códigos de ética será, na prática, baliza para justificar a imposição de medidas disciplinares, além do que poderão surgir deveres de cuidado com implicações jurídicas, até mesmo, em função do texto adotado nestes instrumentos. Contudo, também é verdade que as regras éticas e comportamentais aparecem totalmente desarmadas, sem força coativa alguma quando meramente cunhadas no papel, pois o conteúdo destes instrumentos tem caráter primordialmente axiológico. É por isto que estes códigos só terão aplicabilidade de fato e, assim, exigibilidade, através de um aparato sancionatório adequado também formulado e implementado pela própria organização<sup>225</sup>.

Em não havendo este aparato coercitivo cria-se uma margem para que sejam formulados códigos de fachada, meras maquiagens, que têm como objetivo servir de argumento defensivo, em caso de perquirição pelas agências de controle ou órgãos de perquirição, mas que, na realidade, não possuem qualquer objetivo de autorregulamentação das boas práticas e dos valores éticos empresariais. Daí que as sanções aplicadas internamente na organização tenham, em primeiro plano, a função de dar credibilidade aos código de conduta.

---

<sup>223</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?* (...) *op. cit.*, p.224.

<sup>224</sup> “Article 6 - Misleading actions – (...) 2. A commercial practice shall also be regarded as misleading if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise, and it involves: (a) in any marketing of a product, including comparative advertising, which creates confusion with any products, trade marks, trade names or other distinguishing marks of a competitor; (b) non-compliance by the trader with commitments contained in codes of conduct by which the trader has undertaken to be bound, where: (i) the commitment is not aspirational but is firm and is capable of being verified, and (ii) the trader indicates in a commercial practice that he is bound by the code”. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF> (acesso: março/15)

<sup>225</sup> DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante* (...) *op. cit.*, p.488.

### 2.2.3. SISTEMAS DE SANÇÕES INTERNAS DIRECIONADAS À PROTEÇÃO AMBIENTAL

Para que os códigos de conduta tenham credibilidade e, portanto, não aparentem tratar-se de mera manifestação simbólica dos valores e diretrizes da empresa é preciso que dentro do programa de *compliance* sejam implementados mecanismos sancionatórios contra o descumprimento de suas normas. A primeira função deste aparelho sancionador é repassar aos membros da organização, aos consumidores e clientes e à sociedade, de modo geral, a confiança de que existe um verdadeiro código interno na empresa, ativo e cogente, de tal forma que o descumprimento das regras predeterminadas não será tolerado pela própria empresa. Num segundo momento, este sistema sancionatório demonstra aos colaboradores e aos *stakeholders* que a observância de normas (legais ou internas) é tão importante para a empresa quanto a realização dos objetivos econômicos e financeiros.<sup>226</sup>

Assim, enquanto fio condutor do programa de *compliance*, os códigos de conduta “(...) no deben incluir sólo normas de conducta para empleados, directivos y administradores, sino también normas de control de dichas conductas”<sup>227</sup>. A sistematização destas normas de controle pode seguir dois modelos distintos: (i) através da vigilância dos trabalhadores e colaboradores e do estabelecimento de medidas específicas de controle, como o acesso aos e-mails e mensagens de computadores e telefones corporativos, o monitoramento das chamadas telefônicas e das consultas à internet, a videovigilância; ou (ii) através do controle interno na implementação de uma cultura de legalidade baseada em dinâmicas de transparência e de integridade.

O primeiro modelo, aparentemente efetivo, pode colocar a empresa num “estado de vigilância constante”, aumentando seu poder sobre os trabalhadores, e colocando em risco, em muitos casos, direitos fundamentais (à intimidade, por exemplo). Já o segundo modelo, além de prevenir a ocorrência de condutas delituosas imbricadas na atividade empresarial, assegura que também as medidas de controle respeitem as regulamentações (legais e internas) e os direitos dos trabalhadores, todas estas normas que preferencialmente devem estar expressas e claras nos códigos de conduta<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.130.

<sup>227</sup> LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...) op. cit.*, p.130.

<sup>228</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.285.

Além da documentação expressa destas normas, também a possibilidade de que a empresa sancione seus funcionários e membros deverá ser prevista nos instrumentos jurídicos desta natureza no âmbito do direito do trabalho. Só assim os destinatários destes documentos reguladores, funcionários e sócios, poderão ser submetidos às sanções internas da organização.

Legitimado, assim, o uso de sanções internas, é comum que estas apareçam de forma simplificada em cláusulas gerais, como a mera indicação no código de conduta de que o seu descumprimento será sancionado pela empresa. Neste caso, a sanção mais adequada ao caso concreto será determinada conforme a análise específica e individualizada feita pelo sujeito ou órgão responsáveis<sup>229</sup>. Ainda que seja sempre preferível a indicação expressa das sanções, por causar um efeito mais significativo na prevenção de condutas transgressoras ao esclarecer, em função da severidade da sanção, quais condutas são menos toleradas que outras e, assim, quais riscos devem ser mais evitados que outros.

As sanções variam desde notas de demérito, licenciamentos de cargos, suspensões, obrigações de reembolso, até a denúncia dos fatos às autoridades públicas<sup>230</sup>. É questionável, todavia, que se recorra à demissão como medida disciplinadora. Juan ANTÓNIO LASCURÁN entende que a demissão não seria uma alternativa, e que a sanção mais dura possível de ser aplicada pela empresa é a comunicação da infração às autoridades públicas<sup>231</sup>. Nós, contudo, discordamos do autor, enquanto é verdade que o descumprimento de princípios gerais e de diretrizes contidos no código de conduta não seria razoavelmente punido com a demissão, o cometimento de um crime dentro da organização, devidamente identificado, poderia sim justificar o desligamento total do funcionário do quadro da empresa.<sup>232</sup>

No caso americano, por exemplo, é prevista a *Reverse Wistleblowing* (RWB) que é justamente a possibilidade da empresa, nas investigações internas recolher provas contra membros que tenham cometido delitos e entrega-las às autoridades públicas, em troca de acordos de leniência ou de anistia para a empresa. Segundo William LAUFER e Gilbert GEIS, a RWB é prática comum nas empresas para a identificação de funcionários culpados, servindo na teoria de instrumento para a proteção da empresa, no âmbito da sua responsabilidade penal. Todavia, o que

---

<sup>229</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.132.

<sup>230</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.132.

<sup>231</sup> LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...) op. cit.*, p.131.

<sup>232</sup> E é neste sentido a opinião de Maria Mercè DARNACULETTA I GARDELLA: “*La sanción más grave que puede preverse, en estos casos, es el despido de los empleados por inaplicación de las normas éticas adoptadas por la empresa*”, vide: DARNACULETTA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.362.

ocorre na prática, segundo os autores, é que as empresas efetivamente culpadas têm neste mecanismo uma via para dividir ou repassar sua responsabilidade aos membros da empresa: *“blaming subordinates may be nothing more than shielding senior managers and the entity from criminal liability. Harsh and unjustified discipline of employees may be practice only to satisfy perceptions of Guidelines compliance”*.<sup>233</sup>

No que diz respeito ao setor de riscos ambientais, é conveniente que o descumprimento de normas de cunho ecológico tenham sanções voltadas à proteção do meio ambiente: plantio de novas mudas e árvores, atuação na coleta seletiva e no descarte do lixo da empresa, frequência a cursos sobre consciência ambiental e a tutela do meio ambiente, etc., pois assim, além de cumprir com a ética empresarial de comprometimento ecológico, exposta no código de conduta e na política de gestão ambiental da empresa, estaremos disseminando a conscientização ambiental pelos membros da organização e, conseqüentemente, harmonizando as práticas empresariais, na medida do possível, com o meio afetado pela atividade em questão.

Por fim, a adoção de medidas sancionadoras internas também significa a chance da empresa auto proteger-se de comportamentos transgressores dos próprios seus diretores e funcionários<sup>234</sup>, e que pudessem influenciar na responsabilização penal da própria organização.

Devidamente implementado o sistema sancionador como medida de controle interno, uma vez que ocorra determinado fato ilícito punível no decurso da atividade empresarial, a distância entre o dano (ocorrido ou potencial) e o autor da conduta que lhe deu causa será diminuída. Com isto, a empresa poderá demonstrar de forma mais clara sua intolerância frente a condutas criminosas.<sup>235</sup> Para que cumpra esta função, o sistema sancionador interno deve ser clara e detalhadamente comunicado a todos os membros da organização: seu conteúdo, seus procedimentos, os tipos de sanções. E deve ser lembrado periodicamente para evitar a comissão de delitos por desconhecimento dos deveres de cuidado individuais.

---

<sup>233</sup> LAUFER, William; GEIS, Gilbert. *Corporate Crime and a New Brand of (...) op. cit.*, pp.144/145.

<sup>234</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.131.

<sup>235</sup> *“Vi è una differenza netta rispetto a quanto accadeva con l'applicazione dei codici etici: l'assenza di sanzioni ha tolto loro ogni credibilità agli occhi della prassi che, in caso di reato, ha sempre condannato la persona giuridica. Con l'entrata in vigore delle Guidelines si volta pagina: le persone giuridiche possono finalmente offrire alla giurisprudenza la prova che loro regolamentazione interna non è un semplice biglietto da visita o un cartellone pubblicitario, in cui sono retoricamente elencate le buone intenzioni dell'impresa: è invece un programma serio, che deve essere osservato da tutti i dipendenti, tant'è che in caso di violazione, scattano le sanzioni”*, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.131.

Em qualquer caso, este sistema de sanções será orientado pelos valores e objetivos propostos pela organização em seu código de conduta, que são os mesmos valores e objetivos que inspiram o próprio programa de *compliance criminal*, inclusive porque as medidas de prevenção e de controle efetivamente baseadas no cumprimento das normas e da ética empresarial, para que sejam válidas, não podem prever sanções que transbordem os limites de proteção dos direitos fundamentais.

#### 2.2.4. SISTEMAS DE INVESTIGAÇÕES INTERNAS

Para que sejam sancionadas as transgressões aos códigos de conduta e às normas jurídicas impostas à empresa e aos seus membros, é necessário que o programa de *compliance* esteja munido de procedimentos investigativos levados a termo pelas próprias organizações. Estas investigações justificam-se na suspeita de que o sistema de prevenção foi/está sendo violado, e/ou na suspeita de que condutas ilícitas estão sendo/foram praticadas no decurso da atividade empresarial.

Juan PABLO MONTIEL, ao debruçar-se sobre o tema, relembra que desde a década de sessenta, nos Estados Unidos, os tribunais ordenavam a instauração de “processos de autolimpeza”, em função de denúncias feitas pela *Securities and Exchange Commission (SEC)*<sup>236</sup> no âmbito do direito cambiário. Esta tendência se intensificou na década seguinte, como reação aos escândalos envolvendo pagamentos de subornos, apelando a SEC à cooperação privada com as investigações públicas em troca de benefícios às empresas. Em meados dos anos oitenta, as investigações internas tornaram-se conhecidas em todo o território americano, inclusive com dados de que em 2008 já praticamente metade das sociedades de capital americanas realizava investigações desta natureza.<sup>237</sup>

Segundo o autor, ainda, é fundamental distinguir as medidas de controle interno das medidas de investigação empresarial: “*es esencialmente de ‘control’ la actividad cotidiana que*

---

<sup>236</sup> A título ilustrativo, são agências reguladoras no âmbito do Mercado Financeiro: *Securities and Exchange Commission – SEC* –, nos Estados Unidos, <http://www.sec.gov>; *Financial Services Authority – FSA* –, no Reino Unido, <http://www.fsa.gov.uk>; *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BAFIN* –, na Alemanha, [http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite\\_node.html](http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite_node.html); *Commissione Nazionale e per le Società e la Borsa – CONSOB* –, na Itália, <http://www.consob.it>; *Comisión Nacional de Mercado de Valores – CNMV* –, na Espanha, <https://www.cnmv.es/portal/home.aspx>; e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliário – CMVM –, em Portugal.

<sup>237</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., p.493.

realizan en una empresa los auditores, por ejemplo, dado que se descargan de revisar, examinar y evaluar los resultados de un determinado sector de gestión (...) ahora bien, frente al 'control empresarial' aparece la 'investigación empresarial'. Esta última es principalmente reactiva, esto significa que recién se 'enciende' esa competencia cuando existe la sospecha de que se ha cometido un ilícito o bien cuando la comisión del delito es bastante evidente y ya existe un proceso judicial en marcha".<sup>238</sup> Logo, as investigações internas têm sempre caráter reativo, que se aciona quando há uma suspeita de irregularidade<sup>239</sup>, enquanto as medidas de controle, como é o caso das auditorias (internas ou externas), estão no plano preventivo, sendo anteriores à própria suspeita e tendo como objetivo comprovar o grau de funcionamento do sistema de controle e prevenção.

Se no decurso de uma auditoria for descoberta ou surgir a suspeita de uma irregularidade (contrária ao programa de *compliance*), deverá ser instaurada uma investigação interna para apurar estes fatos, sua natureza e sua amplitude. Neste cenário, podemos ainda distinguir as investigações internas prévias a expedientes investigativos externos – prejudiciais – daquelas que se iniciam justamente em função da existência de um expediente judicial - parajudiciais.<sup>240</sup>

As primeiras têm importância vital na determinação da responsabilidade da empresa, pois ajudam a determinar se o ilícito identificado é um fato isolado ou um *output* de uma rede de ilícitos incrustada à sociedade empresária, com conhecimento e incentivo da cúpula diretiva, ou por sua negligência/tolerância.<sup>241</sup>

Contudo, para que seja aberta uma investigação interna é necessário uma suspeita fundada, um mínimo de verossimilhança entre a presunção e o fato (potencialmente) delituoso, algo concreto o bastante a justificar os gastos dispendidos pela organização e a sua intromissão na zona de privacidade dos investigados<sup>242</sup>. O nível de suspeita para que se inicie a investigação interna deverá ser, também, superior ao de um processo investigativo ordinário, tendo em vista que num Estado de Direito as faculdades coercitivas e investigativas da empresa devem necessariamente ser menores que aquelas das autoridades públicas<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.495.

<sup>239</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas In NIETO MARTÍN, Adán et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.p.232.

<sup>240</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.499.

<sup>241</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.499.

<sup>242</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.235.

<sup>243</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.509.

Assim, para assegurar a proporcionalidade entre a suspeita e as medidas de investigação, é conveniente que se realize uma investigação preliminar. Inclusive porque grande parte das investigações internas é fruto de informações obtidas pelos canais de denúncia, diante do que, nesta fase preliminar poderiam ser desacobertas denúncias infundadas ou de má-fé, para que sejam punidas pelo sistema sancionador interno e, com isto, evitadas.

Encerrada esta fase preliminar, sendo necessária a investigação, seus titulares poderão ser órgãos internos ou externos à empresa. Em geral, por estarmos no âmbito de responsabilidades, será necessário um advogado com conhecimento do campo jurídico correlato às suspeitas. Este advogado poderá ser contratado pelo setor jurídico da empresa ou mesmo um profissional autônomo. A decisão dependerá de vários fatores, como os custos de externalização das investigações ou a (in)existência de pessoal interno com *know how* compatível à investigação.

Ademais, estas decisões sobre o “se” e o “como” de uma investigação não estão isentas de riscos e condicionantes, mostrando-se como resultado de uma ponderação complicada de múltiplos fatores, com repercussões na esfera jurídica e econômica da empresa.<sup>244</sup>

Dentre as condicionantes, são determinantes o fator econômico, pois a implementação das investigações exige que a organização tenha recursos disponíveis (o que não é comum), bem como o fator mercadológico, especialmente quando em questão sociedades de capital aberto, nas quais a informação sobre a existência de uma investigação interna pode repercutir negativamente no seu valor de mercado.

Já os riscos à empresa com a implementação destas medidas envolvem, primordialmente, o fato de que a investigação pressupõe uma intromissão na zona de privacidade dos membros da organização. Esta intromissão abre portas para violações aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, aumenta o risco de responsabilização civil, administrativa e penal da empresa e de seus gestores. Portanto, é importante que os procedimentos investigativos privados garantam direitos mínimos de defesa aos investigados. A delimitação destes direitos é tema de debate na doutrina, sendo consenso que, no âmbito das investigações internas, será mitigado o exercício destes direitos.<sup>245</sup> O que pouco conseguem estes autores é esclarecer os limites desta mitigação.

---

<sup>244</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, pp.507/508.

<sup>245</sup> Neste sentido, é interessante o raciocínio feito pelo autor ao referir que “*Cuando una persona física se defiende es capaz obviamente de transmitir en su defensa la versión de los hechos que más se corresponde con sus intereses. No ocurre lo mismo con las personas jurídicas. Dentro de la organización pueden existir diferentes versiones de los hechos y además distintos intereses en que prevalezca una u otra versión. Esta es una razón más por la que los administradores de la entidad están obligados a realizar una investigación interna, procurando que además sea*

Mercè DARNACULLETTA I GARDELLA, tratando dos mecanismos de autocontrole das associações, dotados de poder disciplinador, reforça que este poder não pode ser exercido sem garantias suficientes: a tipicidade das infrações e sanções (através de referencias previas, claras e expressas), os direitos de defesa e a tutela judicial efetiva.<sup>246</sup>

Adán NIETO MARTÍN dá ênfase ao fato de que quando estivermos tratando de investigações parajudiciais – portanto, com a suspeita pelas autoridades públicas de irregularidades na empresa e já com alguma ação penal iniciado ou presumida – o ideal é que sejam contratados advogados externos que representarão a empresa na respectiva ação penal.<sup>247</sup> Nestes casos, será designado um representante ou comitê específico encarregado de comunicar-se com a banca de advogados externa. Para preservar estas trocas de informação, todos deverão firmar cláusulas de confidencialidade, cujo descumprimento será sancionado pela empresa. Em sendo investigado um membro do Conselho de Administração ou um alto diretor, é sinal de qualidade que o início da investigação possa ser feito pelo órgão ou sujeito designados a implementar o programa – *compliance officer*, geralmente.<sup>248</sup>

Iniciada a investigação, chegamos à terceira fase: sua realização. É conveniente que sejam elaborados Códigos de Investigações Internas, e que estes instrumentos sejam conhecidos por todos os membros da organização e aprovados pela diretoria administrativa, legitimando-os como medidas de controle interno<sup>249</sup>. Estes códigos garantem a transparência dos procedimentos, através da declaração expressa dos procedimentos e objetivos de cada instrumento, bem como das regras relacionadas à defesa dos investigados, à proteção e à disseminação das informações empresariais geradas a partir da investigação, e permitem a delimitação das funções de cada membro da equipe de investigação<sup>250</sup>.

---

*dirigida por alguien sin ningún tipo de conflicto de intereses y que sea capaz de construir la versión de los hechos que más favorezca a los intereses de las personas jurídicas. Como herramienta necesaria para el ejercicio de derecho de defensa de la persona jurídica la legitimidad de las investigaciones internas no puede ser discutida”,* vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, pp.257/264.

<sup>246</sup> DARNACULLETTA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.297. Vide as notas de rodapé com decisões sobre o tema de números 53;54;55.

<sup>247</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.239.

<sup>248</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.238.

<sup>249</sup> A documentação é aqui destacada não só nesta fase preinvestigativa, mas também com relação aos registros das sanções eventualmente aplicadas e suas justificativas e das investigações internas e suas conclusões, pois se trata de um indício de que o programa de *compliance criminal* é efetivo nos seus fins preventivos, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.233.

<sup>250</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.506.

Os instrumentos utilizados costumam ser a pesquisa em e-mails e telefones corporativos, a busca em sites visitados pelos colaboradores, gravações e interceptações nos ramais e telefones, a entrevista de terceiros e de membros da organização, etc. A captura de imagens em banheiros e vestuários, exames médicos compulsórios, a interceptação de correspondência, e-mails, ou telefone pessoal e a contratação de detetives privados que vigiem os trabalhadores são práticas que atentam contra a dignidade dos investigados e desproporcionais aos fins da investigação, por piores que sejam as suspeitas.<sup>251</sup> Algumas destas condutas podem configurar até mesmo crimes empresariais, afinal, a violação de uma regra (pelo funcionário) não permite que outras sejam violadas (pelos empregadores).

Desta fase podem decorrer inúmeros riscos à sociedade empresarial. A violação aos direitos fundamentais dos funcionários investigados impede que o material proveniente desta busca seja utilizado como prova no processo penal. Mais, mesmo que os equívocos não cheguem ao limite de violar direitos fundamentais, *“una investigación mal ejecutada puede impedir identificar a las personas responsables. La violación del principio need to know o una entrevista innecesaria y mal preparada, pueden dar voz de alarma y acabar con el factor sorpresa, que necesita toda investigación”*.<sup>252</sup>

A partir do contrato de trabalho em conjunto com o poder de administração, o empregador poderá questionar o funcionário sobre o andamento da atividade, e este deverá prestar, em contrapartida, todas as informações possíveis, detalhadamente. Contudo, em se tratando de entrevistas no curso de uma investigação interna, este dever de informar do funcionário poderia colidir com a garantia de não produzir prova contra si mesmo. A falta de colaboração poderia significar a perda de confiança do empregador no empregado, com consequências até demissionais.

Para estimular que os funcionários prestem esclarecimentos, sem o medo de represálias, podem alguns programas prever situações de anistia, quando a empresa compromete-se a não aplicar sanções ou a não demitir o funcionário em troca das informações que precisa. É importante que o investigado seja informado completamente da situação, dos seus direitos e do destino que a organização pode dar às informações que prestar, bem como que o sujeito que

---

<sup>251</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.501.

<sup>252</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.243.

realiza as entrevistas representa os interesses da empresa (seja um advogado interno ou externo), a partir do que o funcionário poderá requerer a presença de uma assessoria própria.<sup>253</sup>

É exigência de cunho ético que o processo, cujo final pode converter-se numa sanção interna, seja um processo justo: *“la empresa no puede aspirar a imponer un sistema de valores si la promoción de estos valores a través de la investigación de infracciones o la imposición de sanciones no respeta los principios elementares del justo proceso o no respeta los derechos fundamentales de los investigados”*<sup>254</sup>. Neste esquadro, é válida a conclusão de Juan PABLO MONTIEL para quem o grande desafio neste tema será repensar um sistema de garantias intermediário para uso nas investigações internas empresariais<sup>255</sup>. Para tanto, as organizações terão de autorregular-se, reduzindo os riscos de que sejam responsabilizadas pela violação da intimidade dos seus membros ou, em não procedendo às investigações, os riscos de que sejam responsabilizadas pela omissão com os seus deveres de supervisão e de vigilância<sup>256</sup>.

A última fase das investigações internas caracteriza-se pelo uso das informações geradas no seu curso. Será elaborado um relatório final por escrito, que narre os fatos e os procedimentos investigativos adotados, que analise o sistema de *compliance* da empresa, indicando as falhas que possam ter contribuído à comissão do ilícito suspeito/concretizado, ou mesmo que potencialmente podem gerar fatos delituosos. Também pode este informativo final propor medidas de melhoria do sistema de *compliance* e as sanções que deveriam ser aplicadas a cada um dos sujeitos culpados pelos fatos identificados. Os informativos devem ser preferencialmente publicados, mas esta publicação poderá ser relativizada quando conterem informação secretas ou cautelosas sobre a empresa.

O sujeito designado na empresa para levar a cabo estas investigações está munido por dois fatores confluentes: o poder de direção e de controle da atividade empresarial e o dever de *due*

---

<sup>253</sup> Este conjunto de informações sobre os direitos do investigado é chamado de “Miranda empresarial”, em referência aos direitos do preso (Miranda Case), cuja função primordial é legitimar a empresa a, em sendo a opção estratégica processual assumida, entregar as informações ao juiz ou qualquer autoridade pública.

<sup>254</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...)* op.cit., p.234.

<sup>255</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., p.507.

<sup>256</sup> Para Juan PABLO MONTIEL, *“también el Estado debe tomar cartas en el asunto y acomodar su legislación a las particularidades de estos procesos de limpieza empresarial. Hasta ahora se ha observado una actitud un tanto cínica del Estado, puesto que, por un lado, compele fácticamente a las empresas a realizar investigaciones internas, pero, por otro lado, las obsoletas pautas jurídicas que quieren hacerse valer ponen a los empresarios a altos riesgos jurídicos y económicos. Dicho con otras palabras: pareciera que se fomentan las investigaciones internas, pero una vez que se obtuvo la información querida se lo abandona al empresario a su suerte cuando surgen dudas sobre la compatibilidad de sus prácticas con la desactualizada legislación”*, vide: MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., p.516.

*diligence* que impõe aos administradores a obrigação de assegurar o respeito das normas legais pela empresa<sup>257</sup>, que sejam reduzidos danos ou perigos que ameaçam os trabalhadores<sup>258</sup>, etc. Estes dois fatores são consequências diretas dos bom governo corporativo e da responsabilidade social da entidade.<sup>259</sup>

O objetivo da empresa com estas investigações internas poderá ser: (i) provar que o fato ilícito punível sob suspeita não ocorreu ou, se ocorreu, que a empresa não deve ser responsabilizada; e/ou (ii) determinar a eficácia do programa de *compliance*, como efetiva medida de prevenção e (iii) para dar explicações ao Estado e à sociedade sobre negócios duvidosos, por exemplo, questões com repercussão envolvendo a empresa, especialmente sobre direitos coletivos, como é o caso das questões ambientais.

Logo, as investigações podem servir para uso exclusivo da organização no aprimoramento das suas medidas de controle e de prevenção, podem servir como meio de colaboração da empresa com as autoridades públicas, ou podem servir única e exclusivamente como matéria de defesa, na busca pelo sujeito individual responsável por determinado fato ilícito suspeito.<sup>260</sup> Vejamos que enquanto as investigações públicas buscam tão somente encontrar os responsáveis pela comissão de fatos ilícitos (penais ou administrativos), as investigações internas, além deste objetivo, buscam analisar o que na estrutura organizacional da empresa pode ter estimulado a comissão das irregularidades ou quais deficiências no programa de *compliance* devem ser manejadas para que a prevenção destes ilícitos seja efetiva.

A Administração Pública não possui conhecimento e nem medidas coercitivas suficientes para adentrar nas estruturas rígidas de todos os tipos e tamanhos de organizações. Daí que as investigações internas sejam conhecidas como instrumentos de cooperação entre as investigações públicas e privadas. William LAUFER e Gilbert GEIS entendem esta hipótese de colaboração como o marco de um novo sistema de coação – *enforcement* – sendo justamente esta cooperação

---

<sup>257</sup> “Precisamente una de las funciones de las investigaciones internas es incentivar a las empresas que averigüem hechos en circunstancias en las cuales el Estado aún no se encuentra legitimado para abrir una investigación, al no existir una sospecha razonable. Esta diferencia se explica igualmente porque las investigaciones internas se fundamentan en el poder de dirección del empresario, ámbito al que no tiene sentido trasladar los límites que marcan el ejercicio del ius puniendi. El empresario tiene derecho a indagar y conocer, con un grado de sospecha mucho menor, qué ocurre en la actividad que desarrolla (...) El aprovechamiento de las investigaciones internas por parte de las investigaciones públicas no debe servir para circunvalar las garantías del proceso penal liberal, como el derecho a no declarar contra uno mismo”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, pp.233/236/255.

<sup>258</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.497.

<sup>259</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.236.

<sup>260</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.233.

que facilita a troca de provas das empresas com as autoridades públicas, o que seria “*the critical feature of this regulatory strategy*”<sup>261</sup>.

Mas para que a empresa possa efetivamente colaborar com as investigações públicas, é preciso que cumpra alguns requisitos de produção e de manutenção das informações, e, portanto, das provas que produzir ao longo da investigação interna. Trata-se de rodear-se de uma série de garantias, como a de que o sistema investigativo esteja em harmonia com os valores e diretrizes declarados nos códigos de conduta, bem como com garantias básicas e irrenunciáveis do processo penal, como a presunção de inocência e o direito de não produzir prova contra si mesmo. Somente as provas produzidas numa investigação balizada por estes elementos e pelo respeito aos direitos fundamentais dos investigados, obtidas sem engano ou violência, é que poderão ser utilizadas em ações penais.

Mas existirá uma obrigação de implementar estas investigações? Se tomarmos em conta as exigências da governança corporativa derivadas dos programas de *compliance*, seria lógico responder positivamente. Também é positiva a resposta quando levamos em consideração regulamentos setorializados do direito administrativo e pressões de alguns mercados específicos. Contudo, estas disposições esparsas restringem-se, em regra, a exigência de deveres de vigilância e de supervisão, que não se confundem com as investigações internas.

O que existe nestes casos específicos é a previsão de deveres de prevenção de ilícitos penais, mas não especificamente de deveres de identificação destes <sup>262</sup>. Assim, a decisão sobre implementar uma investigação interna admite larga discricionariedade<sup>263</sup>, pois não existe em nenhum ordenamento o dever expresso de realizar investigações internas e nem mesmo de denunciar os fatos e sujeitos que venham a ser descoberto no curso destas investigações.

Todavia, é comum que algumas empresas sejam compelidas, ainda que não juridicamente, a adotarem procedimentos de investigação interna e, até mesmo, a colaborarem com as investigações públicas: “*en el ámbito de la gestión empresarial, la pregunta por la existencia de un deber de realizar una investigación interna resulta de gran relevancia a la hora de diseñar su estructura, así como también cuando se realiza una planificación de gastos de gestión. Pero, además, desde un punto de vista jurídico, resulta de un alto valor determinar un si existe o no semejante deber y, en su caso, explicar dónde es que debe hallarse este deber de*

---

<sup>261</sup> LAUFER, William; GEIS, Gilbert. *Corporate Crime and a New Brand of (...) op. cit.*, p.144.

<sup>262</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.503.

<sup>263</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.236.

'autolimpieza'”<sup>264</sup>. Nestes casos, as empresas são transformadas em braços da justiça pública, em situações de quase inexigibilidade<sup>265</sup>. Todos estes problemas são especialmente evidentes quando entende-se os programas de *criminal compliance* em geral, e as investigações internas, em particular, como o repasse pelo Estado aos privados da persecução penal<sup>266</sup>.

Existem, sim, inúmeros incentivos à implementação destas medidas por parte do próprio Estado, tanto no âmbito do direito penal material (afastamento da responsabilidade penal) quanto do processo penal (como o arquivamento/suspensão das ações penais e a diminuição de penas), especialmente no caso dos ordenamentos em que o princípio da oportunidade da ação penal permite esta flexibilização.<sup>267</sup>

Em se tratando de suspeitas que afetem o meio ambiente, é necessário que a equipe designada para dar andamento às investigações internas tenha conhecimento específico sobre os fatos suspeitos. As investigações em matéria ambiental deverão ter abertura para equipes interdisciplinares, inclusive nas questões de alcance jurídico-penal, de forma que sejam otimizados os custos despendidos pela organização.

Também neste setor a questão da privatização das atividades de controle faz sentido, pois o domínio do desenvolvimento tecnológico está nas indústrias e empresas e não nos órgãos estatais. Assim, a sua aplicação esta majoritariamente no setor privado, com o que as medidas de controle de relações que envolvam questões técnicas deste tipo somente poderiam ser bem desenvolvidas por órgãos com este conhecimento, ou seja, por órgãos da iniciativa privada.

O manejo desta informação é dos principais desafios para as organizações. A opção por colaborar com a Administração Pública não implica que a empresa abra mão do cuidado com algumas informações, tenham sido obtidas através das investigações internas, ou como resultado do mapeamento de riscos e das auto avaliações periódicas do programa de *criminal compliance*.

---

<sup>264</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., p.500.

<sup>265</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., p.509.

<sup>266</sup> KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal en Alemania (...)* op. cit., p.109.

<sup>267</sup> Vale ressaltarmos um apontamento feito por Adán NIETO MARTÍN quando diz que esta privatização do processo penal pode acarretar uma relação promiscua entre as Autoridades Públicas e as empresas que cooperam com as investigações ordinárias (públicas). Isto porque quando o Estado incentiva a implementação de investigações internas para que a empresa colabore com a Administração da Justiça Penal, corre-se o risco de que estes procedimentos investigativos sejam dirigidos pelos interesses do Estado, seja por parte da autoridade policial, ou mesmo do juiz, dependendo do momento processual em que estiver a suspeita judicializada. Neste caso, o Estado utiliza-se da flexibilização nas investigações internas de algumas regras e garantias processuais para presidir investigações públicas. Assim, embora tenham distintos objetivos, as investigações privadas devem respeitar os direitos dos trabalhadores e as regras processuais penais, embora com adaptações. Vide mais em: NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...)* op.cit., p.234.

## 2.2.5. MECANISMOS RELACIONADOS À INFORMAÇÃO - O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR* E OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR

Todas as medidas acima referidas - análise e avaliação de riscos, códigos de conduta, sistemas de sanções e sistemas de investigações internas - somente adquirem os efeitos práticos almejados pelos programas de *criminal compliance* se forem conhecidas, comunicadas, debatidas, transmitidas e compreendidas por todos os integrantes da organização. Assim, é fundamental a implementação de múltiplos e fluídos canais de comunicação para que a informação produzida pela empresa e também aquela útil à empresa sejam institucionalizadas como instrumentos de efetividade do programa de *compliance*<sup>268</sup>. Com isto, cria-se um sistema de gestão de conhecimentos, contendo deveres de comunicação, deveres de consulta e deveres de proteção destas informações.

Este manejo materializa-se sob diferentes perspectivas: (i) a informação como instrumento de identificação de falhas no sistema de *compliance*; (ii) a informação como prova de efetividade dos procedimentos de *compliance*; (iii) a informação como matéria de defesa das organizações; e (iv) a informação como objeto de cooperação privada das empresas com as autoridades públicas.

Na sua primeira forma (i), a informação é sinônimo de transmissão do conteúdo. Desde os funcionários até os altos diretores, todos devem receber instruções detalhadas e didáticas sobre a aplicação dos procedimentos do programa de *compliance* no cotidiano de suas funções<sup>269</sup>. À cúpula diretiva devem ser repassadas todas as informações sobre os riscos empresariais relevantes (*modelo bottom up*), e aos empregados deve ser garantido o acesso claro e fácil a todas as informações, especialmente as correlatas ao seu ramo da atividade, para que estejam preparados para a execução correta de suas tarefas (*modelo top-down*), em harmonia com a cultura corporativa de fidelidade ao direito.<sup>270</sup>

As novas tecnologias para a comunicação ou para a geração de documentos têm aplicação direta neste ponto, permitindo a produção e a conservação de uma quantidade maior de informações e facilitando o rastreamento da origem e do uso destas informações de forma mais

---

<sup>268</sup> COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.p.58.

<sup>269</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.86.

<sup>270</sup> COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? (...) op.cit.*, p.58.

dinâmica e segura<sup>271</sup>, sendo certo que dentre os instrumentos de comunicação mais conhecidos e utilizados estão os canais de denúncias<sup>272</sup>.

Numa segunda formatação (ii), a informação serve como garantia de efetividade dos programas de *compliance*, pois além de transmitir conteúdo, contribui para que as regras (legais e/ou provenientes da autorregulação, dos códigos de conduta) sejam assimiladas pelos membros da organização. Para tanto, são utilizados: material por escrito, com conteúdo objetivo e linguajar acessível quando destinado aos membros da organização de modo geral, e com conteúdo específico e linguajar técnico atualizado quando destinado a setores específicos; seminários, cursos, conferências, que esclareçam as normas legais e autorregulatórias; manuais, informativos ilustrados e boletins de atualização; “cartas de conhecimento” assinadas no momento de admissão do funcionário (*Acknowledgement Card*) dando-se por ciente da informação de *compliance* produzida pela empresa; e, a depender do tamanho da organização, poderão existir canais de dúvidas, com profissional especializado em cada setor – um advogado, por exemplo (*lawyers by phone*).

As *Sentencing Guidelines* preveem que, juntamente com os mecanismos de controle da atividade empresarial, devem ser desenvolvidos canais de comunicação acessíveis, através dos quais serão denunciados comportamentos irregulares, sem que os denunciantes tenham medo de fazê-lo ou sofram retaliações por fazê-lo. Para Cristina DE MAGLIE “(...) *se tratta dell’applicazione di una tecnica di controllo in grado di contenere il fenomeno prima che assuma delle proporzioni e delle manifestazioni che rendano necessario l’intervento della giustizia penale*”<sup>273</sup>.

Nas grandes corporações costumam ser adotadas *hot lines*, linhas telefônicas especiais, gratuitas e que garantem o anonimato dos denunciantes, ou a proteção da sua identidade. Nas organizações de menor porte são os supervisores/ gerentes/ administradores que recebam estas

---

<sup>271</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas In NIETO MARTÍN, Adán et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.p.250.

<sup>272</sup> Ilustrativamente, a Lei chilena, 20.393 exige unicamente a comunicação formal do programa de *compliance* aos membros da organização através de diversas obrigações que derivam do sistema de prevenção de delitos nos respectivos regulamentos e no próprio contrato de trabalho, vide: ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programada de (...) op.cit.*, p.257.

<sup>273</sup> “*Lawyers by phone*” é a técnica de manter um advogado especializado em determinada área jurídica específica, não necessariamente integrante do setor jurídico da empresa, mas que também pode ser, e que conheça a atividade e os conflitos que podem surgir no transcurso da atividade, à disposição dos funcionários, diretores e até mesmo terceiros interessados na atividade (*stakeholders*) para responder dúvidas e receber eventuais denúncias de irregularidades, sobre este mecanismos, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L’etica e il mercato (...) op. cit.*, p.128.

denúncias, repassando-as aos órgãos/ agentes com autonomia e poder de decisão. Como canal de denúncia alternativo, podem também ser empregados *Ombudmans*, cuja função será ouvir os colaboradores da empresa.

Seja qual for o mecanismo utilizado, é decisivo que as informações relevantes ao bom andamento da atividade empresarial sejam circuladas amplamente pela organização e esclarecidas por profissionais especializados. A efetividade desta disseminação de informações poderá ser medida por questionários periódicos<sup>274</sup>, nos quais a empresa identifique o grau de percepção dos seus membros com relação às regras e objetivos das medidas de prevenção e de controle implementadas na empresa.

Também a análise de riscos mapeada é ferramenta de transmissão da informação empresarial, indispensável para que o conselho e/ou a direção da empresa possam direcionar sua política de controle e de prevenção, e, assim, implementar efetivamente o programa de *criminal compliance*.

Nas sociedades de capital aberto são impostos deveres de lealdade que condicionam a transparência entre administradores e acionistas. Quando o patrimônio e a gestão da empresa estão concentrados em sujeitos diferentes, a confiança e a lealdade recebem atenção especial, e como consequência natural, derivam deste deveres de lealdade deveres de informação entre os administradores, os acionistas, os consumidores, os *stakeholders* e a sociedade de forma geral.<sup>275</sup> Sobre estes terceiros interessados, destacamos que somente através de uma cultura de transparência e de comunicação entre os diversos agentes envolvidos na atividade empresarial e por ela afetados é que será garantido um ambiente de participação, de cooperação, de confiança e de vontade de agir em prol da proteção ecológica.<sup>276</sup>

Noutra perspectiva (iii), a informação sobre o andamento e, especialmente, a informação que tenha relevância sobre a efetividade do programa de *compliance* transformam-se em matéria de defesa da empresa frente às autoridades públicas fiscalizadoras ou sancionatórias. É a informação documentada que servirá como prova seja da inexistência de falhas no sistema de prevenção, seja da culpa exclusiva do agente na comissão de um ilícito, por exemplo, como fato isolado e transgressor das regras da empresa previamente comunicadas a todos.

---

<sup>274</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.122.

<sup>275</sup> BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.80.

<sup>276</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora, 2014.p.869.

Todavia, algumas informações podem exigir proteção especial: como é o caso dos segredos industriais, ou de decisões estratégicas de mercado (fusões, aquisições, venda de cotas, etc.), ou, ainda, quando existem suspeitas, comprovadas ou não, que se conhecidas podem ser interpretadas contra a reputação da organização ou contra a intimidade e a honra de membros da organização.

Também não é conveniente que todos os membros da empresa saibam dos termos de eventual investigação e nem mesmo da sua existência, pois o conhecimento da estratégia de investigação pelos investigados pode frustrar seus objetivos. A proteção desta informação entra em choque, contudo, com os direitos de defesa dos investigados e fica no limite dos deveres de lealdade dos administradores para com os acionistas.

A segurança da informação é, de qualquer sorte, essencial para uma defesa eficaz da empresa, de forma que, desde o início da implementação dos programas de *compliance*, devem ser indicados os documentos que no futuro podem ser essenciais à defesa processual da organização, para que os responsáveis pelo cumprimento do programa impeçam que sejam destruídos, e possam agir para que a produção das informações contidas nestes documentos seja feita de forma idônea, sem quaisquer dúvidas sobre a sua autenticidade. Para tanto, é interessante que seja implementada uma política de segurança da informação com instrumentos modernos e idôneos, responsável por assegurar sua transferência e manutenção, inclusive porque “*a mayor seguridad informática, mayor valor tiene la información que la empresa tiene*”<sup>277</sup>.

Em havendo suspeitas de irregularidades pelos investigadores públicos, ou quando já houver uma ação penal contra a empresa, estas informações podem transmutar-se em objeto de cooperação<sup>278</sup> entre as empresas e as autoridades públicas (iv). Com isto, costuma-se vencer a estrutura rígida e complexa das múltiplas configurações que assumem as organizações e que servem de barreira à atividade fiscalizadora estatal. Contudo, os problemas decorrentes desta maneira cooperativa de resolução de conflitos são preocupantes.

Um deles está relacionado ao sigilo profissional daqueles que trabalham na implementação dos programas de *compliance* e que, por isto, têm acesso a informações privilegiadas da empresa, estamos falando especialmente dos advogados. No âmbito comunitário, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), ao julgar o caso AKZO, não reconhece um dever de confidencialidade

---

<sup>277</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.251.

<sup>278</sup> Sobre a obrigatoriedade ou não de colaboração com as autoridades reguladoras, vide: BRANDÃO, Nuno. *Colaboração com as Autoridades Reguladoras e dignidade penal In RPCC*, ano.24, n.1, janeiro-março, 2014.pp. 29-55.

por parte dos advogados internos das empresas porque não gozam da independência à diferença dos advogados autônomos, sem prejuízo de que trabalhem como assessores nos procedimentos de *compliance*.<sup>279</sup>

O entendimento é diferente em outros ordenamentos. No caso dos países anglossaxônicos, como os Estados Unidos, é reconhecido o direito das empresas de *self evaluating privilege*<sup>280</sup>, que significa o direito de não entregar ao juiz ou ao representante da acusação documentação relativa a análises de riscos e demais informações, produzidas no decurso do programa de *compliance* na busca por melhorias das estruturas e medidas de controle e de prevenção.

O princípio baseia-se na lógica de que, se por um lado são estes dados e informações essenciais ao funcionamento e à construção do programa efetivo, por outro, podem ser informações amplamente incriminatórias.<sup>281</sup> Para Axel-Dirk BLUMENBERG e Beatriz GARCÍA-MORENO, ao defenderem esta última prática, concluem que “*sólo la confianza que ofrecen estos mecanismos incentivará a las corporaciones a diseñar y poner en práctica modelos serios y efectivos de cumplimiento normativo*”.<sup>282</sup>

Diante desta situação as informações assumem um caráter ambíguo, que “*(...) invece di proteggere l'impresa, i compliance programs possono involontariamente divenire 'il filo di Arianna' attraverso cui le Corti riescono a raggiungere e ad impadronirsi dei più inquietanti e terribili segreti della storia dell'azienda, mettendo in luce degli aspetti che invece che agli agognati premi, portano diritti alle più squalificanti incriminazione*”.<sup>283</sup> Para Cristina DE MAGLIE, este *boomerang* pode ser barrado através de políticas e medidas de segurança por parte das empresa, e da autorização pelos tribunais de procedimentos que garantam a imunidade dos

---

<sup>279</sup> MOOSMAYER, Klaus. *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.143. “*Por tanto, los datos obtenidos en una investigación interna solo resultarán confidenciales, incluso en el proceso penal, cuando ésta haya sido realizada por un abogado externo*”. In BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...)* op. cit., p.295.

<sup>280</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...)* op.cit., p.269.

<sup>281</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...)* op.cit., p.161. “*Desde una perspectiva europea, el secreto profesional constituiría la principal herramienta para proteger esta información, pero, como es lógico, sólo resultaría operativa en el caso de que la realización de la investigación interna fuera asumida por un abogado*”, vide: BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...)* op. cit., p.295.

<sup>282</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...)* op. cit.,p.295.

<sup>283</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.144.

entes privados em função dos programas efetivos de *compliance*, cabendo ao legislador ordinário permitir que assim seja feito.<sup>284</sup>

Um segundo problema está no uso das informações e dados coletados em investigações internas como prova em ações penais quando em conflito com o princípio *nemo tenetur*. A questão pode ser trabalhada sob duas perspectivas diferentes do dever de informar: (i) no sentido dos colaboradores à empresa e (ii) no sentido da empresa ao Estado. Há nestes dois casos deveres de informar?

Na primeira situação (i), o contrato de trabalho, regido pelos princípios e regras do direito laboral e do direito empresarial, prevê que o empregado tem o dever de informar ao empregador sobre a atividade que exerce. Este, por sua vez, tem o direito de questionar de forma detalhada sobre todas as situações envolvendo a empresa, respaldado pelo seu poder de administração e obrigado pelo seu dever de *due diligence*. Sob este cenário, o dever de informar e/ou de fornecer documentos por parte do empregado (investigado) aos titulares da investigação interna (em geral, o advogado da empresa ou um advogado externo) entra em contraste com o direito do investigado de não produzir prova contra si mesmo.

A questão a saber é se o empregado esta livre para não informar e não entregar documentos aos investigadores quando estes possam ser utilizados contra si, uma vez que o princípio do *nemo tenetur* não tem aplicação no âmbito do direito laboral<sup>285</sup>.

No segundo caso (ii), a questão a saber é se a empresa tem o dever de fornecer estas informações geradas a partir dos processos de *compliance* às autoridades públicas. Com exceção de alguns setores específicos, como o das instituições bancárias, as empresas não estão juridicamente obrigadas à colaborar com a Administração Pública. Todavia, a pressão poderá ser tanta – das autoridades e do próprio mercado, inclusive através de incentivos legais – que os diretores destas empresas não obrigadas sintam-se compelidos a colaborar. Nestas situações poderíamos dizer que exista uma obrigação de fato de colaborar, embora inexista norma jurídica neste sentido.

Um terceiro problema que por fim destacamos é o de saber se os dados, os documentos e as informações fornecidos às autoridades públicas poderão servir de prova no processo penal, e sob

---

<sup>284</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...)* op. cit., p.144.

<sup>285</sup> “Si bien es cierto que aquí se habla de investigaciones de hechos criminales, ellas no dejan de ser un fenómeno regido por el Derecho privado, dado que quien realiza las pesquisa carece de la potestas estatal y solamente se ve amparado por los derechos concedidos por el ordenamiento laboral”, vide: MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* op. cit., pp.513-515.

quais requisitos. Nesta situação, por estarmos diante de um processo estatal com caráter repressivo, toda a informação incriminadora obtida nas investigações internas em violação do princípio *nemo tenetur* não será legítima, sob pena de minar a prova do processo de nulidades. Isto porque o aproveitamento das investigações internas pelas autoridades públicas persecutórias não pode servir para soterrar garantias do processo penal, como é o caso do direito de não produzir prova contra si.

Há, neste contexto, uma intersecção entre o direito privado e o direito público e, conseqüentemente, choques entre regras e garantias que sustentam ambos os lados. Transferir simplesmente as garantias do processo penal aos procedimentos internos da empresa poderia causar interferências e deformações nas relações jurídico-laborais, especialmente porque o empregado teria justificativas para não cumprir deveres legais e contratuais, sob a alegação do princípio *nemo tenetur*, por exemplo.

Por outro lado, estando num Estado de Direito, é equivocada a flexibilização de todas as garantias do devido processo no caso de procedimentos internos investigativos cujos formatos e conseqüências são tão próximos.<sup>286</sup> Em qualquer dos casos, concordamos que as informações obtidas internamente sob violação do princípio de não autoincriminação não poderão ser utilizadas como provas para a condenação criminal da empresa e nem mesmo dos seus colaboradores.<sup>287</sup>

#### 2.2.6. MÉTODOS DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

No âmbito do direito administrativo, para alguns setores empresariais considerados de alto risco, a implementação de medidas de controle e de prevenção é determinação normatizada. É o caso, em geral, das entidades que participam do mercado de valores e das instituições financeiras. As demais organizações, no âmbito do direito empresarial, somente terão a obrigação legal de

---

<sup>286</sup> O autor faz referência à Diretiva 35/2010 da BRAK alemã – *Bundesrechtsanwaltskammer* – sobre advogados empresariais em questões penais, na qual tenta oferecer um caminho meio entre as exigências do direito privado e do processo penal, vide: MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...)* *op. cit.*, p.512.

<sup>287</sup> No mesmo sentido a 2ª Sala do Tribunal Superior espanhol decidiu que somente poderão ser utilizados documentos e informações obtidos pelas investigações internas, regularmente realizadas pelas empresas (nos termos do direito do trabalho e das normas de autorregulamentação) em caso de que haja uma autorização judicial para tanto (Maza y Martín, STS de 16/06/2014).

adotar estas medidas quando organizarem-se de forma cotizada, em função da separação característica entre o patrimônio (sócios) e a sua gestão (Conselho de Administração)<sup>288</sup>

Nas demais sociedades, a obrigação de implementar um sistema de *compliance*, que traduz estas medidas de controle e prevenção, depende da interpretação de que os administradores têm deveres legais de diligência.<sup>289</sup> Assim, no caso das demais empresas que não sejam as sociedade anônimas e nem aquelas listadas pelo direito administrativo, restaria à discricionariedade de cada administração a adoção ou não de programas de *compliance*. A consequência jurídica disto é que nenhuma destas sociedades poderia ser responsabilizada pela situação de não-*compliance*.<sup>290</sup>

Entretanto, toda a alta direção tem deveres de cuidado inerentes à sua posição perante à administração da atividade. A única forma de prevenir que a adoção em determinados parâmetros ou a não adoção de medidas de controle e prevenção não vulnere estes deveres de cuidado é comprovar que a opção do alto escalão diretivo foi diligente. A prova desta conduta diligente estará na confluência da opção objetivamente escolhida com as conclusões da análise e da avaliação dos riscos – no mapa de riscos. Se a opção adotada pelos diretores estiver em harmonia com as conclusões do mapeamento de riscos, não há porque falarmos em violação de deveres de cuidado.

Da mesma forma que ocorre com as investigações internas, não há qualquer lei no âmbito do direito penal que determine a obrigatoriedade de implementação destas medidas de controle e prevenção. Existem, como já vimos, inúmeros incentivos normatizados, a ponto de reconhecermos uma situação de obrigatoriedade tácita, mas que em nenhum caso é jurídica.

A partir destas premissas, seja pelo mandato normativo, seja pela opção privada, quando houver a implementação de programas de *compliance*, os diretores do mais alto nível hierárquico

---

<sup>288</sup> Para Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, esta separação entre a propriedade e a gestão de uma empresa pressupõe a criação de mecanismos de transparência para que os investidores – acionistas – tenham confiança nas decisões tomadas pelos administradores. O surgimento destes códigos de boas condutas e de outros mecanismos internos na organização tem este objetivo: aumentar a confiança dos proprietários com relação aos administradores, inclusive porque a sua legitimidade em administrar um patrimônio de outrem estaria baseada tanto na confiança quanto no seu profissionalismo. Neste sentido: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.73.

<sup>289</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.p.189.

<sup>290</sup> “Esta conclusión es coherente con la interpretación que se ha mantenido del debido control y del defecto de organización, según la cual puede no existir responsabilidad de la empresa, en casos en los que no se cuenta con un programa de cumplimiento o éste no se extiende a una determinado tipo de criminalidad”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento (...) op.cit.*, p.190.

devem estar diretamente envolvidos na sua institucionalização e fiscalização.<sup>291</sup> Dos deveres de cuidado que compõem as obrigações da direção empresarial decorrem deveres de vigilância sobre a atividade, sobre o funcionamento da empresa e sobre as condutas de seus colaboradores<sup>292</sup>.

Deverão os membros da direção, ou no caso das sociedade anônimas, do Conselho de Administração, ter total conhecimento sobre os elementos que compõem os programas, participando da sua construção e fiscalizando seu cumprimento. Parte desta responsabilidade, contudo, poderá ser delegada a outros sujeitos, mas sempre de forma limitada, pois é requisito fundamental da efetividade dos programas que a alta direção e os órgãos de governança estejam envolvidos em todas as etapas<sup>293</sup>.

Parte destes deveres de vigilância e de controle são indelegáveis e estão relacionados à política de responsabilidade social corporativa e à política de controle e gestão de riscos, assim como ao acompanhamento periódico dos sistemas de informação. A parcela que pode ser objeto de delegação, por sua vez, está relacionada ao funcionamento cotidiano do programa, à sua gestão. Para este cargo, normalmente será eleito um sujeito com experiência e conhecimento na atividade e no funcionamento da empresa - *Compliance Officer* – e, quando o tamanho da organização ou a natureza da atividade demandarem, serão formadas equipes sob o comando de um *Chief Compliance Officer* (CCO).

Em outros casos, a incorporação dos programas e a sua fiscalização serão realizadas por um único órgão, denominado Comitê de *Compliance* ou Comitê de Ética, ou por diferentes órgãos setorializados, formados por profissionais de dentro da organização com conhecimento específico nas áreas<sup>294</sup>. Em se tratando de riscos penais, é conveniente a delegação das funções de supervisão e de controle à pessoa, equipe ou órgão especializados, que centralizem as funções de normatização, de disseminação das regras e de fomento de condutas preventivas, a análise dos

---

<sup>291</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programada de (...) op.cit.*, p.253.

<sup>292</sup> “En todo caso, se suele afirmar que la posición de garantía de los administradores tiene una doble dimensión: una dimensión ad intra, orientada a la evitación de resultados lesivos para la propia empresa, que hace del administrador un garante de protección (*Beschützer*garant); y una dimensión ad extra, orientada a la evitación de resultados lesivos que se produzcan sobre personas externa a partir de la actividad de los miembros de la propia empresa, en cuya virtud el administrador aparece como un garante de control (*Sicherungs- o bien Überwachungs*garant)”, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa (...) op. cit.*, p.153.

<sup>293</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento (...) op.cit.*, p.191. É também este o teor da *Sentencing Guidelines*, (8B2.1).

<sup>294</sup> GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...) op.cit.*, p.153.

riscos penais, a documentação do sistema, o recebimento de denúncias e, ainda, que deem início às investigações internas.<sup>295</sup>

A posição do *Compliance Officer*, da equipe liderada pelo CCO ou dos comitês de ética e de *compliance* será mais ampla que a de meros vigilantes do programa, pois deverão administrá-lo e corrigi-lo quando houver indícios de que possui falhas: “*al compliance officer le corresponderá la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento en cuanto a la obtención de conocimiento; y la transmisión de la información obtenida a sus superiores a fin de que se corrijan las conductas defectuosas o los estados de cosas peligrosos constatados*”.<sup>296</sup>

A delegação, contudo, não significa automaticamente a criação de novas posições de garante, mas antes determina a (re)organização das responsabilidades atinentes aos sujeitos que já ocupam posições de garantia.<sup>297</sup> Inclusive porque nestes casos a delegação de competências é um mecanismo de transferência e de transformação de responsabilidade e, portanto, de reocupação pelo delegado de uma posição de garantia preexistente<sup>298</sup>. A implementação do programa de *compliance* na organização só pode ocorrer mediante o recurso a estas formas de delegação, primordialmente em se tratando de médias e grandes empresas<sup>299</sup>. Daí porque necessariamente devam ser claras e detalhadas.

---

<sup>295</sup> LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...)* op. cit., p.134.

<sup>296</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa (...)* op. cit., p.198.

<sup>297</sup> LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...)* op. cit., p.134.

<sup>298</sup> Transferência porque, em virtude da delegação, o delegante faz surgir uma posição de garante ao delegado. Transformação porque a posição de garantia do delegante não desaparece, mas se transforma. Em virtude desta transformação, a posição de garantia do delegante passa a ser secundária, ou residual: “*al delegante ya no le compete el deber de control directo de los focos d riesgo que se hallan en el ámbito de competencia del delegado. Pero sí le incumben una serie de deberes con objeto diverso: la correcta selección, formación – si fuera precisa – e información del delegado; la dotación a este con los medios necesarios para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diversos delegados, y, sobre todo – al menos, eso es lo que suele indicarse –, el deber de vigilancia*”, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa (...)* op. cit., p.158. Muitos doutrinadores têm-se dedicado a este tema, com trabalhos reconhecidamente importantes ao desenvolvimento das teses que envolvem a delegação de responsabilidade e, especialmente, as consequências do descumprimento dos deveres de controle e vigilância derivados destas delegações, tais como: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...)* op.cit., pp.137-164; E, de forma muito acurada, MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...)* op. cit., pp.77 e ss.

<sup>299</sup> “*En las organizaciones grande y medianas, la delegación en una persona y órgano fuera del Consejo de la implementación y desarrollo del sistema de cumplimiento no representa únicamente una opción, sino que constituye un deber. (...) Uno de los rasgos principales de calidad de los sistemas de cumplimiento es la asignación de recursos suficientes. Resulta difícil imaginar que el Consejo o una de sus comisiones pueda ocuparse del día a día del programa d cumplimiento. Por esta razón un buen sistema de delegaciones garantiza ;a efectividad del programa y forma parte del debido control*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento (...)* op.cit., p.193.

De forma ampla, a institucionalização dos programas de *compliance* nas empresas poderá ter duas dinâmicas diversas: uma centralizada e outra descentralizada. No primeiro caso, o responsável pela implementação será ou o *Compliance Officer* ou o comitê de ética/de *compliance*, e, no segundo caso, serão responsáveis diversas unidades e diversos comitês, com autonomia entre si, ainda que seja nomeado como coordenador um *Compliance Officer*. Das duas hipóteses exsurtem diferentes vantagens: “*la descentralización de la compliance promueve la participación de los empleados y su mayor implicación, lo que, como antes se señalaba, es fundamental para establecer una cultura empresarial basada en el respeto a la diversidad. Lógicamente la centralización promueve una mayor uniformidad y unidad de criterio*”<sup>300</sup>.

Segundo Adán NIETO MARTÍN, a delegação de deveres de vigilância atinentes aos programas de *compliance* tem um requisito de especialidade que recomenda a independência dos sujeitos ou órgãos delegados em relação aos sujeitos/órgãos delegantes. Esta independência depende de um juízo de valoração que só poderá ser feito pelas situações características de cada organização, mas espelha o ponto mais fraco dos sistemas de controle e prevenção de riscos: a falta de quem vigie os vigilantes.<sup>301</sup>

No direito comparado encontramos dois modelos distintos de como configurar estes órgãos delegados: a Lei Chilena 20.393 (2009) ou as *Sentencing Guidelines* americanas e o Decreto Lei 231/2001 italiano. No primeiro caso, exige-se que o encarregado das medidas de prevenção seja nomeado pelo Conselho de Administração da sociedade anônima, ou pela alta direção. Esta, em conjunto com aquele, determinarão os elementos do programa de *compliance* e as formas de supervisão, tendo o delegado acesso direto aos integrantes do Conselho/Direção. Os sujeitos delegados integrarão o próprio conselho ou a direção, ainda que existam pessoas/setores destinados exclusivamente ao controle de funcionamento do programa no dia a dia da empresa. Este modelo é chamado de *Departamento* ou de *Seção de Cumprimento*.

No segundo modelo, chamado Órgão de Cumprimento, caso do Decreto italiano (231/01), o órgão de vigilância/cumprimento (delegado) deverá ser independente do Conselho de Administração/diretoria (delegante), possuindo poderes de iniciativa e de controle autônomos. Há uma total independência do *Compliance Officer* em relação ao Conselho de

---

<sup>300</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.263.

<sup>301</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.193. “*En otras palabras: ¿quién controla que los miembros de la junta directiva también actúen de conformidad con el código de conducta?*”, vide: DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante (...) op. cit.*, p.498.

Administração/diretoria, de tal forma que dentre as suas tarefas está a vigilância das atividades do próprio Conselho<sup>302</sup>.

O fato de o órgão designado para a gestão e o controle da efetividade do programa de *compliance* ser independente dos órgãos/sujeitos delegantes demonstra o interesse da empresa em prevenir-se de todos os riscos, inclusive daqueles com origem na sua mais alta hierarquia, pois assim ficam mais evidentes o comprometimento da organização com as medidas de prevenção e sua intolerância com qualquer conduta delituosa.<sup>303</sup>

A escolha de quem deve assumir estes cargos de vigilância é particular em cada organização, existindo, todavia, uma tendência de que sejam contratados advogados externos, em função do seu conhecimento sobre as hipóteses de responsabilização<sup>304</sup> para compor estes órgãos de cumprimento que terão como objetivos: criar os canais de denúncias e sua regulamentação; proceder a análise de riscos e estabelecer o mapa de riscos e regular as normas de investigações internas. A aprovação destas elaborações e modificações estará a cargo do Conselho de Administração/direção, restando ao órgão de cumprimento a elaboração das propostas.

Serão estes órgãos/sujeitos delegados responsáveis pela formação dos membros da empresa nos padrões adotados pela cultura ética empresarial de cumprimento normativo (estabelecida nos códigos de conduta), pela disseminação do conteúdo dos programas de modo geral, assim como pela sua revisão periódica e consequente modificação/atualização.

## 2.2.7. CERTIFICAÇÕES E ECOAUDITORIAS

Tanto as certificações quanto as auditorias estão amplamente relacionadas à prova de efetividade dos programas de *compliance*, inclusive na seara criminal. Com as certificações busca-se a confirmação de que a postura adotada pela empresa é *ex ante* diligente, ética e lícita.

---

<sup>302</sup>BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.281

<sup>303</sup>LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos (...) op. cit.*, p.134.

<sup>304</sup>GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...) op.cit.*, p.152. No caso das pequenas empresas, ressalta Adán NIETO MARTÍN que é comum a terceirização (*externalización*) de algumas das atividades relacionadas aos programas de *compliance*, como a contratação de profissionais que elaborem o mapa de riscos, a formação dos colaboradores e a estruturação das medidas de controle básicas. Alternativamente, poderiam ser utilizadas ações coletivas. A partir da associação de várias pequenas empresas do mesmo setor poderiam desenvolver-se padronizações comuns tanto dos códigos de conduta, quanto dos procedimentos de controle e prevenção de riscos, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento (...) op.cit.*, p.204.

Com as auditorias busca-se a identificação de falhas na organização da empresa, para que sejam corrigidas e aperfeiçoadas.

As auditorias integram todo um conjunto de estudos e de observações cujo propósito é identificar nas atividades cotidianas da empresa riscos ou ocorrências de irregularidades. Trata-se de revisões periódicas, sistematizadas, documentadas e objetivas sobre as operações desenvolvidas pela empresa. Como resultado deste conjunto, temos uma análise global e atualizada do estado de “*compliance*” da organização, a partir do que os programas poderão ser ajustados e melhorados.<sup>305</sup>

As auditorias podem servir também para comprovar justamente estas melhorias realizadas em função das conclusões de auditorias anteriores, ou de investigações internas. São também medidores dos ajustes legais e regulamentares quanto aos padrões de segurança e de qualidade dos produtos e serviços a que cada atividade deve corresponder.

Na lógica destas funções, as características de um sistema qualificado de auditorias dependerá de fatores particulares da empresa, do seu tamanho, de eventuais desmembramentos (filiais, por exemplo), da análise de setores de risco, da natureza da atividade. Peculiaridades que determinarão de início a escolha entre as auditorias internas ou externas<sup>306</sup>. Em qualquer dos casos, o sistema de auditorias deve ser conhecido e aprovado pela diretoria da organização, resguardada a independência dos auditores com relação a estes setores de comando para que os objetivos sejam atingidos em sua plenitude, sendo indispensável que os auditores sejam imparciais em relação aos interesses da empresa.

Terão estes profissionais acesso irrestrito aos documentos da organização para que possam avaliar seus procedimentos de forma realista. No caso de documentos confidenciais, será necessária uma ponderação entre saber se a situação é de possível e/ou concreta ilegalidade, avaliar os efeitos desta situação para a empresa e seus membros e, então, optar, juntamente com a

---

<sup>305</sup> GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...) op.cit.*, p.158.

<sup>306</sup> “Solo raramente, per attività particolarmente rischiose e complesse, è richiesto l'intervento di un consulente esterno. In alcune grosse società si sta affermando la prassi di utilizzare anche vere e proprie commissioni d'inchiesta (15% nel 1993) allo scopo di verificare l'effettivo funzionamento dei compliance program”, vide: DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.125. Na Lei chilena 20.393, artigo 4º.4.b: “Estos certificados ‘podrán ser expedidos por empresas de auditoria externa, sociedades clasificadoras de riesgos u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros’, de acuerdo con una reglamentación que se dictará.

direção, pela análise ou não dos documentos<sup>307</sup>, assumindo as responsabilidades derivadas desta opção.

De mais a mais, as auditorias não podem ser vistas somente como métodos de demonstração das falhas dos programas de *compliance*, mas antes pelo contrário, são mecanismos de informação aos altos diretivos sobre as irregularidades cometidas, ou com risco de ocorrer, no âmbito da atividade. Assim, através dos resultados destas auditorias, o programa de controle poderá ser melhorado, corrigido, com vista ao futuro, e a empresa poderá tomar decisões determinantes, como implementar medidas para acabar com a conduta irregular identificada (investigações e sanções internas, por exemplo), ou, ainda, colocar-se à disposição das autoridades públicas, caso a cooperação seja uma estratégia antecipada de defesa.

Já as certificações, abrangendo os mecanismos de *compliance* como um todo, inclusive o setor das próprias auditorias (internas e/ou externas), apresentam-se como mecanismos de verificação, que buscam diferenciar as organizações com práticas efetivas de gestão e de controle daquelas que não as têm. Ou seja, a existência de certificações apropriadas e confiáveis é determinante à configuração dos programas de *compliance* como mecanismos confiáveis. Ou, nas palavras de William LAUFER, “*verification requirements may be a vital feature to ensure that voluntary management programs legitimately distinguish participants*”<sup>308</sup>. As certificações são, portanto, indícios de que o programa não se trata de mera cosmética ou fachada.

---

<sup>307</sup> Nos Estado Unidos da América, como ensina GIMENO BETIVÍA, uma vez analisado o documento pela auditoria, ainda que interna, este perde automaticamente o seu caráter de confidencial com o que passa a ser passível de utilização em qualquer processo penal, vide: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa (...) op.cit.*, p.159.

<sup>308</sup> TOFFEL, Michael W. *Resolving Information Asymmetries in Markets The Role of Certified Management Programs* In Harvard Business School. February 1, 2006. Disponível em <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-023.pdf> - acesso em dezembro de 2014.p.2. Ainda neste texto: “*These programs have been initiated by a wide variety of organizations. Industry-association programs include Responsible Care (chemicals), Sustainable Forestry Initiative (forest products), and Sustainable Slopes (skiing). Non-governmental organization (NGOs) programs include Social Accountability International’s SA 8000 and the Forest Stewardship Council’s Forest Management Certification. In addition, international and national standards bodies have issued process management standards such as the International Organization for Standardization’s ISO 9000 Quality Management System Standard and ISO 14001 Environmental Management System Standard, and the British Standards Institution’s OHSAS 18001 Occupational Health and Safety Management Systems Specification. National and supranational governmental bodies have also sponsored voluntary management programs, such as the US Occupational Safety and Health Administration’s (OSHA) Voluntary Protection Program, the European Union’s Eco-Management and Audit Scheme (EMAS), and the United Nations Global Compact. Each of these programs seeks to differentiate participants as possessing superior management practices related to quality, the environment, workers, or human rights*”, (p.3).

As consequência jurídicas, e especialmente, jurídico-penais para as empresas destas certificações<sup>309</sup> variam conforme o modelo de responsabilização penal. E aqui podemos subdividir três ordenamentos para ilustrar o ponto. No caso dos modelos de autorresponsabilização penal das empresas, como é no Chile e na Itália<sup>310</sup>, a inexistência de programas de *compliance* ou a existência de um programa não efetivo têm a mesma consequência, que é comprovar a existência de um defeito na organização (punível penalmente conforme o modelo construtivista de Carlos GÓMEZ-JARA, como vimos) ou, ainda, que este defeito dê abertura, e até incentive, que os membros da empresa cometam ilícitos puníveis (conforme o modelo de Adán NIETO MARTÍN, como vimos). Sob esta lógica, as certificações serviriam de verdadeiras bases de análise das condutas adotadas *ex ante* ao fato delituoso e, assim, seriam a prova, ou pelo menos um forte indício, da idoneidade dos programas de *compliance*.<sup>311</sup>

Já num modelo vicarial de responsabilização penal de empresas, como é o caso norteamericano, a existência de certificações imparciais e idôneas teria como mais longo alcance processual a diminuição de penas pecuniárias, pois a certificação em si, que é fruto de um juízo *ex ante* ao fato ilícito punível, embora demonstre uma conduta prévia diligente, não modifica o fato de que o sistema de controle e prevenção da empresa tenha falhado, ou de que tenha sido burlado.<sup>312</sup>

Nesta situação concreta, a influência de um programa de *compliance* devidamente certificado será sempre e apenas a de diminuição das penas impostas – sem prejuízo de que esta

---

<sup>309</sup> Sobre o alcance das certificações: “*en el ámbito empresarial y, más en concreto, en las empresas del sector industrial, los certificados técnicos emitidos por tercera parte parecen tener una enorme proyección. En especial, la certificación voluntaria de conformidad a normas técnicas permite a las empresas obtener una información relevante para conocer su grado de adecuación a la normativa y, al mismo tiempo, atribuye a la empresa o a sus productos un valor adicional que puede ser utilizado en su promoción hacia el exterior, esto es, hacia sus destinatarios de su actividad – otros operadores de la cadena de distribución o consumidores y usuarios. Además, la certificación por tercera parte sobre la adecuación de un producto industrial a normas técnicas goza, como hemos dicho ya en diversas ocasiones, de la presunción de conformidad de dicho producto a las condiciones de seguridad exigibles legalmente*”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...)* *op. cit.*, p.359.

<sup>310</sup> Embora o Decreto 231/2001 adote o modelo de autorresponsabilização, na jurisprudência italiana a adoção de programas efetivos não é bem vista como forma de eximir a responsabilidade penal das empresas. O mesmo raciocínio está na Lei chilena, 20.393, que embora tenha adotado o modelo de autorresponsabilização penal de empresas, espelha no artigo 6º as mesmas atenuantes do direito norteamericano: a autodenúncia produto de investigação interna previa à persecução penal e a adoção de medidas eficazes para prevenir a reiteração da mesma classe de ilícito objeto da investigação.

<sup>311</sup> CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance (...)* *op. cit.*, p.92.

<sup>312</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...)* *op. cit.*, p.151.

certificação sirva de argumento para que o agente público, em nome do princípio da oportunidade da ação penal, archive ou suspenda a persecução contra a empresa (como previsto nas *Sentencing Guidelines*, §8B2.1).

Jean Pierre MATUS ACUÑA<sup>313</sup>, em artigo sobre a previsão de certificações de programas de *compliance* na lei chilena que trata a responsabilidade penal de empresas (Lei 20.393), critica o uso de certificações para eximir antecipadamente a responsabilização penal. No referido diploma legal, a hipótese de certificação dos programas de *compliance* é expressa, porém não constitui obrigação jurídica alguma. Ao voluntariamente requerer a certificação e obtê-la, a empresa garante que o seu programa contém todos os requisitos estabelecidos pela lei – em função do tamanho, da situação econômica-social, da quantidade e qualificação dos funcionários e da complexidade da empresa.

Segue o autor afirmando que, embora as certificações confirmam um atuar prudente pelas empresas, não têm capacidade de justificar, por si só, a isenção de responsabilidade penal, especialmente porque: (i) o direito penal do fato vai além da confirmação de um “bom cidadão corporativo”, assim, (ii) se a tese fosse aceita para o caso das empresas, por coerência, também o deveria ser para o caso dos “bons cidadãos” de verdade (pessoas físicas); (iii) também porque estimularia que no período de duração dos certificados fossem contratados funcionários inescrupulosos para figurarem como “bodes expiatórios” no cometimento de ilícitos em nome da empresa, acobertados pela sua imunização; (iv) porque o fato de pessoas físicas terem diplomas e titulações não lhes garante uma isenção antecipada de responsabilização penal; e, por fim, (v) porque estas certificações são pagas, a partir do que as empresas com maior capital disponível teriam mais condições de ser comprovadamente “bons cidadãos corporativos” que as outras em situação financeira pior.<sup>314</sup>

Embora os argumentos sejam pertinentes para identificarmos pontos fracos do sistema de certificações, parece-nos que o autor equivoca-se desde a origem da sua lógica ao equiparar entes coletivos e indivíduos. Da nossa parte, indivíduos e empresas ocupam campos de análise incomparáveis, com o que a argumentação de Jean Pierre MATUS ACUÑA, centrada nesta lógica a nosso ver equivocada de equiparação, acaba por deixar de lado o verdadeiro calcanhar de

---

<sup>313</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...) op. cit.*, p.151.

<sup>314</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...) op. cit.*, p.153,

Aquiles das certificações: como assegurar a independência das certificadoras com relação às empresas certificadas se estas são, justamente, a sua clientela.

Nos termos da Lei Chilena, as empresas de auditoria externa, classificadoras de riscos ou entidades registradas perante a Superintendência de Valores e Seguros (equivalente funcional no Chile à SEC americana) são aquelas que poderão emitir certificações.<sup>315</sup> Nosso entendimento é de que em função da importância que assumem, as certificadoras deveriam ser fiscalizadas sempre por agências reguladoras governamentais especializadas.

É o caso norteamericano da *Environmental Protection Agency* – EPA<sup>316</sup> - que instituiu programas de *compliance* específicos para as indústrias, com elaborados protocolos de auditorias baseados em normativas e regulamentações, avaliando-os a partir de dois valores: (i) o que foi medido foi feito pela organização empresarial – “*what gets measured, gets done*” – e (ii) o cuidado com o que você pede, você pode consegui-lo – *be careful what you ask for, you might get it*”. O primeiro significa que o sucesso das iniciativas de *compliance* requer uma avaliação cuidadosa, e segundo critério indica que as medidas fragilmente desenhadas vão, na melhor das hipóteses, causar ineficiência. Juntos estes dois valores refletem o *state of corporate compliance*.<sup>317</sup>

Outra questão determinante é saber se a certificação, feita por empresa idônea e fiscalizada por agência imparcial, pode ser aceita como prova na ação penal, consubstanciando o entendimento de que o programa de *compliance* é efetivo. A questão de fundo é saber até que ponto a adoção deste programa de prevenção e de controle de riscos permite eximir a responsabilidade criminal da empresa, especialmente quando estiver certificado<sup>318</sup>.

Vejamos que a situação das certificações está intimamente ligada à ideia de legitimidade dos programas de *compliance* como prova no processo penal. Para nós, incorporando os dizeres de Luis ARROYO-ZAPATERO, “*el juez, lógicamente, continúa sujeto al principio de libre*

---

<sup>315</sup> Em janeiro de 2011, esta Superintendência de Valores e Seguros emitiu a regulamentação n. 302, na qual estabelece as normas que devem ser cumpridas pelas agências e pelas empresas que pretendem integrar o registro público das entidades habilitadas à outorga destas certificações. As normas determinam, dentre outras regras, que os auditores e certificadores não tenham sido assessores da elaboração dos programas sob análise.

<sup>316</sup> A propósito, a EPA é uma agência independente, pois não está relacionada a nenhum departamento do executivo americano, embora seja, por outro lado, comandada por um único administrador nomeado pelo Presidente e sob sua direta dependência, dispondo de poderes para aplicar, inclusive, sanções aos cidadãos, às empresas e aos Estados que violem as determinações de cunho protetivo ecológico, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.304.

<sup>317</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, p.104.

<sup>318</sup> MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento (...) op. cit.*, p.148.

*valoración de la prueba, por lo que las certificaciones no pueden asimilarse en ningún caso a presunciones irrefutables o pruebas regladas”.*<sup>319</sup>

Mas a verdade é que, na prática processual, a situação de um programa de *compliance* certificado é mais favorável à presunção de inocência da empresa do que a situação de um programa sem certificação alguma, pois neste último caso, caberá ao próprio juiz penal a avaliação da efetividade (a idoneidade) do programa, o que requer conhecimento apurado das práticas empresariais cotidianas, dos problemas reais enfrentados pelas organizações e, especialmente de inúmeras áreas e setores empresariais técnicos. Assim, é evidente que a existência de uma certificação tende a ser aceita pelos julgadores como um bom indício da conduta empresarial diligente.

Por fim, é válido frisarmos que e matéria ambiental, tanto as certificações em quanto as ecoauditorias são fundamentais para a documentação dos procedimentos realizados pela empresa, o que tem total relevância em se tratando de riscos ecológicos, especialmente no caso de atividades potencialmente perigosas<sup>320</sup>, pois pode servir de material técnico e atualizado tanto para as investigações internas, quanto como argumento de colaboração com as autoridades públicas.

Em qualquer setor, para que tenham credibilidade, é obrigatório que estas certificações contenham prazo de validade determinado, o que está intimamente ligado com a manutenção e o aprimoramento dos próprios programas de *compliance*.

#### 2.2.8. SISTEMAS DE MANUTENÇÃO E DE APRIMORAMENTO PERIÓDICO DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* - A BUSCA PELA “MELHOR TECNOLOGIA DISPONÍVEL”

Ao chegarmos neste ponto percorremos os requisitos básicos que deve ter um programa de *compliance criminal* para que possa receber o rótulo de efetivo mecanismo de controle e de prevenção de riscos.

Estes processos de “autolimpeza”, “autoavaliação”, “autorregulação”, e “autosanção” pelos quais as empresas voluntariamente decidem passar, em troca de benefícios judiciais e da

---

<sup>319</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.25.

<sup>320</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas (...) op.cit.*, p.245.

disseminação de uma cultura empresarial ética e de respeito ao direito, têm em comum o seu dinamismo em razão do tempo. Significa dizer que os padrões de conduta, os patamares de segurança e de qualidade dos serviços e produtos, e até mesmo as diferentes legislações que recaem sobre a atividade empresarial, modificam-se de tempos em tempos. Se estes elementos constituem o objeto dos programas de *compliance*, é evidente que a sua efetividade terá de ser constantemente monitorada e reavaliada.

É assim o texto das *Sentencing Guidelines*, com base no qual Cristina DE MAGLIE distingue dois tipos de controles internos das organizações: as auditorias – “*si rivolge al passato, ha cioè carattere ricostruttivo delle attività svolte dalla persona giuridica*”- e o monitoramento – “*presenta la caratteristica di dar conto in contemporanea dell’attività della persona giuridica*”.<sup>321</sup>

Na prática, a exigência de uma reavaliação periódica dos programas de *compliance* é o que mais os distancia de outras técnicas de prevenção. Com isto, os programas estão abertos a algo essencial que é a sua adaptação às novas realidades empresariais, normativas e, até mesmo, culturais. A empresa assume a necessidade de constante desenvolvimento e da flexibilidade no melhoramento e na correção dos seus procedimentos.

Um programa de *compliance* sem verificação periódica tende a se transformar numa mera declaração de valores e princípios, sem aplicação prática alguma. As formas de monitoramento variam, evidentemente, de acordo com o tamanho e as demais características de cada organização, podendo aparecer na forma de auditorias prospectivas, pesquisas, entrevistas, questionários, testes pós-treinamento, *checklists* ou mesmo de conversas informais<sup>322</sup>.

É claro que além do monitoramento interno, realizado pelo setor de *compliance* da organização, são fundamentais inspeções gerais externas – o que pode ser feito pelas auditorias externas ou pelas empresas de certificação, no momento da renovação dos certificados. Sua contribuição será, de maneira independente e distanciada do cotidiano empresarial, identificar falhas e (novos) riscos nos programas de controle, e examinar o nível de adesão de todos os membros da organização às regras jurídicas e internas da empresa, bem como prognosticar se as medidas adotadas são suficientes e/ou idôneas ao controle e à prevenção de riscos e em assegurar

---

<sup>321</sup> DE MAGLIE, Cristina. *L’etica e il mercato (...) op. cit.*, p.125.

<sup>322</sup> COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs). *Manual de Compliance – preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.p.108.

um êxito provável (razoável) na prevenção e na identificação de condutas irregulares e delituosas.<sup>323</sup>

Trata-se de controle da própria efetividade do programa, pois tanto as leis, como as circunstâncias de mercado e, ainda, as disposições técnicas e de segurança de serviços e produtos, estão sempre em aprimoramento. Logo, o programa de *compliance* terá de ser dinâmico para que possa ser revisado e ajustado a estas modificações<sup>324</sup>. É dizer: “*a las empresas se les exige no sólo el cumplimiento de las normas de cuidado que se establecen ante determinadas situaciones, sino que de ellas se requiere la realización de inversiones en seguridad con el fin de desarrollar un know how relativo a los riesgos prototipos de la empresa y que les proporcionen una capacidad de adaptación ante nuevos riesgos*”.<sup>325</sup>

Tudo isto deve ser feito tendo como base os riscos aos quais a empresa efetivamente está sujeita – *risk assessment* – o que está diretamente relacionado ao cumprimento de cláusulas técnicas - busca pela melhor tecnologia disponível – estabelecidas no caso de atividades que exigem autorização do Poder Público para operar.

A “melhor tecnologia disponível” reflete o conjunto de métodos dinâmicos e efetivos de prevenção ambiental, trata-se da fase mais avançada de desenvolvimento das atividades e de suas formas de exploração dos recursos naturais, uma fase que demonstra a capacidade prática de determinadas técnicas para determinar, em princípio, a base dos valores limite de poluição<sup>326</sup>.

Ao proceder-se à avaliação periódica dos programas de *compliance*, com o monitoramento da sua efetividade como mecanismo de cumprimento da lei e de fomento da ética empresarial, mostra-se evidente que também neste momento estariam em análise as técnicas utilizadas pelas empresas e a sua obrigatoria, no caso das autorizações ambientais, ou voluntária no caso das demais entidades, atualização.

---

<sup>323</sup> ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programada de (...) op.cit.*, p.260.

<sup>324</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo (...) op.cit.*, p.158.

<sup>325</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.153.

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.100.

### **CAPÍTULO III – PONTOS DE ENCONTRO: AFLUENTES E EFLUENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Este trabalho busca confirmar, como dissemos de início, se o *criminal compliance* pode servir como instrumento jurídico de proteção do meio ambiente. Percorridas as linhas anteriores, chegamos à conclusão de que a tutela ambiental ajeita-se bem à textura dos elementos e das características que compõem estes mecanismos empresariais de prevenção e de controle de riscos.

Contudo, é antes na gênese do fenômeno chamado “compliance”, e dos motivos que lhe dão ensejo, onde estão os pontos de toque mais sensíveis entre o instrumento estudado e a possibilidade de instrumentalizá-lo na proteção ambiental. Ainda mais, as organizações ocupam hoje um papel determinante na proteção de valores sociais, com o que também as consequências advindas da correta e efetiva implementação destes programas mostra-nos que são empresas sérias, éticas e sustentáveis os agentes sociais aptos à disseminação de uma almejada consciência ambiental.

Em resumo: é justamente no encontro das causas (aqui metaforicamente chamadas de afluentes) e consequências (efluentes) da implementação de programas de *criminal compliance* que se justifica o seu tratamento – e daí o seu incentivo – como um instrumento de proteção do meio ambiente, ainda que não sirva, em todas as hipóteses em que pode ser previsto, como um escudo à responsabilização penal das empresas.

#### **3.1. AFLUENTES PARA O SURGIMENTO DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

São muitos os motivos que deram vazão ao surgimento de programas privados de prevenção e de controle de riscos. No primeiro capítulo, contextualizamos o surgimento destes mecanismos especialmente no âmbito do direito penal, referindo desde a infrutífera adoção de modelos de responsabilidade penal de empresas como instituto de controle da criminalidade empresarial, até a necessidade de fomento da ética nas relações empresariais, notadamente no que toca às práticas anticorrupção e ao mercado financeiro.

No segundo capítulo, previamente ao estudo dos requisitos que supostamente tornam estes programas de *criminal compliance* efetivos mecanismos de cumprimento da lei e de fomento de práticas éticas nas atividades empresariais, denunciaremos o baixo enfoque que receberam até agora no âmbito das questões ecológicas. E, neste sentir, tentamos identificar, ao longo da análise dos requisitos, abordagens ecológicas cabíveis, sempre sob a perspectiva de fatos ilícitos penalmente relevantes contra o meio ambiente e que pudessem acarretar a responsabilização criminal da própria empresa.

Contudo, a abertura jurídica para o desenvolvimento de mecanismos absolutamente privados e, em boa medida (já que há uma obrigação tácita em muitos casos), voluntários de prevenção e controle de riscos pelas empresas, em concreta transferência de tarefas públicas ao setor privado, tem sua origem num espectro muito mais amplo do que o penal.

Neste sentir, e sem qualquer pretensão taxativa, elegemos apenas três causas deste fenômeno hoje tão comentado no meio jurídico, que é a implementação de programas de *compliance*. Trata-se, contudo, de três pontos que a nosso ver estão diretamente relacionados à proteção e/ou à falta de proteção penal do meio ambiente. São eles: (i) a afirmação de uma responsabilidade social das empresas e a interrelacionada técnica de gestão dos negócios denominada *corporate governance*; (ii) o fenômeno da autorregulação, especialmente na sua faceta regulada, e o conjunto de suas repercussões no direito administrativo, ambiental e penal; e (iii) as características peculiares das normas ambientais e penais-ambientais, imbricadas pelo conceito de risco e assombradas pela dinâmica do desenvolvimento científico e tecnológico.

### 3.1.1. RESPONSABILIDADE SOCIAL E *CORPORATE GOVERNANCE*

Vivemos, dizem, a “era das organizações”. As empresas conquistaram ao longo do tempo, desde a Revolução Industrial - e o seu impacto no mundo científico e institucional - um poder de alcance das suas práticas nos indivíduos e de determinação de padrões sociais, dentre outros motivos porque souberam acompanhar o ritmo intenso da inovação tecnológica e do desenfreado consumismo, característicos dos nossos tempos<sup>327</sup>. Mas para além desta constatação do poder que assumidamente possuem, as organizações tiveram de buscar argumentos que o justificassem. E é

---

<sup>327</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa – claves para una nueva cultura empresarial*. 8.ed.Madrid: Trotta, 2008.p.71.

justamente a busca por critérios de legitimação deste poder que permitiu o surgimento da chamada responsabilidade social das empresas.<sup>328</sup>

O conceito de responsabilidade social carrega, assim, uma visão diferenciada dos negócios, uma visão que incorpora o respeito por valores éticos, o respeito pelas pessoas, pelas comunidades e, ainda, pelo meio ambiente. Significa dizer que, quando é reconhecida a responsabilidade social de uma empresa, esta leva em consideração, no decorrer de suas atividades, não apenas a proteção dos seus sócios e investidores, mas um conjunto bem mais amplo de interessados, os chamados *stakeholders*<sup>329</sup>, que são todos aqueles terceiros atingidos pelo negócio empresarial: comunidade, consumidores, ONG's, etc. Quando a empresa assume também na sua lista de deveres a satisfação das expectativas destes terceiros e a proteção dos seus interesses, está, em outras palavras, legitimando o poder que sobre eles exerce, de tal forma que “(...) *sin esta presencia de los afectados o de sus representantes es difícil hablar de un diálogo empresarial y, por tanto, de la legitimidad o justificación social de la empresa*”.<sup>330</sup>

A responsabilidade social corporativa ou empresarial (RSC/RSE) é definida por Elena F. PÉREZ CARRILLO como “*la contribución activa y voluntaria al mejoramiento social, económico y ambiental por parte de las empresas, generalmente con el objetivo de ser más competitivas y ofrecer una imagen corporativa que las sitúe en un plano más favorable en las preferencias de los consumidores a la hora de comercializar sus productos o servicios*”.<sup>331</sup> Esta responsabilidade aplicada espelha um nível superior de exigência, sempre voluntário, que pode aumentar o valor, o reconhecimento social e a reputação da organização, baseando-se no equilíbrio entre três pilares essenciais: um econômico, um social e outro ambiental<sup>332</sup>.

A ideia em questão é a de que a atividade empresarial não só repercute benefícios ou perdas aos seus investidores e sócios, mas os resultados desta mesma atividade têm um alcance social,

---

<sup>328</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.72.

<sup>329</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.p.29.

<sup>330</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.144.

<sup>331</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit.*, p.345.

<sup>332</sup> Neste sentido, é válida a posição que a responsabilidade social das empresas alcança, por exemplo, nas ações de reação contra crises econômicas: “*De cara al futuro, el plan de acción europeo contra la crisis presentado por la Comisión Europea en 2008 propone medidas que sin mencionarlo se sitúan de forma bastante relacionada con una Gobernanza basada en la RSC. Para acelerar las inversiones, la Comisión se compromete por ejemplo, a clarificar el marco jurídico relativo a los partenariados entre los sectores público y privado tendentes a llevar a cabo grandes inversiones en infraestructura e investigación – con alta densidad de mano de obra y generalmente muy vinculadas a la problemática del control del impacto ambiental -, fomentar industrias energéticamente eficaces e introducir medidas fiscales que favorezcan eficiencia medioambiental*”, vide: PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit.*, p.45.

um alcance que pode repercutir em benefícios ou em prejuízos aos sócios e investidores, inclusive.<sup>333</sup>

A permissão para a incorporação desta responsabilidade no rol de deveres das organizações deu-se, em parte, em função de uma mudança de concepção das empresas, que deixaram de ser entendidas como um “lugar de homens sem escrúpulos” e com sede de lucro ao estilo “custe o que custar”, e passaram a ser consideradas como uma instituição socioeconômica, detentora de uma séria responsabilidade moral com a sociedade (consumidores, empregados, acionistas, fornecedores, interessados). Para Adela CORTINA, esta concepção de empresa moderna vai muito além da soma dos seus colaboradores, pois as decisões tomadas em nome da instituição têm de resguardar um cunho moral que se funde à própria ideia da empresa, embora com isto não se queira dizer que a responsabilidade dos indivíduos esteja diluída na responsabilidade da empresa, mas sim que a ética não é um componente única e exclusivamente individual. É antes e também corporativo e comunitário.<sup>334</sup>

Neste contexto, a responsabilidade social pressupõe que a organização seja percebida como um processo organizativo no qual têm relevância destacada os processos de tomada de decisão e o conjunto das finalidades buscadas pela empresa. É por isto que atrelada à responsabilidade social está a ideia de *corporate governance*.

No Brasil, chamamos “governança corporativa”, na França, “*government d’entreprise*” ou “*government des sociétés*”, em Portugal, “governo das sociedades”, mantendo a Alemanha o termo anglossaxão “*corporate governance*”. A ideia, contudo, tem origem norteamericana, como resposta às agressivas condutas de gestores baseada na moralização das empresas, dando especial importância à sua imagem e às suas diversas formas de gestão.

Para dar exemplos, no caso americano, como destaca António MENEZES CORDEIRO, o tema ganhou ainda maior atenção após escândalos como ENRON, em que a multinacional entrou em falência depois de manipular dados que comprovavam seu prejuízo incontável, bem como outros casos da mesma ordem como WorldCom, Global Crossing, Adelphia e Tyco.<sup>335</sup> Na Alemanha, por sua vez, conforme escreve Lothar KUHLEN, tem destaque o *Deutsche Corporate Governance – KODEX*, de 26 de fevereiro de 2002, redigido por uma Comissão instituída pelo

---

<sup>333</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit.*, p.39.

<sup>334</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.81.

<sup>335</sup> CORDEIRO, António Maneses. *Manual de Direito das Sociedades – volume I – Das Sociedades em Geral*. Coimbra: Almedina, 2004.p.697.

governo federal e com publicação atualizada anual, contendo normas essenciais sobre a condução empresarial de sociedade alemãs com cotas em bolsas de valores, assim como padrões de conduta que determinam critério de boa direção das empresas<sup>336</sup>.

No âmbito do comunitário, segundo o Relatório do Banco Central Europeu revisado em 2014/2015, *corporate governance* consiste em: “*procedures and process according to which an organization is directed and controlled. The corporate governance structure specifies the distribution of rights and responsibilities among the different participants in the organization – such as the board, managers, shareholders and other stakeholders – and lays down the rules and procedures for decision making*”<sup>337</sup>. De forma ainda mais resumida, é o teor do Relatório Cadbury: “*Corporate Governance is the system by which companies are directed and controlled*”<sup>338</sup>. É de destacarmos, ainda, o Relatório de Princípios da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) sobre Governo das Sociedades<sup>339</sup>, em processo de

---

<sup>336</sup> KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal* In KUHLEN, Lothar/ PABLO MONTIEL, Juan/ URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.p.69.

<sup>337</sup> Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6778> (acesso em abril/15)

<sup>338</sup> Disponível em: <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf> (acesso: maio/15)

<sup>339</sup> “É da reflexão sobre a gestão das organizações privadas seja empresas, seja universidades, seja hospitais, que o novo conceito de governança circula mais insistentemente, sendo a governança empresarial (*corporate governance*) a mais difundida. Portadora de um novo relacionamento entre accionistas e administradores, que realça o papel dos primeiros, a governança empresarial integra trabalhadores, clientes, fornecedores, credores – os chamados “*stakeholders*” – no processo de gestão, ao lado dos accionistas. Foi no quadro desta filosofia que a OCDE editou, em 1999, os princípios da governança, com o objectivo de promover junto dos Estados a regulamentação adequada do poder das empresas”, vide: GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.350. Vide, também, o Relatório de Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades, de 1999, revisado em 2004, “os *Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades* tornaram-se uma referência internacional para decisores políticos, investidores, sociedades e outros sujeitos com interesses relevantes em todo o mundo. Fizeram progredir a calendarização de prioridades do governo das sociedades e proporcionaram uma orientação específica para as iniciativas legislativas e regulamentadoras tanto nos Estados-Membros da OCDE como em países terceiros. O Fórum para a Estabilidade Financeira considerou os *Princípios* como uma das doze normas fundamentais para sistemas financeiros sólidos. Os *Princípios* servem também de base a um amplo programa de cooperação entre os Estados-Membros da OCDE e países terceiros, além de justificarem a vertente dos relatórios sobre o cumprimento de padrões e códigos (ROSC - *Reports on the Observance of Standards and Codes*) do Banco Mundial e FMI relacionada com o governo das sociedades”. Dentre os temas abordados estão: bases para um governo eficaz das sociedades; os direitos dos acionistas; o tratamento equitativo entre acionistas; papel de terceiros em interesses relevantes no governo das sociedades; a divulgação e a transparência das informações; responsabilidade dos órgãos de administração. O documento está disponível em várias línguas, podendo a versão em português ser encontrada em <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf> (acesso em maio/15)

revisão desde 2014<sup>340</sup>, e o Livro Verde relacionado ao “Financiamento a Longo Prazo da Economia Europeia”<sup>341</sup>.

Nas palavras de Paulo CÂMARA, a *corporate governance* é conjunto de práticas de natureza social, cultural e econômica, respeitantes à tutela, ao relacionamento e aos conflitos de interesses entre as pessoas envolvidas na atividade das organizações por cotas, tratando-se estes movimentos de adesão cada vez maior aos princípios do *corporate governance* de resultados de uma renovação geracional dos gestores de empresas com ações.<sup>342</sup>

Trata-se, portanto, de um conceito parajurídico, como ensina António MENEZES CORDEIRO, pois abrange um conjunto de regras válidas para a gestão de empresas de controle e de transparência. Segundo elenca o autor, ficam abrangidas no conceito: (i) regras jurídicas societárias; (ii) regras gerais de ordem civil e deveres acessórios jurídicos; (iii) princípios e normas de gestão, de tipo econômico e para as quais eventualmente poderão remeter normas jurídicas; (iv) postulados morais e de bom senso<sup>343</sup>.

Embora seja verdade que a ideia da *corporate governance*<sup>344</sup> mostra-se mais visível no contexto das organizações cotizadas, pois nestas a necessidade de transparência de informações é

---

<sup>340</sup>Vide: <http://www.oecd.org/daf/ca/public-consultation-review-oecd-principles-of-corporate-governance.htm> (acesso em maio/15).

<sup>341</sup> Assinado em Bruxelas em 2013, o Livro Verde diz que “a forma como os ativos são geridos pode desempenhar um importante papel no financiamento a longo prazo, em termos de alinhamento dos incentivos para que os gestores de ativos, investidores e empresas adotem estratégias a longo prazo, atenuando as preocupações que se prendem com as estratégias a curto prazo, a especulação e as relações de agência. Já existem regras no que respeita aos deveres fiduciários, aos conflitos de interesses, às remunerações, ao exercício dos direitos de voto e divulgação dos custos e à prestação de serviços de consultoria de investimento e de gestão de carteiras. Outras medidas ainda, incluindo eventuais alterações à diretiva relativa aos direitos dos acionistas, são descritas no Plano de Ação sobre o direito das sociedades e o governo das sociedades na Europa. Poderiam equacionar-se medidas adicionais, nomeadamente uma avaliação mais aprofundada das estruturas de incentivos para os gestores de ativos, a fim de melhor tomar em conta as considerações de longo prazo, ou a exigência de uma maior transparência por parte desses mesmos gestores no cumprimento dos seus deveres fiduciários. Foram igualmente aventadas ideias para incentivar uma maior participação dos acionistas a longo prazo, nomeadamente diferentes possibilidades de concessão de direitos de voto ou dividendos adicionais aos investidores a longo prazo, que poderiam justificar uma análise mais aprofundada. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9df9914f-6c89-48da-9c53-d9d6be7099fb.0021.03/DOC\\_2&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9df9914f-6c89-48da-9c53-d9d6be7099fb.0021.03/DOC_2&format=PDF) (acesso: maio/15).

<sup>342</sup> CÂMARA, Paulo. *A Corporate Governance de 2013 a 2023: Desafios e Objetivos* In PINTO, José Costa (coord) et al. *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2014.p.164.

<sup>343</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades (...)* op.cit., p.695.

<sup>344</sup> Ainda, Adán NIETO MARTÍN conceitua a *corporate governance* como uma ferramenta para “(...) <<luchar>> contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, generando, al igual, que en los sistemas democráticos un sistema de checks and balances y herramientas de control del <<pueblo>> - los shareholders y stakeholders – sobre los gobernantes/administradores. La conexión entre buen gobierno corporativo y sistema de cumplimiento es evidente en algunos países como Italia, o Chile, donde el legislador exige un órgano independiente para que supervise el funcionamiento de los modelos de organización. Pero más allá de estas concretas plasmaciones legales,

ainda maior em função da separação entre a propriedade e a gestão dos negócios, independentemente do seu formato, quaisquer empresas com relevância no mercado atraem a atenção de diferentes grupos, os já referidos *stakeholders*, grupos de pressão que representam vários interesses e que assumem “a expectativa (que rapidamente adquire foros de verdadeiro direito) de serem periódica, completa e detalhadamente informados, não só sobre a atividade e os resultados das empresas mas também sobre a sua estrutura, os seus procedimentos e sistemas de gestão, que devem garantir o profissionalismo da gestão e a sustentabilidade das operações, e, de um modo geral, sobre a sua forma de estar e agir no mercado”<sup>345</sup>. A lógica é a de que as próprias empresas, seus diretores e seus investidores (e acionistas, eventualmente) primam por receber informações confiáveis e, por sua vez, respondem pela veracidade e pela precisão dos dados que repassam ao mercado.<sup>346</sup>

A *corporate governance* trata, assim, de um conjunto de regras jurídicas, princípios de gestão de natureza econômica, orientações morais e de bom senso<sup>347</sup>, assentando-se em quatro pilares: a adoção de uma estrutura adequada; a transparência das informações e dos procedimentos<sup>348</sup>; a definição de mecanismos de controle; e o desenvolvimento de mecanismos eficientes de responsabilização.<sup>349</sup> Em resumo, a *corporate governance* nasce a partir de boas práticas empresariais de gestão da sociedade tendo como objetivo o aumento da sua eficiência e, também, da proteção dos interesses relacionados à atividade, para além dos sócios e investidores,

---

*resulta evidente que el cumplimiento normativo necesita de la lógica del buen gobierno”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal (...) op. cit., p.24.*

<sup>345</sup> MAYER, Rui. *A Corporate Governance em Ambientes de Parceria In PINTO, José Costa (coord) et al A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2014.p.131-141.

<sup>346</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit., p.34.*

<sup>347</sup> BARREIROS, Filipe. *A Corporate Governance e o Desenvolvimento Sustentável In PINTO, José Costa (coord) et al A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2014.p.254.

<sup>348</sup> Também Elena PÉREZ CARRILLO afirma resumidamente que a transparência na informação é dos pilares do *corporate governance*, vide: PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit., p.32.*

<sup>349</sup> “A adoção de uma adequada estruturação, visará promover o acolhimento de um modelo de administração e fiscalização da sociedade que melhor potencie o crescimento sustentável. A promoção da transparência de informação e procedimentos, tendo em vista a gestão da sociedade, o processo de tomada de decisão e a prestação de informações completa, clara, verdadeira, e atempada aos accionistas. A definição de mecanismos de controlo e gestão de risco, procurando antecipar e minimizar o impacto de possíveis contingências, assim como a fiscalização da administração, como uma delimitação de competências e funções, definição de deveres de isenção, lealdade e não alinhamento de interesses entre quem fiscaliza e administra. (...) o desenvolvimento de eficientes e credíveis mecanismos de responsabilização, como uma estrutura de política de *accountability* com reporte regular, fixação de metas e alinhamento de vantagens com a verificação de objectivos pré-determinados”, vide: BARREIROS, Filipe. *A Corporate Governance e o Desenvolvimento Sustentável (...) op.cit., p.255.*

constituindo como pano de fundo a ideia de que a atuação empresarial pode causar consequências muito além dos muros da organização.

Diante deste cenário conceitual, os programas de *compliance* tanto espelham os princípios de *corporate governance* quanto servem de instrumentos de efetivação da responsabilidade social das empresas, a partir da ideia de que as sociedades devem desenvolver-se através de mecanismos transparentes de decisões e de fomento e exigência da ética empresarial. Neste sentido, os códigos de conduta são exemplos exponenciais, partindo de um impulso voluntário num primeiro momento até chegar à categoria de instrumentos de “*comply or explain*”, no sentido de que as organizações, especialmente aquelas com ações na bolsa de valores<sup>350</sup>, mas não só estas, devem transmitir ao mercado uma boa imagem, informando periodicamente quais práticas seus códigos de conduta preveem, ou, alternativamente, explicando o motivo do descumprimento das suas disposições.

A proteção do ambiente aparece neste cenário como um dos alicerces da responsabilidade social da empresa, bem assim como uma das finalidades do *corporate governance*, com base na relação simbiótica entre o meio ambiente e a economia, e na certeza dos benefícios que podem ser adquiridos pelos sócios e pela organização a partir de controle de riscos e da prevenção de danos ambientais, através de medidas elaboradas pelas próprias empresas. Por outro lado, também o componente ético faz sentido neste contexto, ao afirmarmos que, atualmente, a questão ecológica exige mais do que a ética individual pode abarcar, direcionando, assim, para o mundo empresarial uma responsabilidade moral em razão do meio ambiente<sup>351</sup>, tendo em vista que “*la empresa no es un grupo humano cualquiera. Nos hallamos ante un grupo capaz de generar riqueza, de responder a unas necesidades sociales y de evaluar las dimensiones de su productividad*”<sup>352</sup>. A empresa, como fonte de decisões, assume a proteção do ambiental não só como uma das suas responsabilidades, mas também como um pilar das melhores práticas de gestão dos negócios.

---

<sup>350</sup> Ressaltamos, contudo, que a importância destes mecanismos não está somente no caso de organizações cotizadas. As demais sociedades empresariais também podem gozar de maior credibilidade perante seus consumidores, fornecedores, investidores, etc., a partir da implementação de códigos de conduta ou mesmo de programas de *compliance*.

<sup>351</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...)* op.cit., p.81.

<sup>352</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...)* op.cit., p.101.

### 3.1.2. FENÔMENO DA AUTORREGULAÇÃO (REGULADA)

O aumento de confiança dos poderes públicos na esfera de atuação dos particulares, notadamente as empresa, explica-se, dentre outros motivos, pelo aumento da racionalidade em função da profissionalização das empresas e da mudança de conteúdo da sua responsabilidade, no sentido de assumirem deveres de cunho também social. Estes motivos, contudo, servem ainda como pano de fundo para o surgimento de um modelo de intervenção estatal diferenciado, no qual a Administração Pública aceita, fomenta e encontra sua eficiência através da cooperação com os particulares. Trata-se da chamada autorregulação.<sup>353</sup>

Dentre os temas trazidos neste trabalho, a autorregulação ocupa um espaço claramente especial. Não só porque encerra em si um fenômeno de transformação das relações entre o público e o privado – e, portanto, com interferências em todo o direito – como porque é resultado de uma constatação da realidade jurídico-social destas relações. A autorregulação mostra-se como uma nova dinâmica de intervenção estatal, uma tendência de cunho liberal e privatizador de modernização do direito na qual também os órgãos da iniciativa privada delimitam os riscos a que estamos sujeitos, as suas regras de gestão e, principalmente, as formas mais corretas de preveni-los e/ou minimizá-los.

É justamente neste enredo que se contextualizam os programas de *criminal compliance*, a partir das suas características e objetivos vistos nos capítulos anteriores, especialmente como medidas de prevenção e de controle dos riscos produzidos pelas empresas e que podem atingir bens jurídico-penais, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A temática sobre o risco permeia todos os pontos tratados neste estudo e neste caso não é diferente. O centro gravitacional da autorregulação gira justamente em torno do risco e das hipóteses de sua análise e gestão com o escopo de minimizá-lo. É claro que a origem disto tudo passa pela contextualização de uma sociedade do risco<sup>354</sup>, na qual não apenas os perigos inerentes

---

<sup>353</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.277.

<sup>354</sup> Sobre perspectivas da sociedade do risco: MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente? (...) op. cit.*, pp.39-61; SERRANO MORENO, José Luis. *La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad In PÉREZ ALONSO, Esteban/ ARANA GARCÍA, Estanislao/ Pacheco, Pedro Mercado/ MORENO, José Luis Serrano (edits.). Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente.* Valencia: tirant lo blanch, 2012.pp.355-373; Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.* E nos dizeres de José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, resumidamente, são características da sociedade do risco: “as insuficiências e incompletudes do conhecimento científico, o nascimento de novos riscos que penetram o nosso dia-a-dia ligados ao desenvolvimento da ciência e da técnica, a consciencialização dos riscos globais, a incerteza e o medo quanto ao futuro, o facto de ser uma sociedade global, o carácter reflexivo do risco, a necessidade de os cidadãos, os cientistas, os juristas e os políticos – no fundo

à natureza nos rodeiam, mas ainda “novos riscos”, produzidos pelo próprio desenvolvimento tecnológico e científico.

No período de expansão da atividade industrial, o risco era um componente a mais do desenvolvimento tecnológico, ou seja, um mal necessário a que a sociedade submetia-se em troca dos benefícios atinentes à qualidade de vida, um mero elemento agregado à liberdade de crescimento e à liberdade científica. O papel da Administração Pública naquele tempo era manter a ordem social, através do equilíbrio constante entre liberdades e segurança, entendendo os riscos originários do crescimento econômico como inevitáveis.

Contudo, a partir de um determinado momento, e especialmente com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, o Estado passa a proteger os indivíduos não só dos danos aos seus direitos fundamentais, mas também da sujeição aos riscos de danos. A chave do sistema administrativo sancionador, neste sentido, desloca-se do dano para o risco, com o que a sua intervenção deixa de ser apenas repressiva para assumir também um caráter preventivo.<sup>355</sup> Há, portanto, uma modificação da percepção do risco, que deixa de ser um elemento de mera tolerância social<sup>356</sup>, agregado à liberdade<sup>357</sup>, e passa a ser objeto de atenção e de proteção da tarefa pública.

Esta mudança pode ser resumida a partir dos limites da própria polícia administrativa que, então, assume a gestão dos riscos, enquanto a garantia da ordem pública dá espaço à sua eliminação e/ou minimização.<sup>358</sup> Contudo, numa sociedade altamente profissionalizada, técnica nos detalhes e em constante desenvolvimento científico, é dedutível que o Estado, com seus mecanismos tradicionais de controle e de gestão, não tenha capacidade de acompanhar todos

---

todos os agentes sociais econômicos – porem en causa todas as suas acções, ponderarem todas as opções em jogo e escolherem as alternativas de acção presentes em função de um futuro desconhecido, incerto e arriscado e de tornarem a dúvida sistemática ‘o princípio ético do agir social’, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.611.

<sup>355</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5.ed.Madrid: Tecnos, 2012. pp.148/149.

<sup>356</sup> Neste sentido, diz José ESTEVE PARDO: “(...) *la sociedad en la que estamos instalados, enfrentada más a los riesgos por ella creados que a los peligros naturales, la llamada sociedad de riesgo, no parece ya dispuesta a soportar estos amplios espacios de impunidad de una industria que ha traído ciertamente progreso, pero a trueque de unos riesgos que antaño era necesario soportar para superar necesidades apremiantes y que en la actualidad ya no resultan en muchos casos admisibles*”, vide: ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.*, p.133.

<sup>357</sup> RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.90.

<sup>358</sup> É esta a premissa desenvolvida por José ESTEVE PARDO em seu trabalho *Autorregulación, Génesis y Efectos*, mencionada no prólogo do livro *Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada* de Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, que, ademais, segue a mesma lógica. Vide: ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.* e DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*

estes fenômenos. Os riscos<sup>359</sup> provenientes desta sociedade em continua mudança acabam por transbordar as esferas de atuação do Estado.

Soma-se, ainda, a constatação de que enquanto na lógica tradicional da polícia administrativa repressora os riscos derivados da indústria eram tidos como resultado de alguma ilegalidade, “(...) *en la actualidad, el riesgo se genera en actividades que cumplen disciplinadamente con la legalidad, de modo que el riesgo no tiene un origen <<extramuros>> de la misma*”.<sup>360</sup>

Ademais, tanto a profissionalização das atividades quanto o desenvolvimento tecnológico apurado transformaram as organizações empresariais em entes de alta complexidade. Sendo este um elemento central das sociedades pós-industriais, sob diferentes ângulos: complexidade econômica, complexidade ética (inclusive com a incidência nos direitos fundamentais) e complexidade técnica.<sup>361</sup> O fenômeno da globalização permitiu que houvesse um intercâmbio tal de mercadorias e serviços, de técnicas e estratégias de gestão, que hoje, dado o tamanho que algumas organizações conquistaram, é possível afirmarmos que são as grandes empresas os entes com maior poder sobre os indivíduos, maior poder de ingerência que os próprios Estados. Inclusive porque enquanto os Estados estão adstritos, até mesmo conceitualmente, a um território delimitado, as empresas (daí denominadas multinacionais) puderam expandir-se sem quaisquer barreiras geográficas, não só aumentando o seu poder de alcance entre culturas, como também restringindo as alternativas de acesso do poder público às estruturas empresariais.

Incapaz de intervir em todas as formas de organização e em todas as diferentes hipóteses de atividades empresariais, ao Estado resta estimular sistemas de direção cujos efeitos sejam também globais, profissionalizados e atualizados conforme o “estado da técnica”. Como alternativa, as próprias organizações, conhecedoras de suas realidades, detentoras da informação

---

<sup>359</sup> Sob um outro prisma, Daniel SARMIENTO destaca a “cultura do risco” como sendo aquela “*donde se atribuye a quien realiza actividades innovadoras una carga: la asunción automática de las consecuencias generadas por sus acciones. Un automatismo que en el mundo del Derecho se traduce en la consagración de una responsabilidad civil objetiva, sin necesidad de culpa o dolo. El Estado renuncia a ser el titular del conocimiento y asume su incapacidad para detectar los peligros que le avecina la ciencia. Así, autoriza las actividades potencialmente dañosas, pero inmediatamente beneficiosas, con a condición de que sus principales promotores asuman las consecuencias de sus conductas. Este debilitamiento del Estado y de su capacidad para liderar los avances de la realidad es sólo el primer paso en un proceso de distanciamiento entre la ciencia y el poder público; un proceso que desembocará en un papel cada vez más accesorio para la administración, causando la proliferación de actos y instrumentos de soft law en sectores tan determinantes como el medio ambiente, la industria, el comercio o la seguridad alimentaria*”, vide: SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo – un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.p.65.

<sup>360</sup> RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.270.

<sup>361</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.*, p.30.

precisa e ampla sobre os riscos inerentes à sua atuação<sup>362</sup> e da *expertise* da sua atividade, passam a autorregular-se. Ao Estado reserva-se, num segundo plano, o controle desta gestão primária, direcionando-as à efetiva minimização dos riscos gerados pela atividade empresarial, em concretização do interesse social.<sup>363</sup>

Assim, a segurança da sociedade, antes substrato apenas da tarefa pública, passa a ter atenção também dos particulares, em verdadeira redefinição das fronteiras entre o público e o privado, assumindo-se um cenário de responsabilidades compartilhadas, de corresponsabilidades<sup>364</sup>. Surge, ao contrário das formas tradicionais de intervenção, um leque de instrumentos e formas jurídicas que refletem ideias de flexibilidade, de negociação, de *soft law*, de procedimentalização do direito através de esquemas de participação, de cooperação, de eficiência e de legitimidade.<sup>365</sup>

A autorregulação mostra-se, portanto, como um fenômeno que parte dos particulares (profissionais, técnicos, investigadores, médicos), e não de integrantes do Estado. Para Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, sem qualquer necessidade de intervenção estatal, as empresas, as indústrias, a ciência e as profissões, através da autorregulação, conseguiram

---

<sup>362</sup> “*Los profesionales, los técnicos, los científicos y las empresas son los depositarios de la información necesaria acerca de los medios y las garantías que deben adoptarse para reducir tales riesgos. El cumplimiento de las obligaciones de protección mencionadas presupone el conocimiento de los efectos de la aplicación de la ciencia y la tecnología en el medio ambiente, en la alimentación, o en el desarrollo de los seres vivos. Este conocimiento no está, como hemos dicho, en manos públicas, sino que lo detentan quienes desarrollan y aplican las innovaciones tecnológicas. El legislador carece de la información necesaria para regular estos aspectos, del mismo modo que la Administración debe enfrentarse a su creciente incapacidad para controlar el desarrollo tecnológico y sus riesgos*”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.77. Ademais, é justamente graças à autorregulação que o poder público tem acesso a estas informações, produzidas e resguardadas pelos particulares no âmbito especialmente dos seus subsistemas técnicos, aos quais o Estado não costuma ter acesso e nem mesmo conhecimento qualificado. E é justamente o acesso a esta informação o que permite que o poder público comprove a adequação das medidas privadas com os objetivos públicos.

<sup>363</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.203.

<sup>364</sup> Segundo DARNACULLETA I GERDELLA, “(...) *la responsabilidad de los particulares en la función de garantía de la seguridad debe ser exigida allí donde son ellos los que generan los riesgos que deben ser evitados por el Estado. En otras palabras, la responsabilidad social es exigible allí donde ciertos subsistemas sociales – la ciencia, la industria o el mercado – son los principales causantes de los problemas que debe resolver el Estado, y son, al mismo tiempo, quienes está en posesión de los medios para evitar tales problemas. A este tipo de responsabilidad se invoca cuando se alude a la autorregulación que debe complementar o sustituir la regulación estatal de policía*”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.99. Para a autora, ainda, a noção de segurança, entendida como aquela situação em que o risco é o menor possível, de acordo com o conhecimento científico e técnico disponíveis, deve ser definida pelos sujeitos privados que possuem tais conhecimentos, ou seja, pelos técnicos, pelos cientistas e pelos profissionais de cada área específica (vide, na mesma obra, pp. 139/187).

<sup>365</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.624.

materializar valores que, com mais de um século de duração, o Estado Social<sup>366</sup> não foi capaz de fazer.<sup>367</sup>

Há uma tendência de redefinição do papel do Estado, portanto, e de transferência ao âmbito privado de funções que anteriormente eram desempenhadas pelo público, impondo-se diretamente às empresas a gestão dos riscos por elas criados. O fenômeno da autorregulação implica, assim, uma reestruturação das relações entre Estado e empresa, e na medida do possível, uma simplificação da tarefa pública<sup>368</sup> que limita-se à comprovação de que o sistema de autorregulação articulado pelos privados cumpre com seus objetivos de gestão e controle dos riscos.

---

<sup>366</sup> Para Cornelius PRITTWITZ, “*la idea del Estado de Derecho, en el cual no son los hombres poderosos los que mandan, sino el Derecho, no tiene que ver con la realidad, y nunca tuvo nada que ver con la realidad*” Por eso, *la idea más humilde del Estado de Derecho, el cual no ‘manda’, pero sí limita el poder y los poderosos, me parece no solamente más realista, sino preferible*”, vide: PRITTWITZ, Cornelius. *La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo (...) op.cit.*, p.417.

<sup>367</sup> A autora denuncia, nesta lógica, o que chama de “*erosión de la legitimidad del Estado social y democrático de Derecho*”. Tanto em função do aumento e da diversificação de demandas sociais, como do aumento do poder corporativo, e, especialmente, diante das crises econômicas que assolaram boa parte dos cofres públicos, a ideia do Estado prestacional desmantela-se. A partir dos anos setenta, segundo diz, difundisse a ideia de que o Estado social está em crise, a qual se manifesta através (i) da perda de competitividade econômica, no mercado global, dos países com alto custo social; (ii) das limitações dos poderes públicos; (iii) e da perda do apoio social e político no Estado de Bem Estar, com clara falta de credibilidade pelos cidadãos ante as prestações estatais. O resultado imediato é a limitação – que poderia chegar à eliminação – dos pontos de intervenção do Estado na vida particular. Desenvolvem-se, neste contexto, soluções de cunho neoliberal e de defesa do “Estado-mínimo”, e também movimentos como a simplificação, a diminuição da burocracia, o estreitamento do Estado, a desregulamentação e a diminuição dos controles administrativos. O desmantelamento das estruturas prestacionais do Estado acaba sendo compensado pelo desenvolvimento (no sentido especialmente de aumento na atuação) da sociedade civil e da associação voluntária com propósitos específicos (onde incluímos o corporativismo, mas também as ONG’s, as organizações de ajuda e caridade, as organizações privadas de prestação de serviços sociais no campo da cultura, da saúde, da educação, etc. Fomenta-se a ação cooperativa entre o Estado e a sociedade, na busca pela concretização das prestações sociais. São questionados muitos institutos de governabilidade, com o que o Estado assume técnicas baseadas em modelos de *management* empresarial na busca pela eficiência de suas prestações. A perda de confiança no Estado abre espaço para o aumento da confiança na sociedade, justamente em função da capacidade técnica de alguns setores, inacessível para os poderes públicos e seus instrumentos de atuação. Neste contexto, são identificados subsistemas que, sendo os únicos possuidores de *know how* de sua atividade e dos seus limites de atuação, passam a autorregular-se. Para uma abordagem detalhada e repleta de referência sobre estes pontos, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, pp.52-62.

<sup>368</sup> “*Simplificación y autorregulación son, en cierto modo, dos caras de una misma moneda. Tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, la supresión y agilización de trámites, signos indudables de la simplificación procedimental en su sentido más estricto, acarrearán e inspirarán una redefinición del papel del Estado en la actividad de los particulares*”, vide: RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.128. E no mesmo sentido, diz DARNACULLETA I GARDELLA: “*mediante la desregulación se pretende, como es conocido, la reducción de las normas y de los controles públicos que impiden o dificultan el desarrollo de la iniciativa privada. Así pues, la desregulación nos remite, por un lado, a la desreglamentación – entendida como la eliminación de regulaciones superfluas e innecesarias, la reducción del volumen de las normas y su articulación en reglamentaciones más coherentes -, y, por otro, a la relajación de los controles públicos – desburocratización, simplificación procedimental y simplificación administrativa*”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.76.

Seguindo a lógica de Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELA subdivide-se três tipos de autorregulação: (i) normativa; (ii) declarativa; e (iii) resolutória.<sup>369</sup> No primeiro caso (i), há uma complementariedade, ou até uma substituição, de regulamentações públicas por regulamentações privadas (exemplo são os códigos de conduta e de ética trabalhados no capítulo anterior); no segundo caso (ii), trata-se da substituição de controles públicos por controles privados (como ocorre com os sistemas de investigação interna e de denúncia, e também no caso das certificações e auditorias empresariais, todos estes trabalhados no capítulo anterior); e, por fim (iii), no terceiro caso, estaríamos tratando da possibilidade de resolução de conflitos pelos setores privados (seja através de sistemas internos de sanção das empresas, seja através da arbitragem, por exemplo).

Coexistem, assim, duas formas de controle dos riscos gerados pela atividade empresarial: uma tem no Estado o grande interventor, determinando condutas a serem seguidas e que, em não o sendo, justificariam a aplicação de sanções (modelo que se assemelha ao chamado *command and control*<sup>370</sup>); e outra, ao oposto e de cunho liberal, permitindo às próprias empresas que determinem as medidas para o controle dos riscos e as sanções correspondentes à sua ausência (modelo de autorregulação).<sup>371</sup>

O Estado, carente de informação e de meios para alcançar a capacidade técnica e profissional de demandas altamente complexas da sociedade, instrumentaliza a sua atuação

---

<sup>369</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.78.

<sup>370</sup> Segundo relata José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, dentre as profundas alterações pelas quais o direito administrativo passou nos últimos tempos, está a crise de um modelo clássico de ordenação, de imposição ou ainda de *command and control*, por estratégias de controle menos invasivas, mais cooperativas participadas, dinâmicas e integradas, especialmente através de instrumentos económicos de mercado e de estratégias de gestão de risco: “nos EUA, a reação ao modelo tradicional de comando e controlo, ligado ao estado administrativo, tem tido uma enorme força e pujança, seja pelo citado recurso a instrumentos económicos e de mercado, seja a estratégias de regulação em rede, envolvendo agências administrativas e grupos de interesse, em particular as comunidades dos regulados, sublinhando os excessivos custos económicos, burocráticos e de tempo do modelo tradicional – muito dissuasores do investimento e desenvolvimento económico – e, em contraposição, a maior eficiência, eficácia, atenção aos custos, simplificação, transparência, flexibilidade e aceleração dos novos instrumentos e das novas estratégias, em que a cooperação (nomeadamente o método do *learning by doing*) ganha foros de princípio fundamental e a partilha e abertura da informação se converte noutro dos aspectos nucleares das novas estratégias”, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.611.

<sup>371</sup> John BRAITHWAITE, ao tratar a sociedade do risco, fala de forma ilustrada de duas formas de regulação pelo Estado: um modelo keynesiano, em que “o Estado rema muito e dirige mal a sociedade”, e um modelo (novo) hayekiano, em que o “Estado dirige e a sociedade rema”. No original: “(...) *the Keynesian state has been replaced by a new regulatory state that is a more Hayekian response to a risk society. (...) The nightwatchman state wich preceded the Keynesian state will be conceived as one where most of the steering and rowing was done in civil society. The Keynesian state that succeeds it has the state do a lot of rowing, but was weak o steering civil society. The new regulatory state that is most recent in this chronology holds up state steering and civil society rowing as the ideal*”, vide: BRAITHWAITE, John. *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*. British Journal of Criminology.(2000).n.40.p.223.

através de entes privados e da sua capacidade de autorregulação, buscando cumprir com a sua função de garante dos bens sociais (como é a proteção do meio ambiente<sup>372</sup>) através da fiscalização desta atuação, assumindo o papel de “controlador dos controladores”, na feliz expressão utilizada por José Eduardo FIGUEIREDO DIAS<sup>373</sup>.

Esta técnica de instrumentalização pelo público das normas e dos controles produzidos pelo setor privado, colocando-os a serviço de fins claramente públicos e, portanto, permitindo que a autorregulação adquira efeitos públicos, determina um necessário controle destes efeitos<sup>374</sup>. E é neste sentido que se conceitua a chamada “autorregulação regulada”, na qual, em caso de incumprimento das determinações produzidas pelo setor privado, legitima-se que sejam impostas aos particulares sanções penais e/ou administrativas<sup>375</sup>. O Estado assume as funções de atribuir competências, estabelecer procedimentos e reconhecer os efeitos da própria autorregulação, deixando aos particulares a fixação e o controle dos conteúdos normativos primários.<sup>376</sup>

---

<sup>372</sup> “(...) o que é facto é que só muito recentemente a defesa do ambiente assumiu a dimensão de um bem jurídico objectivo fundamental, integrando os valores essenciais comuns da sociedade, tão essencial que passou mesmo a integrar o ‘contrato social’, adquirindo estatuto constitucional, que como direito fundamental, que concretiza as exigências da realização da dignidade da pessoa humana em face das modernas agressões ambientais, quer como princípio geral e como tarefa fundamental do Estado. E daí o recente surgimento do Direito Penal do Ambiente”, vide: SILVA, Vasco Pereira da. *Breve nova sobre o Direito sancionatório do ambiente (...)* op.cit., pp.272/273.

<sup>373</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...)* op.cit., p.629. O autor, ainda, ressalva o papel da informação neste novo cenário, referindo sobre o chamado direito administrativo à informação que: “as exigências centrais deste domínio relevantíssimo do direito administrativo, considerado por alguns a coluna vertebral da reforma da teoria geral do direito administrativo, passam pelo estabelecimento de um enquadramento ou estrutura cuja protecção é em larga medida confiada à auto-regulação ou auto-controle, permitindo-se ao cidadão e às suas organizações escolher livre e responsavelmente entre as diferentes alternativas que resultam da liberdade de comunicação, sendo a função básica deste direito da informação a de garantir a real e efectiva auto-determinação informativa. Esta auto-regulação comunicativa pressupõe a existência prévia de um Estado que informa, cria as infra-estruturas técnicas adequadas, estabelece procedimentos a seguir, activa os recursos e as estruturas – mas, na base, é de auto-regulação da informação que se trata”, (p.632).

<sup>374</sup> Sobre o reconhecimento público dos efeitos da autorregulação, podemos citar ilustrativamente, pois são muitos os efeitos, e na mesma linha adotada por José ESTEVE PARDO, os seguintes: (i) efeitos indiciários, quando a adoção de normas técnicas, por exemplo, serve de indício de diligência e de cuidado pela empresa; (ii) efeitos de presunção, quando o ordenamento jurídico refere, por exemplo, que o cumprimento de determinada norma técnica tem este efeito; (iii) efeito integradores, quando as normas provenientes da autorregulação complementam a regulação pública, por exemplo, no caso de ser necessário num determinado procedimento administrativo a existência de uma declaração de conformidade de uma instalação com a norma ambiental, e esta ser obtida através de um certificado emitido por uma empresa privada, por uma certificadora; (iv) efeitos de substituição, quando o próprio ordenamento prevê a possibilidade de um expediente de autorregulacao substituir uma obrigação juridicamente imposta; (v) e efeitos econômicos e fiscais, pois a sujeição voluntária a fórmulas de autorregulação, como é o caso dos sistemas de gestão ambiental e das ecoauditorias, pode trazer benefícios fiscais para as empresas, conforme a determinação legislativa e dos poderes públicos. Sobre a análise feita, vide ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...)* op.cit., p.125.

<sup>375</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa (...)* op. cit., p.192.

<sup>376</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...)* op. cit., p.280.

Enquanto a autorregulação em sentido estrito deixa às empresas uma ampla discricionariedade e a regulação estatal fixa todas as decisões determinantes, na autorregulação regulada há uma correção, em que as disposições estatais criam preceitos mais ou menos detalhados ou criam estruturas que estimulam a autorregulação e/ou a tornam vinculante. Assim, trata-se de fórmula mista ou intermediária entre a autorregulação e a regulação estatal, que se caracteriza por conceder uma margem de discricionariedade àqueles que devem concretizar o conteúdo da autorregulação e pelas fórmulas que empenha para estimular ou pressionar a sua adoção.<sup>377</sup> Surgem daí as regras de segurança industrial, de segurança alimentaria, e no particular, os sistemas de ecoauditoriais e de gestão ambiental. Todos estes sistemas não-estatais de gestão que se caracterizam por seus efeitos globais.<sup>378</sup>

Se por um lado, o Estado não criou instrumentos e nem desenvolveu conhecimento para adentrar nas estruturas empresarias a fim de controlar a conduta econômico-empresarial de forma eficaz, também as organizações privadas não desenvolveram voluntariamente práticas de cumprimento da lei em todas as suas esferas, em parte porque os interesses de ganhos econômicos entram em choque com o cumprimento da lei, em algumas situações.<sup>379</sup>

As empresas – e especialmente as grandes – têm-se tornado destinatárias de infinitas normas jurídicas de certa complexidade material, de diversas naturezas (fiscais, trabalhistas, ambientais, financeiras, contábeis, consumeristas, etc.), e provenientes de múltiplas hierarquias (internacional, nacional, comunitária, local), sendo sujeitas a sanções (administrativas e penais) e indenizações, com o risco de perda de direitos, de reputação, de credibilidade e de capital. BACIGALUPO, diante desta constatação, alerta ao fato de que “(...) *el empresario está casi determinado a adoptar decisiones, en gran medida, a ciegas. Una ceguera que, sin embargo, no exonera de responsabilidad cuando se la pudo evitar*”<sup>380</sup>.

Se é evidente que num novo cenário a atividade empresarial envolve também a administração de riscos provenientes da sua própria atividade, atuar em cegueira potencializa

---

<sup>377</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica (...) op. cit.*, p.77. No âmbito da discricionariedade, vale referir o argumento trazido por Adán NIETO MARTÍN no sentido de que esta exigência de autorregulação (autorregulação regulada) reduz a liberdade da empresa, a liberdade de autorganização da empresa. Para mais, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.148.

<sup>378</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica (...) op. cit.*, p.78.

<sup>379</sup> CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance (...) op. cit.*, p.15.

<sup>380</sup> BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...) op.cit.*, p.31.

obviamente estes riscos e, mais, cria outros. Cada atividade traz consigo riscos específicos a depender do tamanho da organização, do regime jurídico/fiscal a que se submete, da quantidade e do perfil dos colaboradores, das relações com fornecedores, das características do mercado em que está inserida, da logística disponível para a execução dos serviços e da produção, da fonte e modelo de recebimento de recursos, etc. Com a referida inflação de normas que bombardeia as organizações, as empresas enfrentam, para além de todos estes, o risco de ser responsabilizadas juridicamente, criminalmente, pelos danos ocorridos ou facilitados através das suas estruturas<sup>381</sup>, inclusive porque “(...) *los efectos de los subsistemas que se autorregulan escapan de su esfera privada, pasando a convertirse en una referencia valida para el resto del sistema jurídicos*”<sup>382</sup>.

É esta autorregulação que acaba por ter importância no mundo jurídico, pois, advinda de outros sistemas como o da técnica, dos meios de comunicação, da ecologia, da internet, ou de qualquer outro, é tomada como referência válida pelo sistema jurídico.<sup>383</sup>

No direito ambiental, por exemplo, a influência de tal fenómeno administrativo é evidente. Enquanto num passado próximo o objetivo da norma jurídica em relação às atividades potencialmente perigosas ao meio ambiente era de mantê-las distantes das populações, com o desenvolvimento industrial e com os núcleos de população alastrando-se por espaços antes inabitados, este critério foi superado. A única alternativa tornou-se a redução destes riscos na medida do possível. Para tanto, é essencial conhecer com acuidade as características técnicas destas atividades, os materiais e substancias com que operam, os processos tecnológicos que desenvolvem, as tecnologias de diminuição de contaminação, etc.

E é neste ponto que ocorre um verdadeiro embate da norma jurídica e do Estado com a complexidade técnica no contexto da proteção ambiental, “(...) *puesto que para intervenir sobre las instalaciones con esa pretensión de reducir su incidencia ambiental se requieren unos conocimientos técnicos que superan y rebasan el conocimiento de la Administracion y de las determinaciones legales existentes*”<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> "Regulatees are engaging, often for profit in potentially dangerous or economically harmful activities. They are thus in an identifiable position of trust and responsibility vis-à-vis society or a segment thereof. They are officially condoned and controlled risk-takers, and hence it is reasonable and fair to expect that they should bear the burden of demonstrating that they did everything reasonable to avoid contravening the law once the fact on contravention has been proven beyond a reasonable doubt", vide: WEBB, Kernaghan. *Controlling Corporate Misconduct through Regulatory Offences: The Canadian Experience* In PEARCE, Frank; Snider, Laureen (editores). *Corporate Crime: Contemporary Debates*. Toronto/Buffalo/London: University of Toronto Press, 1995.p.345.

<sup>382</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico* (...) *op.cit.*, p.112.

<sup>383</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos* (...) *op. cit.*, p.36.

<sup>384</sup> ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente* (...) *op.cit.*, p.127.

O mundo dos instrumentos de tutela ambiental, assim, é cada vez mais um mundo privatizado, de autorregulação, de cooperação entre o público e o privado, no qual o Estado é mais um dos sujeitos entre vários que compartilham poder. Contudo, nem por isto deixa a regulação de ter seu papel neste cenário, seja previamente à utilização destes instrumentos, seja posteriormente, na sua fiscalização ou sancionamento “e no exercício de responsabilidades de reserva para garantir que os interesses públicos em jogo não são postos em causa”.<sup>385</sup>

É importante destacarmos que, no âmbito da proteção ambiental, a utilização destes mecanismos de controle privado e por via de cooperação público-privada só têm espaço quando a informação precisa, clara e atualizada estiver no topo das exigências. São indispensáveis sistemas seguros de informação, disponibilizados pelos próprios regulados, mas vigiados, controlados e fiscalizados pela Administração Pública. Haveria uma verdadeira regulação através da informação compartilhada permanentemente.<sup>386</sup>

José ESTEVE PARDO, em estudo intitulado *Autorregulación - Génesis y Efectos*, trabalhando setores específicos nos quais o Estado não dispõe de condições e instrumentos de compreensão e de regulação, refere que somente aqueles que estão na vanguarda do conhecimento científico – e só podem ocupar esta posição setores muito concretos e específicos – têm condições de avaliar os possíveis riscos que podem ser gerados, bem como as medidas de cautela que devem ser tomadas no avanço das experiências científicas e de suas aplicações. Somente estes sujeitos que operam nos setores industriais especializados, por exemplo, é que conhecem os possíveis efeitos contaminantes que podem causar e, ainda, a “melhor tecnologia disponível” para reduzi-los, eliminá-los ou neutralizá-los.<sup>387</sup>

Para o autor<sup>388</sup>, as fórmulas de autorregulação orientadas à proteção do meio ambiente subdividem-se em dois tipos: as primárias, nas quais uma empresa, entidade ou instalação desenvolve uma atividade de autocontrole ambiental sobre si mesma (é o caso dos sistemas de gestão ambiental implementados nas empresas); e as secundárias, nas quais há uma intervenção de terceiros diversos à empresa, à entidade ou à instalação, que desenvolvem funções de

---

<sup>385</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.839.

<sup>386</sup> Segundo José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, esta técnica traz consigo diversas vantagens: “tanto em termos estratégicos como por motivos financeiros ou de eficiência econômica e por razões democráticas, a pressupor uma administração mais aberta, participada, motivada para o diálogo e para a busca do consenso, reforçando um clima de confiança recíproca, de sensibilização dos operadores e de implicação dos diversos parceiros sócio-econômicos”, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.873.

<sup>387</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.*, p.25.

<sup>388</sup> ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...) op.cit.*, p.121.

normalização ou de certificação em matéria de qualidade ambiental (é o caso, obviamente, das ecoauditoriais e certificadoras).

Vejamos que as explicações para a utilização de técnicas de autorregulação no âmbito da proteção ambiental teriam três justificativas destacáveis: (i) a configuração de um sistema de normas técnicas de qualidade e um sistema de certificação de procedimentos, cujo objetivo é oferecer ao mercado informações referências sobre a qualidade dos produtos, serviços, procedimentos, instalações e tecnologias; (ii) o progressivo endurecimento da lei ambiental, passando de normativas indulgentes que previam apenas sanções econômicas que tinham efeitos somente na contabilidade das empresas para sanções de cunho pessoal, intransferíveis para os custos das organizações; (iii) o crescimento do interesse pela Administração Pública de que os privados internalizem os custos de desenvolvimento científico e tecnológico a fim de melhorar os níveis de proteção ambiental, e, assim, o reconhecimento dos efeitos públicos das fórmulas de autorregulação.<sup>389</sup>

Na medida em que o mundo empresarial e as técnicas de proteção ambiental são afetados por este fenômeno<sup>390</sup>, também a esfera de imputação de fatos delituosos é modificada<sup>391</sup>. A autorregulação em sua forma regulada produz efeitos também no âmbito do direito penal<sup>392</sup>, pois a partir da ideia de corresponsabilidade público-privada e do aumento de liberdade de autocontrole e de autorganização conferido pelos poderes públicos aos entes privados, as

---

<sup>389</sup> ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...) op.cit.*, p.124.

<sup>390</sup> Por derradeiro, é também neste sentido a opinião de Raquel MONTANER FERNÁNDEZ: “*Por ultimo, quisiera poner de relieve que ante la ausencia de regulación jurídica al respecto, parece que la concreción de los deberes de control y vigilancia de los obligados en la empresa es un escenario idóneo para la regulación de carácter interno (como los estatutos sociales y códigos de conducta) y técnico (normas y reglas técnicas). En efecto, la dificultad en la determinación y frecuencia de la manifestación de los deberes de control se explica, en parte, por la complejidad técnica que envuelve la actividad empresarial. En la medida en que la regulación técnica es más flexible, adaptándose mejor a las contingencias del entorno, puede que la solución más coherente sea recurrir también aquí a criterios de autorregulación. De este modo se conseguiría la estandarización de las prácticas necesarias para cumplir con los deberes de control y vigilancia que obligan a determinados sujetos en la empresa*”, vide: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.171.

<sup>391</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.201.

<sup>392</sup> Saber se os programas de *compliance* adaptam-se melhor ao campo do direito penal ou ao campo do direito administrativo é uma das questões suscitadas pelo surgimento destes instrumentos. Nisto estamos com FEIJOO SÁNCHEZ para quem “*(...) el Derecho administrativo sancionador no sólo representa una alternativa que hace innecesaria la intervención del Derecho penal para estabilizar deberes de colaboración de las empresas con el Estado (carácter subsidiario del ordenamiento jurídico-penal), sino que incluso se encuentra en mejores condiciones que el Derecho penal para cumplir la función de impulso de la autorregulación*”, vide: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...) op. cit.*, p.244.

empresas assumem a função de identificar, analisar, gerir e combater os riscos e, neste sentido, de colaborar com as autoridades estatais, tanto de maneira prévia quanto posterior à comissão de ilícitos penais.<sup>393</sup>

A adoção de programas de *compliance* mostra-se como uma das hipóteses de aplicação do fenômeno da autorregulação no âmbito do controle e gestão de riscos das empresas. Os códigos de conduta e de ética surgem como produtos diretos deste processo de autorregulação, enquanto autoimposição voluntária de padrões de conduta em contextos de rápido desenvolvimento (como o digital, o setor farmacêutico, o setor alimentício e o que envolve o setor ambiental), nos quais há uma quantidade de problemas jurídicos que podem ser solucionados recorrendo-se ao conteúdo destes códigos de conduta. A lógica aplicada é de que “(...) resulta imposible para el legislador atender estos problemas mediante el recurso al proceso legislativo que se presenta generalmente demasiado lento para este tipo de necesidades”<sup>394</sup>.

Estamos falando, especialmente, dos deveres de cuidado com relação aos riscos gerados pelas empresas, da proteção dos consumidores, usuários e da comunidade em geral, dos riscos gerados pelas novas tecnologias, dos riscos da falta de segurança dos *alimentos*. Neste cenário, a adoção de medidas de *criminal compliance* aparece como meio de prova<sup>395</sup> da existência de medidas de *management* empresarial cuidadoso, “(...) al igual que las normas administrativas o la *lex artis* vienen sirviendo como indicios para determinar la existencia de una conducta cuidada o permitida”.<sup>396</sup>

De tudo, é essencial termos em mente que o objetivo do fenômeno da autorregulação não é a destruição das medidas de regulação do Estado<sup>397</sup>, mas, antes pelo contrário, é a busca de uma saída às falhas na prestação estatal e na proteção contra os riscos da sociedade atual, é a busca

---

<sup>393</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas* In BAJO FERNÁNDEZ, Miguel et al *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters/Civitas, 2012.p.112.

<sup>394</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...)* op.cit., p.114.

<sup>395</sup> Também sobre este aspecto, diz José ESTEVE PARDO: “Y, por supuesto, la autorregulación, aun la desarrollada con la mayor objetividad y rigor, no libera definitivamente de responsabilidades: todo lo más envuelve en una presunción favorable”, vide: ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...)* op. cit., p.136.

<sup>396</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? (...)* op. cit., p.250.

<sup>397</sup> Além do que “la autorregulación que, como hemos destacado, se levanta extramuros del sistema jurídico no aspira a destruirlo y conquistarlo, sino a construir su propio sistema”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...)* op. cit., p.19.

pela fortificação do Estado, ainda que através de mecanismos mais flexíveis e de cooperação com a sociedade civil de modo geral.

### 3.1.3. DÉFICE LEGISLATIVO: CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS PENAS AMBIENTAIS

Outra das causas para o surgimento de programas de *criminal compliance* é o distanciamento criado entre a realidade das atividades empresariais e o conteúdo das normas penais de cunho ambiental que lhes são impostas.

As normas de cunho ambiental destinam-se à proteção de múltiplos interesses, coletivos e individuais, e, de modo geral, têm em suas raízes a previsão de situações de risco. Risco e o perigo são conceitos inerentes às questões ambientais: não só os avanços tecnológicos trazem incorporados (novos) riscos (instabilidade tecnológica), como as próprias manifestações da natureza (terremotos, furacões, ventos sazonais, etc. – instabilidade ontológica).

Nenhum destes fatores é compatível com a uniformização de condutas e de situações. Ao contrário, as questões envolvendo a proteção ambiental, por tratarem de especialização técnica e análise de riscos, tendem a ser dinâmicas, em constante desenvolvimento. A norma jurídica, por sua vez, carrega em si uma estrutura formal de valores, conceitos, formas de agir, elementos que o direito, como sistema, pretenda perpetuar. Como resultado, uma norma jurídica mal elaborada conduz à sistemática repetição de erros e estimula a ruptura da ordem por aqueles que dispõem de conhecimentos atualizados e que não poucas vezes a contradigam<sup>398</sup>.

Quando a informação contida na norma é constantemente ultrapassada por uma nova, ou seja, quando a norma jurídica entra em descompasso com a realidade que pretende regular, invariavelmente perde autoridade como determinação comportamental e perde, assim, a confiança dos seus destinatários, a credibilidade de que seja uma regra justa e, portanto, de que deva ser seguida. Deixa de ser fonte de conhecimento/informativa, podendo até se tornar barreira ao agir ecologicamente correto (tecnicamente atualizado).

É por isto que estamos com Maria da Glória GARCIA quando diz que “(...) a incorporação da incerteza no direito implica a reinterpretação deste e a busca de formas mais dúcteis de o manifestarem, desde logo os princípios gerais e o uso de cláusulas gerais, mas também, o apelo à

---

<sup>398</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.420.

justiça num espaço político aberto a recomendações, alertas, avisos, conselhos, bem como a acordos, consensos, mediações (...) que implicam a responsabilidade dos diferentes intervenientes”<sup>399</sup>.

O próprio ambiente, ainda, é mutável em suas características e manifestações, provocando “(...) uma contínua reavaliação da base de facto sobre a qual recaem as vinculações administrativas, no sentido de que estas não vão além nem se quedem aquém das necessidades reais de tutela”<sup>400</sup>. Neste sentido, vejamos que até mesmo os peritos, que são aqueles responsáveis por traduzir os fatos de forma técnica no processo judicial, “(...) quase nunca têm consenso entre si”<sup>401</sup> quando o tema de debate é o meio ambiente e métodos de análise de riscos.

A complexidade das normas ambientais e seu manancial de fontes de regramento, no fundo, apenas espelha a complexidade de relações e de exigências do próprio ecossistema e de todas as relações que têm influência no domínio ecológico (industriais, tecnológicas, sociais, políticas, etc.).<sup>402</sup>

Poderíamos caracterizar as normas de cunho ambiental, de forma muito ampla mas útil neste momento, através dos seguintes elementos: (i) a multiplicidade de interesses em causa (multilateralidade), imprevisíveis pela norma *a priori*; (ii) a imprevisibilidade (risco/perigo) proveniente dos fenômenos naturais, e também induzida “pela técnica no mundo natural (instabilidade tecnológica)”<sup>403</sup>; (iii) a impossibilidade do direito, como norma, de acompanhar a evolução (dinâmica) científica, ou mesmo de incorporar a incerteza da ciência sobre inúmeras situações relacionadas às questões ambientais. Portanto, não parece possível pretender resumir

---

<sup>399</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, pp.420/421.

<sup>400</sup> GOMES, Carla Amado. *Uma mão cheia de nada, a outra de coisa alguma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade* In GOMES, Carla Amado (coord.). *No ano internacional da biodiversidade – contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade*. Lisboa: ICJP, 2010.p.25.

<sup>401</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.428.

<sup>402</sup> José Eduardo FIGUEIREDO DIAS enquadra as normas ambientais em dois temas principais: a complexidade e a tecnicidade. Segundo o autor, “a poluição e os problemas ambientais, em geral, têm carácter sistémico que torna muito difícil ou impossível determinar o contributo de cada elemento, de cada acção para a degradação ambiental, bem como o ‘isolamento’ do ou dos componentes ambientais afectados e a transferência dos problemas de um para outro: houve degradação da qualidade do ar e/ou poluição aquática? Quais serão as consequências para o solo do enquadramento de determinado curso de água? Em que medida a não valorização e/ou o tratamento não adequado de resíduos vai influir na qualidade do ar e/ou da água? Quais os efeitos da perda de determinada espécie vegetal ou animal nos diversos componentes ambientais e no equilíbrio global do ecossistema? A extrema complexidade dos fenómenos a regular vai-se repercutir, como é bom de ver, nas regras que disciplinam esse mesmo fenómeno, nas autoridades administrativas que pretendem protegê-lo e promovê-lo, nas formas jurídicas com as quais as visa regulamentá-los, nos procedimentos administrativos dirigidos a essa mesma regulamentação – no fundo, em todos os meios, autoridades, formas, regras e demais aspectos que compõem o direito do ambiente”, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.819.

<sup>403</sup> GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.213.

detalhadamente em normas rígidas e estanques esta realidade mutável e imbricada de surpreendentes e diferentes interpretações.

Assim, as normas de cunho ambiental demandam certa flexibilização, uma menor densidade normativa, ou menor determinabilidade<sup>404</sup>, para que cumpram seu objetivo maior que é a efetiva proteção ambiental. A flexibilização se justifica neste âmbito porque de outro modo a norma impede/dificulta a tutela ecológica, engessando padrões de proteção em constante atualização, eternizando técnicas e condutas suscetíveis à dinâmica tecnológica e criando a ilusão de prever os riscos (natural e tecnológico) que são indomáveis à lei.

Portanto, a lógica ambiental modifica o valor da segurança tradicional, retirando-o da predeterminação futurística da norma para colocá-lo na análise situacional da realidade, no presente. Nos dizeres conclusivos de Maria da Glória GARCIA, “(...) a nova forma de agir imposta pela <<questão ecológica>> não descansa na previsibilidade autorizada pela norma, porque distante da imprevisibilidade dos fenómenos ambientais determinantes para o agir – a norma recria a realidade, artificialmente, nos elementos que lhe interessa, enquanto que a <<questão ecológica>> exige um conhecimento da realidade pormenorizado e sem artificialismos”<sup>405</sup>.

Deve-se, assim, valorizar os instrumentos que possuam “elasticidade de ação”, que permitam uma real análise de custos e benefícios de cada conduta (proporcionalidade), a cada espaço de tempo, e que incentivem a troca de informações, atualizando as partes em conhecimentos e diminuindo sua incerteza (ainda que temporariamente). Ou seja, instrumentos que baseados na informalidade (regrada) eliminem a burocracia inútil e diminuam a morosidade das respostas do Estado aos conflitos sociais.

Ademais, a norma ambiental chegou (foi imposta) antes que a consciência ecológica estivesse arraigada nos indivíduos, na sociedade e nos seus órgãos, como o Judiciário, por exemplo. As consequências disto revelam-se no despreparo instantâneo dos sujeitos em cumprir o mandamento ambiental, como manifestação natural de uma não identificação, bem como na dificuldade dos aplicadores do direito em interpretá-lo. Na carona vêm os problemas estruturais do Judiciário e das Administrações Públicas: a falta de conhecimento técnico especializado por parte dos julgadores, a incapacidade dos órgãos judiciais em abarcar a análise de questões

---

<sup>404</sup> Sobre o princípio da determinabilidade da lei, vide: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.213.

<sup>405</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.468.

ambientais complexas e técnicas, em tempo hábil e de forma detalhada, bem como a dificuldade em manter os órgãos estatais com conhecimentos, e equipamentos, atualizados às perícias.

Diante deste cenário deficitário, o poder público perde confiança dos administrados. Deixa de munir-se dos instrumentos corretos e eficazes de intervenção na esfera privada, e redireciona-se na criação de fórmulas alternativas para salvaguardar um mínimo de sua credibilidade<sup>406</sup>, no que se abre espaço para a implementação de mecanismos privados de controle e análise dos riscos que podem afetar o meio ambiente.

A regra passa a ser a cooperação dos agentes públicos com os particulares, dividindo entre estes os custos de atualização técnica (ou de quaisquer conhecimentos, pois presente o intercambio de informações), a disponibilidade de equipamentos e de orçamentos, na difícil tarefa de proteção ecológica.

Estes mecanismos consensuais são palco de escolhas concretas, orientadas por princípios e valores preestabelecidos no ordenamento<sup>407</sup>, é verdade, mas com flexibilidade de determinação da conduta de cada parte, em cada caso, na busca da melhor solução aos conflitos existentes ou em potencial. O que se tem é a relocação do “centro gravitacional” de racionalidade da norma para o momento de decisão, esvaziando a dimensão formal (ou garantística) do direito e inflando a dimensão intencional (ou política), e com isto permitindo o desenvolvimento de uma racionalidade situacional, baseada em princípios (constitucionais, ambientais, etc.), no sistema jurídico como um todo (regulamentos, normativas, circulares, etc.)<sup>408</sup> e no conhecimento especializado.

Com isto também se diminui a chance da norma aplicada de forma equivocada (ou porque prevê condutas que se mostrem lesivas ao ambiente, ou porque interpretada de forma errada) gerar riscos aos direitos das partes, de terceiros, e ao próprio ambiente.

No que toca à técnica de tipificação dos delitos ecológicos, ensina Paulo de SOUSA MENDES<sup>409</sup> que “a inclusão da Natureza no horizonte da responsabilidade implica a fundação de

---

<sup>406</sup> SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo (...) op.cit.*, pp.65/66.

<sup>407</sup> “A diminuição da densidade normativa permite à Administração Pública, de um lado, proceder a escolhas concretas orientada por objetivos e valores definidos na lei de atribuição de competências e, de outro, ponderar os interesses em presença – por apelo ao princípio da proporcionalidade, entre outros -, muitas vezes em virtude do uso de novos instrumentos jurídicos, como os planos ambientais ou os estudos de impacte ambiental, os acordos de adaptação e de promoção ambiental”, vide: Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.461.

<sup>408</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.460.

<sup>409</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente? (...) op. cit.*, p.93. E no mesmo sentido, Cornelius PRITTWITZ diz: “*En primer lugar, mantengo que el Derecho Penal, dentro del grupo de malos*

novos modelos de responsabilização. Naquele domínio que nos interessa (a saber: o direito penal), a complexidade deste desafio e a impreparação do direito penal para dar conta dele constituem um acasalamento sumamente infeliz de problemas”.

Dentre as dificuldades destacadas pelo autor, está uma tendência legislativa de utilizar o direito penal como instrumento de proteção contra ameaças ao meio ambiente, não enquanto um instrumento de prevenção de perigos determinados e isolados, “mas antes como enquanto prevenção de riscos empiricamente catalogados (...) Esta perspectiva implica fazer recuar o limiar do perigo relevante muito para aquém do habitual limiar dos perigos adivinháveis a olho nu, fazendo soar o alarme do direito penal logo à conta de criação de riscos difusos”<sup>410</sup>. Dogmaticamente, significa que é comum, no caso do direito penal ambiental, o recurso aos delitos de perigo abstrato, nos quais o potencial de risco ainda não é conhecido, mas por prudência devem ser tutelados, dada à gravidade que a concretização dos danos pode assumir.

Esta técnica de tipificação não cabe em elementos rígidos normativos, com o que as normas penais tendem a assumir o caráter de normas penais em branco, caracterizadas pela indefinição de das condutas constitutivas dos delitos, ou apenas oferecem superficiais características, remetendo a sua configuração ao que estabelece o direito administrativo e as disposições de caráter geral protetivas do meio ambiente atinentes a setores específicos, inclusive provenientes do setor privado (como veremos na segunda parte deste capítulo).

Neste contexto, os programas de *criminal* compliance aparecem como uma alternativa à minimização da falta de credibilidade das normas ambientais, resultado do descompasso entre a explosão de leis e regulamentos e a necessária conscientização verde.<sup>411</sup> Como formas de aliviar a falta de tecnicidade dos julgadores e dos agentes da Administração Pública, encaminham a

---

*candidatos en el marco del Derecho, en realidad es el peor candidato para los problemas de la sociedad del riesgo*”, vide: PRITTWITZ, Cornelius. *La function del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo (...)* *op.cit.*, p.422.

<sup>410</sup> MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente? (...)* *op. cit.*, p.93.

<sup>411</sup> No pouco tempo que medeou entre a identificação da << questão ecológica >> pelos cientistas e o surgimento de normas ambientais era difícil formar na sociedade, o lastro cultural indispensável à conformação de uma justiça ambiental que permitisse a realização do direito através da norma ambiental. Ademais porque esse lastro cultural, onde os equilíbrios da justiça se moldam, exige um pensamento aprofundado, auto-reflexivo, demorado, do eu-pessoa para com o eu-comunidade, entendido em termos muito amplos, através do tempo e do espaço, um pensamento que se lhe desenvolve em dever de agir, racional e afectivamente. Ora o tempo para esta maturação, dos filósofos e da comunidade em geral, faltou. A consequência foi a surpresa, e mesmo estupação, com que a norma ambiental foi recebida. O direito ambiental estadual antecedeu a justiça ambiental e, com isso, dissociou-se dela. Sem conteúdo valorativo, a lei volve-se em pura forma, perde autoridade, passa a ser força. A dimensão formal do direito esconde, aqui também, a dimensão intencional”, vide: Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...)* *op.cit.*, p.407.

decisão de muitos conflitos aos próprios sujeitos da iniciativa privada que, em colaboração com os agentes públicos, chegam a melhores soluções.

Não se trata de eliminar as normas jurídicas do âmbito de proteção ambiental e nem mesmo que o Estado deixe ao debate situacional privado toda a tutela do ambiente. Ainda pelo contrário, “(...) a conclusão a que chegamos não contraria, antes impõe, uma acção policial do Estado, atenta e enérgica, perante quem prevarica e incumprir normas, dele exigindo também acção exemplar, porque só assim o Estado se realiza como Estado de Direito”.<sup>412</sup>

A percepção de que os défices de aplicação das normas ambientais são sérios em função das características acima abordadas, da falta de meios, do despreparo dos instrumentos de regulação eleitos, e, especialmente, pela falta de consciência ambiental dos próprios encarregados de fazer cumprir a norma, exige a busca por novos instrumentos que contradigam uma tendência de piora do cenário ecológico. Neste contexto, inserem-se as novas correntes de desregulação e de participação dos privados nas atividades públicas.<sup>413</sup>

É claro que também as modificações sociais influenciaram nos padrões de resolução de conflitos e na forma como o Estado deve hoje responder às pretensões que lhe são encaminhadas. Os contornos atuais da sociedade (decodificada em processos líquidos, de fluidez, expressa em possibilidades e não mais em certezas – numa concepção *baumaniana* de relações líquidas<sup>414</sup>), e a própria globalização dos mercados e das tecnologias, são sopros em diversos sentidos que condicionam novas prestações pelos agentes públicos e pelos particulares também. Novas formas de conduzir antigas atividades, bem como novas maneiras de participação dos indivíduos na atividade estatal<sup>415</sup>, o que no caso dos programas de *compliance* ocorre pela troca de informações e pelo redirecionamento aos particulares do controle e da minimização de riscos.

---

<sup>412</sup> Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.484.

<sup>413</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...) op.cit.*, p.342.

<sup>414</sup> Referência ao trabalho do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, responsável pelos conceitos de modernidade líquida, amor líquido, modernidade-líquida. Vide, como exemplo: BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; e BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008; BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

<sup>415</sup> Neste sentido, a exaltação por parte de Jordi JARIA I MAZANO da democracia como via procedimental na tomada de decisões e no controle de seus resultados, não mais só por uma parte do Poder Público, ou seja, pelo Estado, mas sim por este e pelos indivíduos que o compõe: “(...) en este sentido, la democracia constituye el cómo de la decisión sobre el uso legítimo de los recursos y el riesgo que la sociedad asume para lograr un determinado grado de bienestar. Se trata de una socialización de las decisiones que suponen la creación de un riesgo ambiental, de modo que antes lo que dependía, en muchas ocasiones, de decisiones individuales de sujetos privados con título legítimo o de decisiones unilaterales del poder político se somete a un control democrático”, vide: JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público (...) op.cit.*, p.49.

Para Jordi JARIA I MANZANO, estes fenômenos de cooperação têm espaço destacado, segundo diz “*en el marco del Estado social, la democracia se transforma y se profundiza a través de su vertiente participativa, que debe convertirse en el modo de tener en cuenta la complejidad social ante la poca flexibilidad de la pura aritmética de mayorías y minorías, propia de los instrumentos tradicionales, sean de democracia directa, sean a través de la representación política*”.<sup>416</sup>

Lembra o autor que este princípio (da cooperação) fundamenta aquelas medidas alternativas à estratégia tradicional de “*command and control*”, (administração onisciente e onipresente, ditadora do substrato do interesse coletivo, como dissemos acima), e, assim, seriam medidas destinadas a “*(...) acercar las decisiones a los actores implicados para garantizar tanto su legitimidad como su eficacia*”<sup>417</sup>.

Mediante a incorporação em regulamentos setoriais de deveres especiais de denúncia, de investigação, de controle de riscos (como é no caso de mercado de valores, dos carteis, do direito dos produtos alimentícios, do direito farmacêutico, do direito de proteção de dados, e do direito ambiental, por exemplo), é possível compensar o déficit dos sistemas de regulação, mas também se abre a chance de que surjam problemas de colisão entre os distintos sistemas de regulação público e privado.

Como vimos no ponto anterior, há um repasse de funções públicas para os agentes privados, especialmente empresas, com o que a colaboração dos cidadãos com a gestão ambiental mostra-se o resultado mais evidente deste fenômeno. São estimuladas medidas de cooperação entre sujeitos públicos e privados, de forma a diminuir as falhas neste setor. Evidencia-se que a Administração sozinha não tem condições de deter a destruição ambiental, sendo indispensável um atuar dos cidadãos e das empresas na tutela ecológica.

Como resultado destes novos movimentos, impõem-se uma mudança na formulação dos instrumentos de proteção ambiental e a aparição de novos instrumentos nos quais a participação privada (de indivíduos e, especialmente, empresas) tenha uma maior incidência, como é o caso dos programas de *compliance*.

De todo o dito, estamos com José ESTEVE PARDO na conclusão precisa de que somente um autismo desconhecedor da realidade, da configuração de sistemas autorreferenciais e da quase

---

<sup>416</sup> JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público (...)* op.cit., p.251.

<sup>417</sup> JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público (...)* op.cit., p.254.

nula penetração da norma jurídica e dos poderes públicos nos setores especializados, podemos seguir mantendo a pretensão de um domínio total do direito em toda a sociedade.<sup>418</sup>

### 3.2. EFLUENTES DA IMPLEMENTAÇÃO DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Uma vez implementados os programas de *criminal compliance* como mecanismos de controle e prevenção de riscos e de fomento de relações éticas na empresa, é evidente que as consequências para além dos limites da organização são muitas. Entretanto, como o ponto de corte deste estudo é a confluência entre estes programas e a proteção ambiental, delimitou-se apenas alguns dos efluentes que correlacionam ambos elementos, sendo estes: (i) a privatização do processo penal a partir da utilização destes mecanismos de *criminal compliance*; (ii) o desenvolvimento de standartes e de técnicas de normalização das atividades industriais cujos riscos gerados podem afetar ao meio ambiente e, neste sentido, a questionável determinação, por entes privados, dos limites do risco penalmente permitido; e (iii), por último, a possibilidade de utilização das empresas como meios de disseminação da conscientização ambiental, a partir do que mostrar-se-ia legítimo e desejável o incentivo legislativo e da Administração Pública à adoção pelos particulares destes programas de *criminal compliance*.

#### 3.2.1. PRIVATIZAÇÃO DO CONTROLE DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL, DO PROCESSO PENAL E DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Na doutrina que trata sobre os programas de *criminal compliance* é recorrente a denúncia de que uma das consequências da sua implementação no bojo das organizações seria a chamada privatização do processo penal e das investigações criminais, o que pode significar tanto uma boa quanto uma má estratégia de controle da criminalidade empresarial, na perspectiva das garantias do devido processo penal.

O envolvimento estatal no controle das atividades empresarias é marcado, ao longo do tempo, por uma série de insucessos. Como diz William LAUFER, “(...) *history reflects a poorly*

---

<sup>418</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.*, p.169.

*choreographed dance between the assertion of governmental power and the interests of the business community*”.<sup>419</sup> No âmbito do direito penal econômico<sup>420</sup>, é o que se reflete na opção político-criminal de penalização de entes coletivos, cujo objetivo maior, segundo NIETO MARTÍN, seria justamente a motivação das empresas, pela ameaça da persecução criminal, a adotarem medidas de autogestão, de autorganização e de autocontrole, num conjunto de ações que pudesse evitar condutas delituosas<sup>421</sup>. O objetivo maior deste intervencionismo estatal na esfera de responsabilidades penais<sup>422</sup>, portanto, seria convencer as empresas a não adotarem e nem tolerarem, no decurso das suas atividades normais, condutas contrárias ao direito penal.

Contudo, passado mais de um século de aplicação pelos tribunais americanos deste instituto incriminador<sup>423</sup>, e mesmo diante da sua recepção em vários ordenamentos europeus e na América Latina<sup>424</sup>, ainda não podemos traçar uma relação segura e lógica entre a criminalização dos entes coletivos e a diminuição de delitos cometidos através das empresas. É dizermos com William LAUFER que, depois de tanto tempo, “*so little changes*”<sup>425</sup>.

A criminalidade econômica-empresarial, ao contrário, tem-se mostrado cada vez mais densa, complexa, engenhosa, enraizando-se desde os altos escalões das organizações até os sujeitos mais remotos na cadeia de produção (fornecedores, despachantes, produtores rurais, etc.), sem que o direito penal se mostre capaz de contê-la e, ousamos dizer, nem mesmo de minimizá-la. A sofisticação e o alcance dos crimes econômico-empresariais simplesmente acompanhou um

---

<sup>419</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...)* op. cit., p.7.

<sup>420</sup> “*Las primeras manifestaciones modernas del derecho penal económico se remontan a la intervención del Estado en la economía en el tiempo de entreguerras del siglo XX, justificada, en parte, por la existencia de un estado de crisis producido por la Primera Guerra Mundial y, en parte, sobre la base del principio del Estado social introducido en el nuevo constitucionalismo*”, vide: BACILALUPO, *Compliance y derecho penal (...)* op.cit., p.29.

<sup>421</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., p.215.

<sup>422</sup> “*Expresada elementalmente, la cuestión es la siguiente. Para el intervencionismo la forma más correcta para controlar el comportamiento de las sociedades es la norma jurídica, acompañada de la intervención de la administración a través de agencias muy inquisitivas con amplios poderes normativos, de investigación y sanción. Esta estrategia confía en que imponiendo una consecuencia jurídica desfavorable a una empresa, ésta modificará su organización y con ello su comportamiento en el sentido deseado. Para el intervencionismo no representa ningún tabú regular cómo debe organizarse internamente la empresa*”, vide: NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)* op. cit., p.219.

<sup>423</sup> *N.Y. Cent&Hudson R.R. v. United States, 212 U.S 481 (1909)*.

<sup>424</sup> Apenas para citarmos alguns exemplos: Artigo 11, Código Penal Português; Artigo121-1 Código Penal Francês; artigo 33, Código Penal Esloveno; Lei 29/9/00, nº. 300; artigo. 129, Código Penal Espanhol; Parágrafo 1º da OWiG; artigo 5 (Lei 4/5/99, na Bélgica; §25, na Dinamarca; Cap. 5, §8, na Finlândia; Capítulo 36,§7, na Suécia; artigo 102 (Lei 16/12/02), na Suíça; artigo15 da WED (Lei de fatos econômicos puníveis, de 1950), na Holanda; Lei 23/12/05, na Áustria; Lei 20.393 de 2009, Chile; artigo 3º da Lei 9.605/98, no Brasil.

<sup>425</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...)* op. cit., p.5.

processo geral de “modernização” e de aumento da complexidade das estruturas de organização empresarial, sejam lícitas ou ilícitas.

É neste cenário que a possibilidade de responsabilização criminal de entes coletivos, tendo com objetivo incentivar as empresas a melhorarem seus processos de autorregulação, dá ensejo ao surgimento de medidas de gestão, organização e controle que busquem evitar o cometimento de crimes e/ou cooperar com a Administração da Justiça no seu descobrimento.<sup>426</sup>

A autorregulação pelas empresas surge, assim, como uma luz neste desalumiado túnel de incriminações sem resultados práticos de proteção dos bens jurídicos, pois ninguém melhor para prever/prevenir, investigar e até sancionar os responsáveis pelos crimes cometidos dentro e/ou através das empresas do que elas próprias, em cooperação com as autoridades públicas.

Apesar deste panorama pessimista, mesmo aqueles fervorosos defensores da impossibilidade e/ou desnecessidade de responsabilização criminal dos entes coletivos não têm o postulado de simplesmente virar as costas a esta realidade jurídica: a responsabilidade penal das empresas espalhou-se pelas leis, pela doutrina e pela jurisprudência, mundo afora. A falência – previsível por alguns – deste método de controle da criminalidade fez com que surgisse a alternativa dos próprios entes ditarem suas regras, tornando mais realistas os deveres de cuidado que deveriam assumir.

A partir destes instrumentos, o controle da criminalidade seria feito pela sujeição das empresas a responsabilidades de *enforcement* das regras jurídicas (tanto de direito penal como de outras naturezas, como a ambiental).<sup>427</sup> Como resultado, é identificado pela doutrina um fenômeno de privatização do controle da criminalidade empresarial<sup>428</sup>, tanto no âmbito da função de prevenção quanto na tarefa de detecção de irregularidades.

No caso dos programas de *criminal compliance*, em clara manifestação da autorregulação (voluntária ou vinculada, a depender da atividade exercida pelas organizações), mostra-se evidente esta privatização. Quando da realização de investigações internas pelas empresas, por exemplo, ou de mecanismos internos de sanção. Nos dois casos, há um nítido repasse de parte – e sempre de parte – do *ius puniendi* do setor público para o privado. A partir da legitimação de investigações e de sanções privadas ocorre uma equiparação funcional entre o processo penal e as

---

<sup>426</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (...) op. cit.*, p.215.

<sup>427</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.273.

<sup>428</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica (...) op. cit.*, p.103.

investigações internas<sup>429</sup>, uma privatização da prevenção de delitos e da obtenção da verdade. Este deslocamento do público para o privado, ainda que sob a fiscalização pública, traz duas consequências paradoxais: se por um lado estimula o efetivo cumprimento da lei, por outro, pode servir de fachada justamente à sua quebra, sob o manto da colaboração das empresas com a Administração da Justiça.

Todavia, esta colaboração também traz vantagens tanto para a empresa quanto para o Estado. Para além da diminuição de gastos com as investigações pelos cofres públicos, ao Estado é permitido adentrar nas estruturas empresariais, esclarecendo fatos suspeitos de forma mais direta e eficiente do que teria condições através do seu aparelho público investigativo. À empresa, apesar do alto custo na implementação destas investigações e destes sistemas de sanção, são reservados muitos incentivos: a melhora de sua imagem através de processos de “autolimpeza”, o direcionamento de investigações externa de modo que se conclua pela exclusão da responsabilização da empresa ou, no mínimo, pela atenuação das penas, a opção pela colaboração com as autoridades públicas como estratégia de defesa processual<sup>430</sup>, e neste caso, é tendência que com a opção pela colaboração, o tempo da investigação pública seja mais curto e, assim, os eventuais danos reputacionais tendem a ser menores.<sup>431</sup>

Ainda, esta força auxiliar do aparato público penal sancionador implica um fomento da finalidade geral preventiva da pena, pois os membros da empresa, conscientes das sanções que lhes podem ser aplicadas, tendem a prestar atenção e tomar mais cuidado para que a norma penal seja cumprida.<sup>432</sup>

---

<sup>429</sup> MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa (...) op. cit.*, p.488.

<sup>430</sup> No conhecido caso Siemens, as investigações internas implementadas após o conhecimento pelos administradores e diretores de investigações públicas e a colaboração da companhia com as Autoridades Públicas no fornecimento de informações provenientes destas investigações foram amplamente valoradas no momento da determinação das penas impostas. Uma multa inicial que era calculada em bilhões foi acordada em aproximadamente 395 milhões de euros com as autoridades alemãs e em seiscentos milhões de dólares com a SEC – *Securities and Exchange Commission* – e o departamento de justiça americano.

<sup>431</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas (...) op. cit.*, p.294.

<sup>432</sup> “*Lo Stato trae innegabile beneficio dall'intervento di questo nuovo alleato; la funzione general preventiva della pena risulta sanz'altro valorizzata: è molto probabile che gli impiegati, consapevoli dei rischi che corrono in caso di reato, cerchino di adeguare il più possibile i loro comportamenti alle linee programmatiche applicate nell'impresa. Sulpiano meramente materiale, si perviene poi ad una consistente riduzione dei costi connessi alla messa in moto della macchina della giustizia penale*”, DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato (...) op. cit.*, p.130.

Isto determina, sem dúvidas, um novo arranjo da teoria e das práticas político-criminais no que toca ao controle da criminalidade<sup>433</sup>, “(...) *entre otras cosas porque tampoco se ven mejores alternativas. Por ello, la integración de los programas de compliance y de la regulación probada en el sistema jurídico estatal constituyen el planteamiento actualmente más interesante para la prevención de la criminalidad económica*”.<sup>434</sup>

Dito isto, a privatização de funções como a prevenção de crimes e a detecção das fontes dos danos/perigos e de seus responsáveis parece ir ao encontro da maior tutela ambiental. É o que concluímos levando em consideração a conhecida dificuldade das autoridades fiscalizadoras em adentrar às estruturas empresariais, e, assim, identificar danos ao ambiente e correspondentes responsáveis, e que são as empresas que investem em técnicas setorizadas e, portanto, que detém o conhecimento sobre os potenciais e reais riscos originários da sua atividades, bem como as técnicas para a sua minimização, e, eventualmente, para a sua prevenção total.

Ademais, embora a contravenção à norma seja facilmente acessível ao conhecimento médio dos agentes públicos, a identificação e a comprovação de riscos tecnológicos requer um conhecimento especializado que tende a estar, como dissemos tantas vezes, nos setores privados especializados, extramuros, assim, dos órgãos e instâncias destinados a resolver os conflitos causados em função destes riscos.<sup>435</sup>

Contudo, é evidente que a participação de instancias privadas nestes âmbitos deve sujeitar-se a concretos e rigorosos limites que imponham racionalidade, objetividade e transparências dos métodos de autorregulação, como é o caso dos programas de *criminal compliance*. É indispensável que as organizações dispostas à adoção destas práticas voluntárias de investigação, sanção e de prevenção de crimes ambientais sejam devidamente auditada (internamente e, especialmente, por empresas terceirizadas independentes) e fiscalizadas (pelo poder público), pois é possível que a implementação destes instrumentos, aqui ilustrados pelos programas de *criminal compliance*, sejam apenas um artifício de transferência de responsabilidade que caberia à organização para pessoas físicas envolvidas na atividade empresarial (funcionários, por exemplo), e que ou por desconhecimento ou em troca de algum ganho (dinheiro, por exemplo),

---

<sup>433</sup> Também neste sentido, Philip WELLNER diz: “*the purpose of the compliance program sentence downgrade structure is to provide corporations with an incentive to self-police, thereby alleviating some of the regulatory burden of crime deterrence from the state*”, vide: WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution (...) op. cit.*, p.498.

<sup>434</sup> SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica (...) op. cit.*, p.108.

<sup>435</sup> RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria (...) op.cit.*, p.12.

aceitem a posição de culpados, para proteger a reputação da empresa, enquanto seus dirigentes e administradores têm absoluta consciência das práticas agressivas, tolerando-as ou, pior, incentivando-as.

### 3.2.2. DESENVOLVIMENTO DE TÉCNICAS E ESTÂNDARES DE NORMALIZAÇÃO: O RISCO PERMITIDO EM DIREITO PENAL

Outra consequência da implementação de programas de *criminal compliance* é o desenvolvimento pelo setor privado, a partir da autorregulação, de melhores técnicas de gestão de riscos e de padrões de conduta mais eficientes na sua prevenção e minimização, diante da impossibilidade das normas jurídicas abarcarem a complexidade técnica que diversos setores específicos exigem.

Estas regras podem acabar por servir de padrões de normalização de práticas empresariais/industriais, prevenindo condutas equivocadas por outras organizações cuja atividade seja semelhante ou idêntica. Nota-se que esta consequência é muito mais um resultado direto do fenômeno da autorregulação do que propriamente uma consequência da implementação dos programas de *compliance*.

Contudo, parece-nos importante a referência, pois quando o próprio ordenamento jurídico faz remissão a estas regras produzidas pelo setor privado, num verdadeiro “salto qualitativo”<sup>436</sup>, acaba por influenciar diretamente os padrões de proteção do meio ambiente e o conteúdo do risco permitido em direito penal.

O avanço da ciência e da tecnologia, como já tivemos oportunidade de dizer, traz novos riscos em relação aos quais o legislador muitas vezes está atrasado em termos de conhecimentos e de instrumentos jurídicos de controle e prevenção e, assim, atrapalha-se na delimitação dos riscos permitidos ou dos deveres de cuidado que devem ser tomados em cada caso concreto. Em situações como esta, os setores especializados entram em cena, assumindo, através da autorregulação, a função de delimitar regras técnicas e procedimentais que resultem em padrões aceitáveis de risco, preenchendo, ainda, o conteúdo destes deveres de cuidado e de garantia.

---

<sup>436</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos*. Navarra: Arazandi, 2002.p.120.

Segundo GONZÁLEZ FRANCO, SCHEMMEL e BLUMENBERG<sup>437</sup>, esta seria mesmo a essência da autorregulação: deixar ao próprio sujeito a busca pela regra mais eficaz. O que serviria de lógica também à padronização de condutas. Para os autores, neste processo de padronização (criar padrões de conduta) e de normalização (elaborar, difundir e aplicar normas)<sup>438</sup>, juízes, fiscais e reguladores têm de estabelecer uma densa comunicação com os particulares, tanto para delimitar os requisitos que caracterizam como efetivos os programas de *compliance*, quanto para designar sob que pressupostos as empresas estão autorizadas a realizar investigações internas e a aplicar sanções por elas mesmas previstas.

No que toca ao âmbito ecológico, estes processos de padronização pela iniciativa privada são extremamente comuns, e mostram-se nos parâmetros técnicos de consumo de água e de energia, nos níveis permitidos de substâncias perigosas na água, no solo, no ar, nos produtos, nas plantações, etc. As normas de padronização, em verdade, são guias que indicam como estabelecer e como melhorar os sistemas de gestão adotados pelas empresas.

Neste ponto, é importante lembrarmos que os programas de *compliance* não são sinônimos dos programas de gestão empresarial, pois enquanto estes destinam-se ao funcionamento cotidiano da empresa no desenvolvimento de sua atividade, aqueles são implementados para criar garantias de que esta organização, regida pelas suas regras, não será e nem aparentará ser uma fonte de riscos para bens juridicamente tutelados. Aliás, como afirma Teresa QUINTELA DE BRITO, “*uma pessoa jurídica poderá estar perfeitamente organizada, sem criar riscos para bens jurídicos, apesar da ausência de um programa de cumprimento do Direito ou de um código de ética*”<sup>439</sup>.

Contudo, os programas de gestão acabam por oferecer guias sobre os requisitos específicos que os programas de *compliance* daquela empresa deverão incorporar aos requisitos essenciais (como tratamos nos capítulos anteriores) para que, enfim, sejam considerados efetivos. Especialmente em se tratando de riscos ao meio ambiente, em função da complexidade e tecnicidade que reclamam.

---

<sup>437</sup> GONZÁLEZ FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección (...) op.cit.*, p.163.

<sup>438</sup> A normalização seria, resumidamente, “(...) *la actividad que tiene por objeto establecer, ante problemas reales o potenciales, disposiciones destinadas a usos comunes y repetidos, con el fin de obtener un nivel de ordenamiento óptimo en un contexto dado, que puede ser tecnológico, político o económico*”, vide: TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (adaptado al EEEs)*.2.ed.Madrid: Tecnos, 2015.p.134.

<sup>439</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...) op. cit.*, p.80.

Em matéria ambiental, estes sistemas têm origem na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento celebrada no Rio de Janeiro, em 1992<sup>440</sup>, e fazem parte da gestão ambiental, que, na perspectiva do direito administrativo, é atividade instrumental à política ambiental, ou seja, trata-se de uma ferramenta de aplicação na empresa e pela empresa dos princípios que regem a conduta empresarial, em função da proteção do meio ambiente, através de técnicas ou instrumentos de gestão, dentre os quais encontram-se as ecoauditoriais e as certificações<sup>441</sup>.

A gestão ambiental, como manifestação evidente do fenômeno de autorregulação, corresponderia à implementação voluntária pela empresa de padrões de produção e de organização da sua atividade, portanto, corresponderia à adesão a padrões técnicos (estipulados em normas técnicas) cujo objetivo é dar maior credibilidade e competitividade à empresa.

Efetivamente, é a partir do surgimento das normas técnicas internacionais que começamos a falar na implementação de sistemas empresariais de gestão ambiental<sup>442</sup>. É o caso das normas ISO<sup>443</sup>, elaboradas pela Organização Mundial de Normatização, que é um organismo internacional não governamental com significativo reconhecimento. Depois do êxito atingido pela Normativa ISO 9000, relacionada aos sistemas de gestão de qualidade, foi publicada em 1996<sup>444</sup> a Norma ISO 14001, contendo diretrizes para a implementação de sistemas de gestão ambiental em qualquer tipo organização, na busca de um equilíbrio entre a rentabilidade e o impacto ecológico causado pela atividade.<sup>445</sup>

Estes padrões servem como base às certificações de sistemas de gestão (auditorias ou certificadoras) ou dos produtos e serviços (através dos selos ambientais, por exemplo)<sup>446</sup>,

---

<sup>440</sup> “(...) cuándo se encomienda a la Organización Internacional de Estandarización (ISO) que desarrolle un esquema normativo que permita a las organizaciones desarrollar, implantar y certificar un Sistema de Gestión cuyo objeto fuera la mejora continua de su desempeño ambiental mediante un sistema que fuera certificable (visible) de forma similar al esquema de los Sistemas de Gestión de la Calidad (ISO 9000)”, vide: TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (...) op.cit.*, p.155.

<sup>441</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.208.

<sup>442</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.214.

<sup>443</sup> O vocábulo “iso” significa em grego “igual”, sendo adequado para esta organização que prevê, em linhas gerais, a estandardização a nível internacional.

<sup>444</sup> Com influência direta da Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida em 1992 no Rio de Janeiro, denominada ECO92.

<sup>445</sup> CASANOVA YSLA, Alain. *Legal Compliance – Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Madrid: Difusión Jurídica, 2012.p.132.

<sup>446</sup> CASANOVA YSLA, Alain. *Legal Compliance – Principios de Cumplimiento (...) op.cit.*, p.132.

enquanto as normas jurídicas tendem a se concentrar em aspectos exclusivamente procedimentais.

As normas técnicas<sup>447</sup>, por sua vez, subdividem-se em normas de qualidade e normas de segurança. A aceitação das normas de qualidade é sempre voluntária, tendo a empresa como objetivo ter seus produtos e serviços reconhecidos como de qualidade, e sendo o mercado o verdadeiro termômetro dos efeitos deste reconhecimento. Juridicamente, portanto, não são normas vinculantes, sendo verdade que os agentes que operam num determinado nicho de mercado tendem a dar mais valor para as empresas que se submetem a estes padrões de qualidade.

Ao contrário das normas de qualidade que têm implicância significativa na concorrência das empresas e na sua imagem perante o mercado, as normas técnicas de segurança devem ser assumidas pelo ordenamento jurídico para que gozem de legitimidade: *“puesto que el mantenimiento de la seguridad es una función en la que están implicados los poderes públicos, las normas técnicas de seguridad suelen ser asumidas por el ordenamiento jurídico”*<sup>448</sup>. Como consequência, as normas de segurança adquirem a condição de normas jurídicas, sendo, então, obrigatórias.

Deverá a remissão no ordenamento jurídico<sup>449</sup> a estas normas de segurança ser precisa, expressa, identificando claramente a norma que está sendo referida, inclusive porque *“las normas*

---

<sup>447</sup> *“El catálogo de fines incluidos en las especificaciones técnicas que integran una norma técnica ha sufrido una notable ampliación. Por retomar sólo algunos de los ejemplos que ya hemos analizado, las normas técnicas regulan los procedimientos que debe seguir una empresa en la elaboración de un producto o las especificaciones que debe contener dicho producto (normas técnicas de producción); las indicaciones para gestionar una empresa con el objeto de minimizar los riesgos ambientales y los controles que deben realizarse para conseguir este fin (normas técnicas reguladoras de ecogestión y ecoauditoria); o, incluso, los requisitos necesarios para ejercer una profesión (normas técnicas de acreditación)”*, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.354.

<sup>448</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal (...) op. cit.*, p.215.

<sup>449</sup> Esta remissão poderá ocorrer sob três modalidades diferentes. A primeira (i) é a remissão estática, caracterizada quando uma norma jurídica remete a uma norma técnica determinada com o mesmo teor que esta norma tem, naquele momento. Não é possível, desta forma, que o conteúdo a que a norma jurídica refere-se seja alterado, ainda que a norma técnica mude. Por sua vez, a remissão dinâmica (ii) ocorre quando a norma jurídica faz referência a uma norma técnica, mas não só ao seu conteúdo naquele exato momento, e sim admitindo que também as modificações e adaptações serão abarcadas pelo ordenamento. Diante destas características, a remissão dinâmica em sentido estrito, aberta a modificações ulteriores à sua remissão, na norma jurídica, não seria admissível como forma de incorporação ao ordenamento jurídico, sem prejuízo algum de ter outros efeitos. Por último, há a remissão genérica ao “estado da técnica” (iii), que é quando a norma jurídica refere a necessidade de que a empresa/instalação ou atividade esteja constantemente adaptada às “melhores técnicas disponíveis”. Na definição do que sejam as melhores técnicas disponíveis, as normas técnicas desempenham um importante papel, especialmente porque são revisadas

*técnicas en materia de seguridad son las que acaban precisando la frontera del riesgo permitido”*.<sup>450</sup>

Entre uma (normas técnicas) e outra (normas de segurança), podem haver normas híbridas, que estando a meio caminho entre a autorregulação e a regulação pública, incentivam a elaboração/adoção de regras e padrões de conduta pelos particulares, mas com respaldo, incentivo e fiscalização do poder público. É o caso, na comunidade europeia, do sistema EMAS – *Eco-Management Audit Scheme*, considerado, nas palavras de José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, uma das mais bem sucedidas experiências de adoção de práticas de gestão e de auditoria em termos ambientais.

Sua formulação originária no regulamento CEE 1836/1993, de 29 de junho de 1993, teve conformação legal no regulamento CE 1221/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro, que revogou o Regulamento 761/2001, de 19 de março.<sup>451 452</sup> É permitido às organizações que tenham nos seus produtos e serviços o selo EMAS<sup>453</sup>, conferindo credibilidade às informações prestadas ao público de modo geral, desde que cumpram os padrões preestabelecidos, que implementem sistemas de gestão ambiental, que assumam o compromisso de melhoramento contínuo de suas práticas, e que se submetam a auditorias externas e independentes.<sup>454</sup> Está em causa a implementação de um sistema de gestão ambiental

---

periodicamente, garantindo a sua atualização. Sobre o tema, vide: ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...) op.cit.*, p.134.

<sup>450</sup> ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación - Génesis y Efectos (...) op. cit.*, p.86.

<sup>451</sup> DOCE 168/L, de 10 de julho de 1993, pelo qual as empresas do setor industrial podem aderir, em caráter voluntário, a um sistema comunitário de gestão e de auditorias ambientais. A versão originária modifica-se com o Regulamento CE 761/2001 do Parlamento europeu e do Conselho, de 19 de março de 2001 (DOCE, L 114/2001), chamado EMAS 2, ampliando sua aplicação a todos os setores de atividades econômicas, e não só as indústrias, sem restrições. Este foi modificado pelo Regulamento (CE) 196/2006 e pelo (CE) 1221/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://eur-lex.europa> (acesso: maio/15)

<sup>452</sup> Ilustrativamente, no direito português, o Decreto-Lei 95/2012, de 20 de abril, assegurou a aplicação na ordem jurídica interna do referido regulamento. Sendo a APA (Agência Portuguesa do Ambiente) responsável pelo setor.

<sup>453</sup> A extensão de atividade que podem ser certificadas pelo selo EMAS é enorme. Ilustrativamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) enquanto instituição implementou um sistema de gestão ambiental nos termos do EMAS, estabelecendo o ano de 2010 como o primeiro diagnóstico de emissões de gás com efeito de estufa gerado pelas suas atividades, sendo atualizado nos anos de 2011 e 2012. Estes relatórios, disponíveis em língua francesa, relativos ao balanço carbono, são levados ao conhecimento do público através dos sites: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan\\_carbone\\_cjue\\_diagnostic.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan_carbone_cjue_diagnostic.pdf) e [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan\\_carbone\\_cjue\\_maj.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan_carbone_cjue_maj.pdf) (acesso: maio/15)

<sup>454</sup> Segundo Alain CASANOVA YSLA, são três etapas para que a empresa conquise o logotipo EMAS: (1) o compromisso da alta direção, que deve manifestar sua intenção em manter, adequar e corrigir sua política organizativa de forma que a gestão ambiental esteja incorporada ao máximo; (2) a elaboração de um diagnóstico ambiental que permita identificar as necessidades que o EMAS deverá cobrir; a definição de uma política ambiental dentro da organização, que consiste em uma declaração pública e documentada por parte da direção da empresa sobre suas intenções e princípios em matéria ecológica, servindo para determinar os objetivos e metas da organização

transparente, dirigido da empresa para o público, e focado muito mais nos processos de decisão, de que nos resultados.<sup>455</sup>

O que originalmente era um instrumento privado de gestão ambiental, sem relevância alguma para o poder público, tornou-se com o EMAS um instrumento complementar da gestão pública e, por vezes, até substitutivo<sup>456</sup>, apoiado numa organização administrativa, num procedimento de adesão e em medidas públicas de apoio, com o que “*se combinan, consecuentemente, mediante esta técnica, protección ambiental y gestión empresarial, tutela privada y control público*”.<sup>457</sup> Assim, à diferença da ISO 14001, no caso do EMAS as regras procedimentais estão *a priori* definidas pela Administração Pública, enquanto no primeiro estas regras são voluntárias.

Assim, ao implementar sistemas de gestão ambiental e em função destes obter certificações sérias e fiscalizadas, a empresa demonstra sua credibilidade perante terceiros. A padronização de informações dentro do mesmo setor industrial pode significar um elemento interessante para a consolidação dos efeitos da responsabilidade social empresarial, ao disseminar, entre as empresas do mesmo nicho de especialização, informações determinantes e que facilitem a sua atuação, com a menor produção de riscos e sem que haja prejuízos financeiros/produtivos em função da desinformação.<sup>458</sup>

Para que isto ocorra de forma transparente e em prol da tutela ecológica, é indispensável o papel de agências de reguladoras especializadas. É o caso, nos Estado Unido, da já mencionada *Environment Protection Agency* – EPA –, bem como da Agência Europeia de Meio Ambiente – AEMA. O papel destas agências seria de complementar os padrões de estandarização e de normalização gerados pelo setor privados, assegurando que também o interesse público esteja, de fato, protegido.

---

em função do meio ambiente. Para mais, vide CASANOVA YSLA, Alain. *Legal Compliance – Principios de Cumplimiento (...)* op.cit., pp.134/135.

<sup>455</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...)* op.cit., p.765.

<sup>456</sup> Ilustrativamente, é de se destacar o exemplo da Lei catalã 3/1998, que (artigo 6.2) estabelece que as instalações e algumas atividades descritas no texto, devem ser projetadas, instaladas, controladas e mantidas de acordo com a regulamentação vigente, as instruções da administração competente, e, na ausência de regulamentações ou instruções específicas, devem estar ajustadas às normas técnicas reconhecidas. Nos comentários sobre esta lei de José ESTEVE PARDO está: “*dada la amplitud, variedad y especialización técnica de las actividades a la que esta Ley se aplica, la reglamentación administrativa existente será, es, de hecho, muy limitada, por lo que las normas técnicas serán en la practica las únicas referencias existentes*”, vide: ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...)* op.cit., p.129.

<sup>457</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...)* op.cit., p.347.

<sup>458</sup> PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social (...)* op.cit., p.344.

No caso da EPA, a implementação de programas de *compliance*, a cooperação dos privados com as Autoridades Pública na descoberta e na denúncia de ilícitos ambientais, são mecanismos voluntários expressamente incentivados como medidas de aprimoramento da tutela ecológica. Estes incentivos concretizam-se na redução de multas ao arquivamento de investigações criminais (sob a imposição de requisitos específicos).<sup>459</sup>

É claro que, como referido no primeiro capítulo, também as normas jurídicas determinam requisitos que se revertem em orientações, e exigências, tanto para os sistemas de gestão ambiental quanto para os programas de *compliance*: que seja aplicado o princípio da precaução<sup>460</sup>, por exemplo, no caso de incerteza científica; que sejam realizados estudos de

---

<sup>459</sup> Mais detalhes sobre os incentivos de autorregulação promovidos pela EPA podem ser vistos em: <http://www.epa.gov/osw/hazard/generation/f006/s0012.pdf> (acesso: março/15).

<sup>460</sup> Aqui vale referir que adotamos o mesmo posicionamento de Carla AMADO GOMES segundo o qual a precaução é um mero alargamento da prevenção, pois apenas desliza o momento da decisão administrativa para antes da certeza científica. Este mecanismo de antecipação é especialmente direcionado à proteção de bens “de grande fragilidade como os bens ambientais naturais ou a saúde das pessoas”, vide: GOMES, Carla Amado. *O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime – breve notícia sobre a Lei 19/2006, de Junho*. In *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, v.II. Lisboa: AAFDL, 2008. p.129. Alertando a autora ainda que “a precaução, entendida na sua acepção radical, revela-se tão equívoca e perigosa que deve ser reduzida à sua expressão operativa, de prevenção alargada a riscos e internamente limitada pelos parâmetros de proporcionalidade – aliás, este é o seu significado no modelo alemão de onde é oriunda”, vide: GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador (...) op.cit.*, p.364. No mesmo sentido, Richard POSNER: “*The ‘precautionary principle’ (better safe than sorry) popular in Europe and among Greens generally is not a satisfactory alternative to cost-benefit analysis, if only because of its sponginess – if it is an alternative at all. In its more tempered versions, the principle is indistinguishable from cost-benefit analysis with risk aversion assumed. Risk aversion, as we know, entails that extra weight be given the downside of uncertain prospects. In effective magnifies certain costs, but it does not thereby overthrow cost-benefit analysis, as some advocates of the precautionary principle may believe*”. Vide: POSNER, Richard A. *Catastrophe – risk and response*. New York: Orford University Press, 2004.p.140. E Ludwig KRÄMER: “*Since both principles are, in practice, almost always used together and there is no definition for either of them in th E.C. Treaty, the added legal value of one to the other is not visible; therefore, they should be used synonymously*”, vide: KRÄMER, Ludwig. *E.C. Environmental Law*.4.ed. Londres: Sweet&Maxwell, 2000.p.17. E em sentido contrário, pela independência do princípio precaucional, Philip SANDS: “*The precautionary principle (or precautionary approach, as the US and some others prefer to call it) has been adopted I many international environmental treaties since 1989. Although its precise formulation is not identical in each instrument, the language of Principle 15 of the Rio Declaration attracts broad support (...) The legal status of the precautionary principle thus continues to evolve. There is certainly sufficient evidence of state practice to support the conclusion that the principle, as elaborated in Principle 15 of Rio Declaration and various international conventions, has now received sufficiently broad support to allow a strong argument to be made that it reflects a achieved customary law, and that within the context of European Union it has now achieved customary status, without prejudice to the precise consequences of its application in any given case. Although the ICJ and the WTO panel have declined to state that the principle has a customary international law status, the ITLOS Seabed Disputes Chamber has, in effect, reached that conclusion. The reluctance to embrace a clear view is no doubt informed by doubts and differences as to what the practical consequences of the precautionary principle or approach will be in a particular field or in a specific case. At the very least, precaution contributes to the interpretation of international instruments in manner that will contribute to the protection of the environment in cases of scientific uncertainty as to the impact of a particular activity*”, vide: SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*.3.ed.New York: Cambridge University Press, 2012.p.228. E, ainda: «*En droit, et plus précisément en droit de l’environnement, c’est à travers le principe de précaution que l’irréversibilité apparaît*».

impacto ambiental, quando a execução de projetos possa causar impactos significativos no meio ambiente, etc.

A implementação da gestão ambiental mostra-se, assim, como prática significativa quando há o interesse dos empresários, ou uma pressão mercadológica ou mesmo setorial, no sentido de aprimoramento da qualidade e da segurança de seus produtos, serviços e procedimentos. Estas práticas contribuem à prevenção e ao controle dos riscos de dano ao meio ambiente, produzidos pela atividade empresarial e servem de estímulo à constante melhora das técnicas utilizadas pela indústria.

Uma vez instalado o programa de gestão voltado ao estabelecimento de regras, funções, procedimentos, políticas, objetivos e metas destinados à proteção ambiental no desenvolvimento diário da atividade econômica<sup>461</sup>, poderá a empresa optar pela implementação, também voluntária, de um programa de criminal *compliance*, cujo objetivo será a criação de garantias de que esta organização não gerará riscos para o meio ambiente, na sua perspectiva de bem jurídico-penal e, mais, de que a empresa não será tolerante e nem facilitará práticas ilícitas no decurso da sua atividade.

As leis que regulam a questão ambiental tendem a oferecer princípios gerais de aplicação, objetivos de proteção, a delimitar conceitos e a determinar procedimentos. Contudo, o substrato material desta tutela jurídica de setores muito específicos demanda um componente técnico preponderante, encontrado na maioria das vezes em normas não regulamentares, mas de cunho técnico – normas técnicas. Estas disposições são, em regra, elaboradas por organizações privadas que reúnem conglomerados profissionais e indústrias na busca de padrões técnicos comuns, em função da qualidade e segurança dos produtos e serviços, instalações e procedimentos industriais.

Também são setores privados reconhecidamente com alto conhecimento técnico que têm aptidão para preencher o conteúdo da “melhor tecnologia disponível”. A definição de qual será, para cada caso concreto, esta tecnologia depende do teor das normas técnicas mais atualizadas ou dos documentos preparatórios para a elaboração destas normas. Com isto, quando há uma norma jurídica que determina a aplicação da “melhor tecnologia disponível” temos uma evidente

---

*Dans la définition même du principe, l'irréversibilité est énoncée : l'absence de certitude ne doit pas retarder la prise de mesure en cas de < risque de dommages graves et irréversible à l'environnement > », vide : GUILBERT, Alix. Le temps de la précaution et de la prévention In PRIEUR, Michel/ BÉTAILLE, Julien/JEAN-MARC, Lavieille. Les catastrophes écologiques et le droit: échecs du droit, appels au droit. Paris: Emile Bruylant, 2012.p.284.*

<sup>461</sup> BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” (...) op. cit., p.79.*

remissão à norma técnica cuja origem é a autorregulação de setores privados. Esta norma de natureza privada passa a ser obrigatória, portanto, também em termos jurídicos.<sup>462</sup>

Assim, e embora não tenham cunho de normas jurídicas, pois emanadas pelo setor privado, estas normas técnicas tendem a assumir papel relevante na prática jurídica, em função da especialização técnica inerente, do conhecimento que refletem e, sobretudo, em função da incapacidade do legislador e da própria Administração Pública para regular com o detalhe necessário estas atividades complexas. Em muitas situações tanto o legislador quando os agentes do poder público, e os tribunais, ao tomarem estas normas técnicas em consideração e assumirem seus efeitos no âmbito do direito, acabam por delimitar a linha a partir da qual uma atividade ou uma conduta podem ser constitutivas de um delito contra o meio ambiente.<sup>463</sup>

Significa dizer que, no plano material do direito penal do ambiente, podem estas regras suprir as debilidades identificadas na estrutura das normas. Ou seja, pode ser que o conteúdo promovido pela autorregulação sirva de assessoria substancial às normas em branco e, mais, que esteja nas regras derivadas dos setores privados o limite do risco penalmente permitido.

Alguns autores, como Adán NIETO MARTÍN<sup>464</sup>, sustentam que é possível esta complementação das normas penais por material proveniente da dinâmica de autorregulação – que é o caso dos códigos de conduta, por exemplo – quando indicam o limite do risco permitido em determinada atividade, os deveres objetivos de cuidado ou os deveres de garantia que devem ser respeitados. Enrique BACIGALUPO, de outra sorte, entende como equivocado que estas recomendações sirvam como complemento normativo dos tipos penais “*carentes de certeza*”<sup>465</sup>.

Lothar KUHLEN, analisando um contexto de crescente juridificação das relações sociais, reconhece que não apenas o legislador, mas também o Estado não têm capacidade de ocuparem-se de todas as determinações concretas do que significa o proibido materialmente em direito penal. Diante deste cenário, diz o autor, “*(...) se confían tareas de normación a privados o a instancias semiestatales; así, por ejemplo, el Instituto Alemán para el Dictado de Normas (DIN), cuyas numerosas <<normas DIN>> adoptan definiciones para la seguridad de los productos.*

---

<sup>462</sup> DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...)* op. cit., p.179.

<sup>463</sup> ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...)* op.cit., p.111.

<sup>464</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa (...)* op. cit., p.86.

<sup>465</sup> BACIGALUPO, *Compliance y derecho penal (...)* op.cit., p.79.

*Estas normas constituyen un indicio para el cuidado necesario en el tráfico y dan forma al juicio sobre la imprudencia”.*<sup>466</sup>

Esta constatação da delimitação pelos particulares do que venha a ser o risco penalmente permitido, ou dos deveres de cuidado ou, mesmo, dos deveres de garantia, gera indubitavelmente uma ruptura do sistema de regulação no que toca ao princípio da legalidade: “(...) *la tensión con el principio de legalidad tiene lugar especialmente en aquellos casos en que se pretenda afirmar la tipicidad penal de una conducta pese a que lo vulnerado no sea lo establecido en una norma jurídica sino en una norma extrajurídica (como por ejemplo una norma técnica)*”.<sup>467</sup>

Não é nova a integração no direito penal de normas técnicas empresariais ou de regras de subsistemas profissionais, é bem verdade, contudo, em se tratando de normas derivadas da autorregulação, o risco de que sejam protegidos exclusivamente ou prioritariamente os interesses das próprias organizações é imenso, com o que deve ser, no mínimo, levada com desconfiança a aceitação destas regras como conteúdo de normas penais.

O próprio Adán NIETO MARTÍN, embora concorde com esta técnica de assessoriedade, ressalta a necessidade de que o direito penal filtre estas normas provenientes da autorregulação, através de modelos de legitimação que venham a integrá-las na definição das condutas proibidas. Para o autor, estes modelos devem levar em conta a participação de todos os *stakeholder* na elaboração das regras, bem como a primazia da transparência nos procedimentos que forem adotados.<sup>468</sup>

Assim, em alguns casos, o ordenamento jurídico incorpora nas elementares dos tipos penais regras derivadas dos códigos de conduta e dos procedimentos internos das empresas, dando-lhes, obviamente, alta relevância jurídica. É o que acontece na Espanha, ilustrativamente, onde a infração pelos administradores, de fato ou de direito, das regras contidas nos códigos de conduta pode gerar a comissão do delito de “abuso de função”, previsto no artigo 295 do Código Penal, ou do delito de “excesso de poderes de administração”, previsto no artigo 252, do mesmo diploma.

É o caso, ainda, seguindo a lógica construtivista de GÓMEZ-JARA, da criminalização da empresa em função da inexistência de um programa ou de uma política empresarial materialmente ou formalmente adequados/efetivos, desde o ponto de vista valorativo do direito.

---

<sup>466</sup> KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho (...) op.cit.*, p.70.

<sup>467</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...) op.cit.*, p.124.

<sup>468</sup> NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa (...) op. cit.*, p.83.

Também no modelo defendido por Adán NIETO MARTÍN a empresa poderá ser responsabilizada criminalmente por condutas ilícitas cometidas pelos seus membros justamente em razão da inexistência ou existência falha de mecanismos de prevenção<sup>469</sup>, como abordamos no primeiro capítulo.

Não nos parece que seja possível abrir mão desta assessoriedade, sem embargo dos problemas de sua legitimação<sup>470</sup>, em função dos fenômenos já repetidos neste estudo: necessidade de conhecimento específico de uma imensidão de temas, necessidade de aparato instrumental para identificar, conter e minimizar os riscos derivados da atividade industrial, etc. Todavia, também é inquestionável que esta assimilação pelo ordenamento de normas notadamente originadas no setor privado seja feita de forma cautelosa pelo direito penal, balizado por seus princípios estruturais, como é o caso da legalidade<sup>471</sup>.

Será necessário, na mesma linha de Adán NIETO MARTÍN, que mecanismos de legitimação destas regras sejam priorizados pelas organizações que pretendam utilizar dos programas de *criminal compliance*, permitindo a maior participação de interessados na sua elaboração e, especialmente, na sua fiscalização.

Por fim, não podemos deixar e referir a possibilidade de que estas dinâmicas de estabilização de padrões de risco e de normalização setorial podem significar uma diminuição nos limites de proteção do ambiente. É o que adverte William LAUFER, nas seguintes palavras: "(...) *safelying the standarts, a priori, diminishes the rationale and incentive to investigate, prosecute, and convict an offending firm. Satisfying the standards reduces the potential fine level and therefore the justification for pursuing corporate liability in the first place. This is a good outcome if the vast majority of firms - both large and small - are law-abiding and blameworthy*

---

<sup>469</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...)* op.cit., p.123.

<sup>470</sup> Thomas ROTSCH elenca este como sendo um dos problemas inerentes ao *criminal compliance*, no sentido de que "cuando las empresas se dotan a sí mismas de un régimen orgánico empresarial (*Unternehmensverfassung*) tienden a formular, por distintos motivos y en aras a la "best practice" posible, severas exigencias en relación con el comportamiento empresarial adecuado. En lo que al posible castigo imprudente se refiere existe aquí una particularidad consistente en el hecho de que son las propias empresas las que, por ejemplo, a través de directrices (co)definen frecuentemente en ámbitos no legalmente regulados los estándares de diligencia que deben cumplir. Cuanto más alto se fija el estándar de diligencia, más difícil resulta para los trabajadores de la empresa su cumplimiento. Así pues, existe el peligro de que sea la propia empresa la que se auto-reglamente penalmente ", vide: ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance (...)* op. cit., p.6.

<sup>471</sup> "El principio de legalidad y el de la seguridad jurídica se resisten así muy seriamente aunque éste es un problema difícilmente soluble cuando se trata de materias como ésta, de grand densidad y complejidad técnica, que no puede abordarse con la necesaria concreción desde normas superiores y generales como son las leyes", vide: ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente (...)* op.cit., p.112.

*only to the extent that wayward agents disregard compliance policies. Yet there is no evidence, empirical or anecdotal, that such is the case".*<sup>472</sup>

A lógica é a seguinte: se são exigidos das empresas os padrões mais altos de proteção ambiental, o que pode ser consultado em normas técnicas, em normas internas das empresas e em normas setoriais, e se são os próprios privados que elaboram estes limites e que preenchem o conteúdo destas normas, diante da incapacidade do Estado de fazê-lo, os particulares poderão estabelecer padrões abaixo do “estado da técnica” sem que os agentes públicos deem-se por conta, pois incapacitados de sabê-lo. Com isto, a proteção do meio ambiente em função das regras advindas da autorregulação tenderia a estar aquém do máximo possível.

Para contornar esta hipótese, real, de que os instrumentos de autorregulação sejam contraproducentes nas tarefas para as quais foram criados, parece-nos que as agências reguladoras terão de efetuar um papel decisivo, seja diretamente fiscalizando as empresas, seja fiscalizando as empresas certificadoras. Ademais, os processos de letigimação destes instrumentos necessariamente deverão contar com a participação dos *stakeholders* e primar pela transparência em todas as suas etapas.

Neste quadro, o direito penal de empresa mostra-se, novamente, emperrado nos pilares do direito penal tradicional. A nosso ver, as características que envolvem a proteção ambiental são mais afeitas ao direito administrativo sancionador, e não ao direito penal. O ponto que acabamos de tratar demonstra este direcionamento, pois no caso do direito administrativo, a imposição de sanções não encontra as mesmas barreiras do direito penal. Do que a utilização de parâmetros de risco (e de deveres de cuidado) resultantes das regras e processos de autorregulação das empresas não teria qualquer desconforto. Abrir mão destas normas (privadas) específicas e constantemente atualizadas por sujeitos com conhecimento apurado de cada área, não nos parece a melhor solução, mas forçar as arestas de garantia do direito penal também não é a melhor saída.

Então, sem a análise detalhada que este fenômeno de complementação/assessoriedade legislativa merece, concluímos brevemente que: as normas provenientes da autorregulação tendem a ser as mais benéficas à proteção ambiental sim, desde que sejam fiscalizadas pela Administração Pública (preferencialmente através de agências reguladoras especializadas e sérias), e que a complementação de normas jurídicas por estas normas privadas não direciona a sua exclusão, mas antes, redireciona a tutela destas condutas tão somente para o direito

---

<sup>472</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, p.106.

administrativo sancionador, e não para a esfera do direito penal, cujo princípio da legalidade é um dos principais alicerces.

### 3.2.3. ÉTICA EMPRESARIAL E CONSCIENTIZAÇÃO AMBIENTAL

Por fim, e como fechamento das ideias que buscamos tisonar neste estudo, acreditamos que as empresas representam hoje o meio mais apto à disseminação de uma conscientização ambiental na sociedade que as circunda, justamente pelo papel social que desempenham e pelo alcance das suas condutas em diversificados indivíduos e setores. A implementação de programas de *criminal compliance* contribuiria na disseminação da conscientização ambiental na medida em que, muito além de instrumentos de cumprimento das leis, estes programas prestam-se ao fomento da ética nas empresas, cujo substrato, nos dias de hoje, não poderia privar-se da proteção do ambiente.

A partir do momento em que os fins públicos são incorporados aos objetivos empresariais, com o que as empresas agregaram ao seu campo de deveres a responsabilidade social, é inevitável um aumento da complexidade de conflitos de interesses no decorrer da atividade, posto que estes fins públicos – como é o caso da proteção do ambiente, mas também da proteção dos trabalhadores e da saúde, por exemplo – podem ser contrários ao objetivo de maximização de lucros/benefícios, inerente à existência da organização.<sup>473</sup>

Para contribuir à resolução destes conflitos, cuja previsão normativa é impossível em sua totalidade, são implementados mecanismos voluntários de submissão a regras criadas pelas próprias empresas e que buscam o cumprimento da lei mais o desenvolvimento de boas práticas.

Agregado a isto, a tomada de consciência das preocupações ambientais por parte dos empresários e administradores, dos operadores, dos funcionários, dos consumidores e dos cidadãos, em geral, levou ao desenvolvimento de instrumentos relacionados com a concepção de um direito reflexivo<sup>474</sup>, e que tem como finalidade a internalização pelas organizações destas

---

<sup>473</sup>DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.72.

<sup>474</sup> “Esta autonomização da cultura em face do homem, por força da natureza, confere à preservação do ambiente um cariz peculiar. Nela vai implicada uma reflexividade permanente do homem consigo próprio, seja no ponto de partida seja no ponto de chegada. Ao contrário do que antes acontecia, não está em causa lutar contra um ambiente adverso. Tão-pouco moldar o ambiente às finalidades de segurança e bem-estar. Está em causa repensar um produto da racionalidade humana, com os seus tempos e espaços, os seus erros, ganâncias, esbanjamentos e ignorância, mas também o seu muito saber e genialidade. Está em causa repensar a cultura humana, espelhada na natureza que rodeia

preocupações e das normas ambientais, através de uma ‘auto-organização ecológica’ incentivada pela Administração.<sup>475</sup> É o caso dos códigos de conduta, dos cursos de informação e de formação dos colaboradores empresariais, e, englobando estes e outros elementos, os próprios programas de *compliance*.

Assim, esta análise reflexiva do direito do ambiente<sup>476</sup> mostra-se como uma crítica ao modelo de “*command and control*”, caracterizado pela “excessiva ‘juridificação’ (traduzida, nomeadamente, no conhecido fenómeno da poluição normativa) e complexidade, o recurso a leis muito densas, complexas e pormenorizadas que se reflectem numa regulação com enormes pesos e custos para a comunidade regulada, a falta de clareza e a contradição das exigências normativas, a necessidade de atribuir ou delegar amplos espaços de discricionariedade à Administração e a necessidade de, no mínimo, o seu complemento por intermédio de outros instrumentos”.<sup>477</sup>

Sendo certo que estes novos mecanismos criativos e de autorreflexão das empresas, sobre as formas de minimizar os danos e ameaças ambientais e de maximizar os ganhos ou benefícios ambientais, conduzem à criação de uma gestão ambiental mais responsável<sup>478</sup>, pois “apontam para que a escolha da melhor estratégia jurídica em cada caso dependa das circunstâncias concretas de cada empresa em particular”.<sup>479</sup>

A ideia de ética empresarial surge desde a década de oitenta, primeiro nos Estados Unidos da América e depois na Europa, chamada também de “ética dos negócios” – *bussiness ethics* –

---

o homem e da qual faz parte, na sua reconhecida irreversibilidade. Está em causa abrir caminho a um espaço ético em que, antes de qualquer acção com efeitos externos, o homem é obrigado a interrogar-se sobre as suas potencialidades e limites, bem como sobre o risco que a acção comporta e a axiologia dessa mesma acção”, vide: Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente (...) op.cit.*, p.131.

<sup>475</sup> Para o autor, “a utilização de estratégias de direito reflexivo na tarefa de protecção e promoção do meio ambiente pretende, de alguma forma, ultrapassar esta dicotomia entre regras formais e substanciais, salientando a importância da teria auto-crítica do direito, dos mecanismos autorreferenciais ou auto-reflexivos, não procurando ordenar directamente os comportamentos mas constituir uma charneira entre as estruturas sociais e institucionais, desenvolvendo um sistema auto-referencial. A ideia base que preside a esta abordagem passa pela criação de novos institutos que encorajem as empresas a reforçar a protecção ambiental no seu interior, a adoptar e desenvolver tecnologias compatíveis com esse desiderato e pelo reforço de um papel activo e positivo com vista a assegurar uma protecção ambiental mais efectiva e eficiente”, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.758.

<sup>476</sup> Segundo a teoria da reflexividade, “a auto-regulação traduz sobretudo uma auto-consciencialização para a tutela ambiental dos potenciais operadores, sendo os instrumentos que a materializam simultaneamente instrumentos deste direito ambiental reflexivo”, vide: DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.840.

<sup>477</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.760.

<sup>478</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.760.

<sup>479</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa (...) op.cit.*, p.761.

ou, ainda, “ética de organização” e “ética de gestão”. A empresa passa a ser encarada como um sistema de valores que deve ser aflorado a partir da cultura empresarial aplicada na prática da atividade. A empresa, como instituição, é encarada como um ente com finalidades, as quais, necessariamente, estão ligadas a valores.

Adela CORTINA<sup>480</sup>, em estudo emblemático sobre o tema, destaca que, enquanto anteriormente o Estado era considerado o agente de moralização social, hoje está na própria sociedade civil a *esperança* por esta moralização, na iniciativa de grupos, nos empresários como geradores de riqueza, na construção de uma ética das organizações e das instituições. A ética empresarial aparece, assim, como uma forma de capacitação daqueles que deverão decidir pela empresa, para que tomem boas decisões, as melhores decisões, munidos pelos valores que a empresa prima, na consecução das suas finalidades. A partir do que, defende a autora, a construção da ética das empresas é uma necessidade dos nossos dias.

A medida para delimitar esta ética tem de estar baseada no entorno em que a atividade empresarial é exercida, nas características da sociedade que a comporta e do seu grau de consciência moral, que se refere não tanto aos fins perseguidos, mas aos direitos e valores que devem ser respeitados no caminho de execução destes fins.<sup>481</sup> Deve-se racionalizar estes direitos e valores e com base neste esforço, desenhar os contornos da ética da empresa. Portanto, é a própria atividade e a estrutura de organização da empresa que determinam quais valores, princípios e atitudes, obrigarão aqueles que a ela incorporam-se, no intuito de que funcione de forma justa, e não só juridicamente correta.<sup>482</sup>

---

<sup>480</sup> A ética trabalhada pela autora deveria seguir o modelo da chamada – por Max Weber – ética da responsabilidade. “*Es ya un tópico de la ética aplicada a la política remitirse a la conferencia de M. Weber, <<Política como vocación>>, en la que plantea nuestro autor abiertamente la pregunta sobre el tipo de moral que debe encarnar un político. Para intentar responderla realiza una distinción, que ha hecho fortuna, entre una ética de la convicción o de la intención y una ética de la responsabilidad. La primera prescribe o prohíbe determinadas acciones incondicionadamente como buenas o malas en sí, sin tener en cuenta las condiciones en que deben realizarse u omitirse ni las consecuencias que se seguirán de su realización u omisión; la ética de la responsabilidad, por su parte, ordena tener en cuenta las consecuencias previsibles de las propias decisiones y las circunstancias en que se toman*”, vide: CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...)* op.cit., pp.15/78.

<sup>481</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...)* op.cit., p.25.

<sup>482</sup> Para Adela CORTINA, é necessária uma complementação entre as normas jurídicas e outras, de cunho moral, que espelhem a ética da organização, pelos seguintes motivos: (i) as leis nem sempre protegem suficientemente todos os direitos que são reconhecidos pela moral cívica e por uma ética crítica; (ii) as leis exigem, às vezes, comportamentos que não são justos; (iii) as reformas legislativas são lentas e nem sempre a sociedade pode esperar que uma conduta justa seja prevista em lei, com o que, afirma, “*muchas veces la ética se anticipa al derecho*”; (iv) as leis não contemplam casos particulares que, todavia, precisam de orientação; (v) um bom número de empresários é avesso a ser julgado legalmente pelo descumprimento das leis e que, neste sentido, uma conduta eticamente correta pode evitar uma infração legal e o correspondente enjuizamento; (vi) e, por fim, que a <<juridificação>> é um tipo de ação típica de sociedade com menos liberdade, enquanto nas sociedades mais livres a necessidade de regulamentação

Sobre esta distinção entre as normas jurídicas e as normas ética, destacamos que enquanto a coação para cumprir a primeiras, e a sanção pelo seu descumprimento, são externas ao indivíduo, no âmbito da ética, quem infringe uma norma moral sente-se culpado pela sua consciência. Com isto, mesmo que um sujeito considere uma lei jurídica inadequada, pode cumpri-la por mera estratégia, por medo de ser sancionado. Mas para se sentir obrigado moralmente é preciso que o sujeito esteja convencido de que a norma que lhe recai é válida, legítima e justa.<sup>483</sup>

Diante de todo este contexto, o fomento da ética nas relações empresariais, a nosso ver, está estreitamente relacionado com a conscientização ambiental. Seu objetivo primeiro é a conscientização, a partir do que as boas práticas ambientais<sup>484</sup> seriam mera consequência. O que se quer dizer é que para que seja desenvolvida uma ética empresarial na qual a proteção ambiental faça sentido – algo inarredável à atual conformação social –, não bastam as exigências das normas jurídicas ou das regras originárias da autorregulação da empresa (sistemas de investigação e de sanção internos, por exemplo). É indispensável que seja desenvolvida uma consciência ambiental enraizada na organização com o que estimular-se-ia, não só o cumprimento das leis ambientais, mas o desejo de proteção efetiva pelos sujeitos envolvidos.

Os sujeitos envolvidos seriam os altos diretivos, é evidente, tendo em vista que são as suas formas de atuar que determinam os valores e diretrizes que a empresa efetivamente resguarda. Mas também todos os colaboradores da organização, seus familiares, a comunidade em que a organização estiver inserida, seus fornecedores e parceiros, e, num alcance maior, os consumidores.

Neste sentido, embora o fluxo de boas práticas ambientais e, primeiramente, de práticas de conscientização ambiental possa partir voluntariamente das empresas, há uma potencialização do

---

jurídica é menor porque os cidadãos já agem corretamente, assim, a ética é rentável, entre outras coisas, porque atuar corretamente diminui gastos com o Direito, ou seja, com leis, ações judiciais e sanções, vide: CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.49.

<sup>483</sup> Para Adela CORTINA há uma adesão subjetiva, que ao fim é o substrato da liberdade. Com isto, afirma a autora, “*el objetivo de la ética como filosofía moral no es otro que el de la libertad*”, vide: CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.125.

<sup>484</sup> Sobre as boas práticas no campo da proteção ambiental, diz DARNACULLETA I GARDELLA que a minimização dos riscos por qualquer empresa pode ser atingida através da adoção de “boas práticas”. Em qualquer atividade empresarial, por exemplo, é possível introduzir pautas que melhorem a relação entre o meio ambiente e a empresa. Quase todas seriam pequenas atividades que têm lugar no decurso da atividade empresarial, “*(...) desde la contratación de los suministros de agua, luz, y electricidad para la limpieza de sus instalaciones – y, también, naturalmente, las actividades relacionadas con la elaboración de productos, la prestación de servicios o la eliminación de residuos, son susceptibles de ser realizadas de acuerdo a prácticas respetuosas con el medio ambiente*”, vide: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público (...) op. cit.*, p.158.

agir sustentável no momento em que os consumidores dos produtos e serviços adotam a preocupação ambiental, quando então haveria uma exigência, não jurídica, claro, mas mercadológica da proteção ambiental, num fluxo reverso: da sociedade para a empresa. Ainda assim, entendemos que as empresas cumpririam papel fundamental de veículo e, portanto, de disseminação deste agir consciente em cuidado ao meio ambiente.

É dizer, a empresa, como instituição capaz de ser titular de decisões, como conjunto de relações humanas com finalidades determinadas, tem uma dimensão moral inquestionável. A questão a saber, como diz Adela CORTINA, é do que se trata esta dimensão.<sup>485</sup>

É claro que os métodos utilizados para o desenvolvimento e a delimitação desta dimensão ética amoldam-se à realidade de cada empresa. Uma destas formas, contudo, é sem dúvidas a implementação efetiva de programas de *compliance*, tendo em vista todos os elementos que os compõem: (i) análise e mapeamento de riscos; (ii) códigos de conduta; (iii) sistemas de sanções internas; (iv) sistemas de investigação interna; (v) mecanismos de informação; (vi) medidas de institucionalização dos programas; (vii) certificações e auditorias; e (viii) técnicas de monitoramento periódico dos programas de *compliance*.

E em se tratando de proteção ambiental, não poderiam restar de fora os riscos ambientais criminalmente puníveis. Estes instrumentos, como foi possível concluirmos ainda no primeiro capítulo, podem servir de justificativa à não responsabilização das empresas e/ou de atenuantes das penas eventualmente impostas. Defendemos, ainda, que devam servir de complemento ou, mesmo, de substituição a sanções penais, quando a implementação de medidas de controle e prevenção de riscos seja mais protetiva ao ambiente do que a fria e objetiva imputação de multas.

Mas qualquer uma destas hipóteses há de depender fundamentalmente do modelo de responsabilização penal adotado em cada ordenamento. Com isto, em muitos casos, a implementação de programas de *compliance*, ainda que efetiva, não traz benefícios judiciais à empresa, no que a parca jurisprudência que trata o tema apenas contribui no sentido desta insegurança jurídica.

Este cenário poderia conduzir à orientação de que, mesmo quando há previsão normativa de benefícios às organizações que atuarem em efetivo *compliance*, nem sempre é válido o custo da sua implementação e, menos ainda, a submissão voluntária aos riscos originários da

---

<sup>485</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.130.

implementação destes instrumentos – como vimos anteriormente –, pois a insegurança da sua valoração para o tribunais ainda é muito grande.

Todavia, a implementação correta de programas de *compliance* tem sempre como efeito uma melhora na imagem da empresa. A propósito, para as empresas o fato de estarem envolvidas em escândalos públicos, como é comum acontecer quando há um problema ambiental, pode provocar um dano à imagem e à reputação da entidade incontornáveis, ainda que ao final conclua-se pela sua inocência.<sup>486</sup>

Há também uma evidente melhora na competitividade da organização, a abertura de outros mercados, a redução ou a eliminação do pagamento de sanções por infrações administrativas devidas ao incumprimento de requisitos legais com conteúdo ambiental, a melhora na eficiência dos processos da organização através de um maior controle, diminuindo custos em função da ineficiência no controle da gestão de resíduos, consumo energético e de matérias primas, etc., bem como uma maior sensibilização e um aumento do conhecimento em matéria ambiental.<sup>487</sup>

Para o ambiente as vantagens também são claras: o incremento da formação, da consciência e da sensibilização ambiental, diminuindo-se, assim, os impactos associados à atividade e incidindo positivamente no estado do meio ambiente em todos os níveis.

Daí a nossa defesa pela utilização de programas de *criminal compliance* como instrumentos de proteção do ambiente, o que deveria ser objeto de estímulo para o incentivo público (pelas autoridades administrativas e pela própria norma jurídica) destes instrumentos de controle e prevenção. Neste sentido, alguns exemplos são emblemáticos, como o Projeto do Código das Nações Unidas sobre Conduta de Empresas Multinacionais, assim como as Recomendações da Organização para a Cooperação Económica e o Desenvolvimento sobre a Prevenção de Contaminação Transfronteiriça.<sup>488</sup>

Este estímulo justifica-se também pelo carácter preventivo que deve munir as ações públicas na tutela ambiental, evitando os danos antes que ocorram em razão de que a reparação, frequentemente, é difícil ou mesmo impossível. É claro que voluntariamente as empresas tendem a não assumir o custo destas medidas preventivas, de análise e planeamento de riscos, de

---

<sup>486</sup> NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico (...) op.cit.*, p.126.

<sup>487</sup> TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (...) op.cit.*, p.153.

<sup>488</sup> TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (...) op.cit.*, p.139.

desenvolvimentos da técnica em conjunto com práticas ambientalmente corretas (ou minimizando os impactos).

Assim, mostra-se necessária a intervenção da Administração Pública como garante dos interesses públicos, através de estratégias de estímulo ou de fomento, cujo objetivo seja evitar ou minimizar o potencial destrutivo da atividade empresarial, mediante incentivos diretos às condutas ecologicamente respeitadas. Trata-se de instrumentos de caráter tanto econômico, como os benefícios fiscais, quanto de caráter meritório, como os prêmios, distinções, ecoauditorias e ecoetiquetas, ou quaisquer distintivos ambientais, e, ainda, de caráter jurídico, como os programas de *compliance*.

Inclusive porque, como conclui María Asunción TORRES LÓPEZ, “(...) *cada vez son mas utilizadas las técnicas de incentivo o estimuladoras a productos y consumidores cuyo objeto es conseguir una actividad más respetuosa con el medio. A través de estas medidas se consiguen resultados mas eficaces que con las de regulación y control, que además son más costosas*”.<sup>489</sup>

O risco que se corre é evidente: o uso destes mecanismos única e exclusivamente para uma blindagem reputacional das organizações, sendo indiferente se, na prática, têm condutas ambientalmente corretas ou não. A propósito deste assunto, William LAUFER trabalhou o conceito de *greenwashing*, como sendo o fenômeno de limpeza da imagem de uma empresa – que sofre uma ação judicial ou que esteve publicamente envolvida em algum escândalo – a partir da publicidade de práticas protetivas ao meio ambiente, tratando-se, na prática, de uma estratégia de manipulação da opinião pública para desvirtuar o foco na organização, criar confusão, esconder provas, despistar culpa, obscurecer a origem do problema, e, assim, manter a empresa numa situação de liderança no mercado.

Segundo cita o autor, este é o caso das empresas que lideram o posto de emissoras de gases na atmosfera e têm créditos promovendo campanhas sobre a diminuição da destruição da camada de ozônio, ou dos fabricantes de agrotóxico que utilizando pesticidas proibidos pelo mundo declaram-se contribuindo para o extermínio da fome no mundo; também das petroquímicas quando utilizam resíduos do processamento de poluentes em outro processo, também perigoso, e se orgulham publicamente de uma determinada iniciativa de reciclagem, de uma multinacional que corta madeira de florestas virgens, substitui as árvores nativas por plantações de monocultura

---

<sup>489</sup> TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (...) op.cit.*, p.132.

e denomina este mesmo projeto de “desenvolvimento florestal sustentável”.<sup>490</sup> Ou, ainda, o fato de que as maiores indústrias pecuárias dos Estados Unidos são justamente as maiores patrocinadoras de ONG’s internacionais que atuam na proteção ambiental.<sup>491</sup>

O processo de *greenwashing* poderia chegar, inclusive, a eximir a estigmatização e a má publicidade contra a empresa, deixando a culpa tão somente para os sócios ou administradores por condutas antiéticas ou ilegais, mas, adverte, “(...) *what makes the cycle so dastardly is that it also allows for profit to be made off of the very moral failing that is washed (...) Greenwashing behaviors range from the deceptive advertising of food as wholesome and healthy when it is genetically engineered to the green advertising of power companies known to be some of the worst polluters*”.<sup>492</sup>

Contra esta má utilização, temos algumas técnicas, como a auditoria, verificação e validação, por terceiros externos à empresa, dos relatórios ambientais e demais documentos que declarem as boas práticas ambientais, e, especialmente a fortificação do aparato fiscalizador público.

De tudo, tanto o setor público quanto as empresas podem beneficiar-se da implementação de programas de *compliance*, efetivamente voltados ao cumprimento da lei e, no caso em questão, à proteção ambiental. Hoje a cooperação público-privada é dos mais aclamados artifícios à troca informações ambientais, à busca pelas origens dos riscos produzidos pelas indústrias e pelo controle, prevenção e minimização estes riscos. São as empresas (públicas ou privadas) os entes que atualmente mais têm condições de assumir medidas de proteção ambiental, de caráter voluntário, pela sua capacitação técnica e alcance social, e que aumentem a visibilidade do seu compromisso com os objetivos ambientais.<sup>493</sup>

Às empresas cabe a tarefa de propiciar um novo contexto, no qual possamos compor uma comunidade moral, numa configuração moderna, como diz Adela CORTINA, através da incorporação do espírito de cooperação na estrutura e na organização técnica do ente coletivo<sup>494</sup>. Assim, a ética empresarial é uma necessidade para as empresas e, especialmente, uma necessidade social e, neste tom, uma ferramenta de baixa dos gastos públicos, direcionando às

---

<sup>490</sup> “*Reputation washing under the cover of environmentalist concerns*”, vide: LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, pp.164/165.

<sup>491</sup> Fato denunciado pelo documentário “Cowspiracy”, disponível em <http://www.cowspiracy.com> (acesso: maio/15).

<sup>492</sup> LAUFER, William S. *Corporate Bodies (...) op. cit.*, p.164.

<sup>493</sup> TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (...) op.cit.*, p.152.

<sup>494</sup> CORTINA, Adela. *Ética de la empresa (...) op.cit.*, p.69.

empresas o custo da proteção ambiental e, principalmente, do desenvolvimento do conhecimento ambiental, e uma ferramenta de proteção do ambiente, na perspectiva do desenvolvimento de uma conscientização ambiental que, em sendo estimulada e persistentemente exercitada pelas praticas empresariais, que chegue até todos os sujeitos que podem ser atingidos.

De mais a mais, atingiremos um grau de consciência ambiental quando as práticas sociais contra a degradação forem além das exigências do direito material, sendo que, no âmbito da atividade empresarial, a fiscalização da efetiva implementação de boas práticas ecologicamente protetivas cabe em primeira mão a nós, como consumidores, como cidadãos interessados, como agentes econômicos, como sujeitos políticos, enfim, como ouvintes atentos desta primavera silenciosa.

## CONCLUSÃO

Escrever sobre *criminal compliance* é ter de enfrentar um momento de ebulição dos problemas dogmáticos e práticos gerados pela sua implementação na gestão de empresas e nos esquadros do direito penal. É como aventurar-se numa caminhada em que a cada passo firmemente dado, múltiplos caminhos surgem pela frente, titubeando o passo a seguir.

Neste trabalho, contudo, buscamos permear os contornos dos programas de *criminal compliance* como instrumentos de controle de riscos, de prevenção da responsabilidade penal das empresas e de fomento da ética nas relações empresariais por constituírem uma rica fonte de soluções aos problemas que vêm sendo enfrentados pelos empresários, no cumprimento da vasta gama de normas jurídicas e de deveres de diligência que lhes recaem, e também pelos agentes públicos, na tentativa de regulamentar atividades absolutamente técnicas e especializadas e de controlar a crescente e complexa criminalidade econômica-empresarial.

A tentativa é justamente de, esmiuçando os pontos fortes e as falhas destes mecanismos, melhorá-los para que possam ser úteis numa tarefa que nos é tão cara como a prevenção daquilo que nos resta do meio ambiente.

Percorridas as linhas anteriores, chegamos a conclusões que merecem destaque neste momento final, embora tenhamos a certeza de que mais do que afirmações, trata-se de focos de luz num extenso caminho ainda por ser percorrido.

1. No contexto do direito penal de empresas, função das frustradas tentativas de controle da criminalidade pelo Estado, e após escândalos com companhias norte-americanas que praticavam subornos e adulteravam dados contábeis, surge o incentivo por parte do poder público de adoção voluntária pelas empresas de mecanismos de autocontrole e de autoprevenção contra os riscos gerados pelas suas próprias atividades. Dentre estes mecanismos destacam-se os programas de *compliance*.

2. Quando aplicados no campo dos riscos atrelados ao direito penal (inclusive do risco da própria empresa ser criminalmente responsabilizada), estes programas atuam no âmbito do intitulado *criminal compliance*;

3. A finalidade destes programas seria, além do cumprimento da lei, fomentar a ética nas relações empresariais, e, em se tratando de direito penal, identificar e reagir aos fatores criminógenos gerados pelas atividades da organização. Tendo em vista que se trata de programas voluntários, a sua implementação, desde que efetiva na prevenção e no controle de riscos, traria em contrapartida benefícios judiciais às empresas: desde a atenuação de sanções administrativas e penais, até mesmo o afastamento da própria responsabilidade penal;

4. No âmbito das empresas de direito privado, os programas de *criminal compliance*, embora sejam desenhados à medida das multinacionais, podem (e devem) ser adotados pelas pequenas e médias empresas, ainda que para tanto tenham de ser remodelados, sob a lógica de que quanto maior e mais complexa for a sociedade, mais formal deverá ser o programa;

5. Já no que diz respeito às empresas de direito público (e entes públicos de modo geral), não é possível (i) a implementação de programas de *criminal compliance* em troca de benefícios judiciais. Isto porque a origem destes instrumentos está num fenômeno de autorregulação pelo setor privado, sendo esta a sua principal característica. Um fenômeno no qual o Estado deixa de intervir diretamente no conteúdo de regulação das empresas e de setores cujo conhecimento técnico seja muito complexo e específico, mantendo suas tarefas de fiscalização e, no máximo, de incentivo. Não negamos com isto que a implementação de instrumentos de controle e de prevenção de riscos, e, especialmente, de desenvolvimento da ética corporativa, seja necessária (ii) no caso das empresas e dos demais entes coletivos de direito público. Ao contrário, entendemos que as consequências (iii) da implementação de mecanismos caracterizados por estas objetivos, ainda que sob outra chancela e adaptados à natureza pública, só traria benefícios à gestão das tarefas do Estado;

6. Os limites de alcance judicial da implementação destes programas estão estreitamente relacionados aos diferentes modelos de responsabilização criminal. No modelo da heterorresponsabilização(i), através da *vicarious liability*, a existência ou não de programas de *criminal compliance* efetivamente implementados só terá efeitos de diminuição das penas impostas às empresas. Isto porque neste modelo, independentemente da cultura ética e/ou de cumprimento ao direito adotados pela organização, em havendo a comissão de um fato típico ilícito imputável à empresa esta será penalmente incriminada, ainda que seja um caso isolado, pois a conduta do agente é transferida para a esfera de responsabilização da empresa;

Se o modelo adotado for o da autorresponsabilização (ii), no qual a culpabilidade é extraída de defeitos na organização, a situação é oposta, pois a implementação efetiva de programas de *criminal compliance* – ainda que após a identificação de um fato ilícito punível - poderá servir de justificativa ao afastamento da responsabilidade penal, sob a lógica de que aquela empresa estrutura-se conforme o direito e, portanto, o fato punível é isolado no contexto da cultura empresarial;

No modelo misto (iii), por sua vez, é relevante quem deu causa ao fato ilícito punível. Embora não haja a transferência direta da conduta ilícita do agente para o campo de responsabilização do ente coletivo, o tipo subjetivo tem neste caso relevância determinante na gravidade do defeito da organização. Ou seja, em sendo comprovado que a empresa detinha medidas de controle e de gestão de riscos efetivamente implementadas, não haveria porquê responsabilizá-la;

7. Para as empresas, o grande incentivo à implementação de programas desta natureza é, naturalmente a possibilidade de eximirem-se de sanções penais, sendo, neste caso, os modelos baseados na responsabilidade penal autônoma pelo defeito da organização ou mistos aqueles que mais dão vazão à sua implementação;

8. Contudo, existem outras hipóteses de aplicação judicial dos programas de *criminal compliance*, notadamente: como atenuantes das sanções e como conteúdo das próprias sanções e/ou de acordos de cooperação entre a entidade privada e os agentes da Administração Pública.

A atenuação de penas é a hipótese de aplicação judicial destes instrumentos mais adaptável a qualquer dos modelos de responsabilização penal. A pena será atenuada com base na análise dos esforços levados a cabo pela empresa para evitar a comissão de delitos e para remediá-los e impedir que se repitam, quando ocorrerem. Serão consideradas, ainda, as práticas de cooperação dos entes coletivos privados com as investigações públicas e o seu nível de tolerância para com a transgressão do direito, todos estes elementos auferíveis pelos programas de *compliance*.

Já a hipótese de instrumentalizar estes programas como conteúdo das sentenças seria uma forma de otimizar a regulação das atividades empresariais. No sentido de que, independentemente do modelo de responsabilização adotado, no momento de estipular as sanções contra a empresa, surge a determinação de que a própria organização tome as medidas para corrigir seus defeitos de gestão, direcionando gastos no sentido de aprimorar e/ou implementar mecanismos efetivos de controle e de prevenção de riscos, sob a fiscalização do poder público.

Ainda podem estes programas de *compliance* criminal compor o conteúdo de acordos de cooperação entre os entes privados e os agentes públicos, em função da aplicação do princípio da oportunidade, com o que concluímos que os regimes de controle da criminalidade econômica-empresarial que não estiverem dispostos a flexibilizar a rigidez da obrigatoriedade da ação penal, não estarão preparados para o uso produtor destes instrumentos;

9. Para que tenham efeitos no mundo jurídico, seja qual o for o modelo de responsabilização, independente dos alcances e das hipóteses previstas de aplicação judicial, é preciso que estes programas de *criminal compliance* sejam reconhecidamente efetivos, conceito de difícil delimitação, especialmente em função da escassez de pistas sobre o tema na prática jurisprudencial. A efetividade, conforme construção doutrinária, significa a própria confiabilidade do programa, ou seja, de que não se trata de mera fachada, cujo objetivo seja ludibriar terceiros e a Administração Pública de práticas ilícitas fomentadas ou toleradas pela empresa.

A norma jurídica, contudo, não é moldada para que possa predeterminar os requisitos de efetividade destes programas em função de toda e qualquer organização, mas poderá delimitar os elementos básicos a partir dos quais, cada empresa, no âmbito da sua autorregulação e dos seus deveres de *due diligence*, fará um esforço de complementação com requisitos específicos, particulares, moldados ao seu tamanho, ao seu histórico, à sua atividade;

10. No âmbito do direito penal ambiental, em função da complexidade técnica e da especialização de conhecimentos que setores específicos exigem, é conveniente que os próprios entes coletivos determinem as melhores metodologias para o controle e a prevenção dos riscos que geram, podendo tratar-se de uma implementação totalmente voluntária destes mecanismos ou mesmo, como no caso das atividades potencialmente perigosas e das instituições financeiras, condicionada juridicamente;

11. Os requisitos básicos à determinação dos programas de *criminal compliance* como efetivos métodos de controle e de prevenção de riscos podem ser subdivididos em categorias que, quando analisadas no detalhe, demonstram que podem ser instrumentalizadas na tutela do meio ambiente.

O primeiro destes elementos é a avaliação e a gestão de riscos, cujo objetivo é mapeá-los para que os membros da diretoria possam tomar decisões e estabelecer as diretrizes de gestão do negócio da forma mais diligente possível. Assim, a implementação destes programas de *criminal*

*compliance* estará baseada em juízos de probabilidade de que potenciais riscos transformem-se em efetivos danos. Este dado de probabilidades, a nosso ver, deverá ser analisado quando houver uma sentença condenatória, a saber: se era provável ou não o dano, em função do mapeamento de riscos, e, assim, se era possível ou não o se controle e/ou a sua prevenção.

Como fio condutor dos programas de *criminal compliance* estão os códigos de conduta que servem para a declaração expressa de todos os padrões, valores, objetivos, que determinam a atuação empresarial. Inclusive servem para documentar a política ambiental que guiará o sistema de gestão ambiental da organização.

Mas estes códigos, para que tenham força coativa dentro na empresa, devem ser munidos por sistemas de investigação interna, os quais, uma vez identificadas irregularidades, tem de ter o respaldo também de sistemas sancionadores. Tanto as investigações como as sanções internas, para que sejam juridicamente validadas, deverão ser previamente e claramente comunicadas e explicadas a todos os membros da empresa e, portanto, a todos os sujeitos à sua aplicação. Deverão, ainda, respeitar os direitos de defesa, tais como a reserva de cada um não produzir prova contra si.

É inerente à implementação de programas de *criminal compliance* que todos os membros da organização, bem como os terceiros interessados na atividade – *stakeholders* – tenham conhecimento do seu conteúdo, a partir do que são indispensáveis mecanismos relacionados à informação: sejam comunicações internas (entre o alto escalão e os demais colaboradores), sejam comunicações entre a empresa e as autoridades públicas.

A institucionalização destes mecanismos será adaptada ao tamanho e à complexidade de cada organização, sendo conveniente a eleição de um sujeito responsável (*Chief Compliance Officer*) ou de um Comitê de *Compliance* ou de Ética, com autonomia e independência da diretoria empresarial. Poderá ser absolutamente voluntária a institucionalização destes mecanismos ou resultado de uma determinação legal, em se tratando de setores específicos.

É importante, por fim, que estes programas sejam auditados por equipes internas e, nos casos de maior complexidade, também equipes externas. No que as certificadoras exercem papel definitivo, pois, embora não sejam provas irrefutáveis para o processo penal, servem de forte presunção do cumprimento pela empresa das normas jurídicas e regulamentarias (técnicas e de qualidade), bem como de efetividade do programa de *criminal compliance*. Entretanto, estas certificações deveriam ser sempre autorizadas e fiscalizadas por agências reguladoras

especializadas, para fortificar a sua credibilidade tanto com relação ao mercado, agregando em termos de competitividade, quanto na sociedade e, até mesmo, quanto à sua utilização como prova no processo penal.

Por fim, é indispensável a manutenção periódica destes programas, a partir do que torna-se possível o seu constante aprimoramento e a atualização de técnicas e métodos de gestão, mantendo em dia a sua efetividade. Neste sentido, poderiam as empresas, inclusive, cumprir com a determinação normativa de adoção “das melhores tecnologias disponíveis”, desenvolvendo e atualizando constantemente seus mecanismos de controle de riscos.

12. Os *programas de criminal compliance* são produtos do reconhecimento de que as empresas têm uma responsabilidade social em razão do poder que exercem sobre as sociedades e os indivíduos, a partir do que devem ser adotados princípios de *corporate governance* que tornem mais transparentes as diretrizes e as condutas empresariais. No conteúdo destes princípios e desta responsabilidade social está a proteção do meio ambiente como reconhecido valor social dos dias atuais;

13. Os programas de *criminal compliance* surgem, ainda, num contexto muito mais amplo que o penal/empresarial, a partir do fenômeno denominado autorregulação. Superando os instrumentos de *command and control*, a autorregulação mostra-se como uma nova dinâmica de intervenção estatal, uma tendência de cunho liberal e privatizador de modernização do direito na qual também os órgãos da iniciativa privada delimitam os riscos a que estamos sujeitos, as suas regras de gestão e, principalmente, as formas mais corretas de preveni-los e/ou minimizá-los. Quanto estas regras de gênese privada assumem efeitos públicos, sendo tomada como uma referência válida para o direito, passamos para o campo da autorregulação regulada. Não só os instrumentos de proteção ambiental, em função do conhecimento complexo e específico que exigem, seguem atualmente esta tendência de autorregulação (certificações, ecoauditorias, etc.), como o próprio direito penal. De qualquer sorte, trata-se de um mecanismo de fortificação do Estado, reunindo esforços na sua tarefa fiscalizadora, ainda que para tanto tenha que se valer de instrumentos mais flexíveis e de cooperação com os entes privados;

14. As características das normas penais ambientais (tutela de um bem jurídico amplo e difuso, recurso normativo às normas penais em branco, normatização do risco tecnológico, conteúdo absolutamente técnico e dinâmico, etc.) demandam a complementação por outras regras que, pela especificidade que exigem, tendem a ser melhor elaboradas pelos setores

profissionalizados e, portanto, privados. Ademais, o próprio ambiente é mutável em suas manifestações, exigindo uma atualização que não pode ser acompanhada pelo formalismo das normas jurídicas;

15. Dentre as consequências da implementação de programas de *criminal compliance* está a privatização do processo penal, da investigação criminal e do próprio controle da criminalidade. Para além das críticas cabíveis em função das possibilidades de violação de garantias processuais a princípio não aplicadas nestes sistemas privados, tanto o Estado quanto as empresas pode ser beneficiados com esta colaboração dos privados com as autoridades fiscalizadoras. O primeiro, economizando gastos com as investigações e adentrando as esferas rígidas das organizações, e estas, melhorando sua imagem, direcionando as investigações externas de modo que possam ser retiradas do processo ou, ainda, antecipando estratégias de defesa. Ainda, esta força auxiliar do aparato público penal sancionador implica um fomento da finalidade geral preventiva da pena, pois os membros da empresa, conscientes das sanções que lhes podem ser aplicadas, tendem a prestar atenção e tomar mais cuidado para que a norma penal seja cumprida;

16. A partir da implementação destes programas pelas empresas, em verdadeira manifestação do fenômeno da autorregulação, é comum que sejam desenvolvidos mecanismos de padronização e de normalização das práticas e condutas empresariais, de padrões de proteção ambiental (que servirão de referências às certificações e auditorias, por exemplo, tendo destaque as normas técnicas – de qualidade e de segurança dos produtos e serviços), dando, ainda substrato ao conceito de “melhor tecnologia disponível”. No plano material do direito penal do ambiente, por sua vez, podem estas regras suprir as debilidades identificadas na estrutura das normas. Ou seja, pode ser que o conteúdo promovido pela autorregulação sirva de assessoria substancial às normas em branco e, mais, que esteja nas regras derivadas dos setores privados o limite do risco penalmente permitido. Apesar das inúmeras críticas que esta assessoriedade às normas produzidas por setores privados podem dar causa, é inquestionável que esta assimilação pelo ordenamento é uma solução para que sejam incorporados critérios técnicos e especializados no campo de regulação, desde que esta remissão seja sempre feita de forma cautelosa, balizada pelos princípios estruturais do direito penal, como é o caso da legalidade;

18. As empresas representam hoje o meio mais apto à disseminação de uma conscientização ambiental na sociedade que as circunda, justamente pelo papel social que desempenham e pelo alcance das suas condutas em diversificados indivíduos e setores. A

implementação de programas de *criminal compliance* contribuiria na disseminação da conscientização ambiental na medida em que, muito além de instrumentos de cumprimento das leis, estes programas prestam-se ao fomento da ética nas empresas, cujo substrato, nos dias de hoje, não poderia privar-se da proteção do ambiente;

19. Não só pelas características dos seus requisitos essenciais, mas também em função da expectativa que hoje carregam estes programas de *criminal compliance*, de mudança e de cooperação entre os setores público e o privado, deveriam ser incentivados para que, na medida em que fossem implementados e analisados pelos tribunais, diminuíssem as suas falhas.

20. No caso do direito administrativo, a imposição de sanções não encontra as mesmas barreiras do direito penal. Do que a utilização de parâmetros de risco (e de deveres de cuidado) resultantes das regras e processos de autorregulação das empresas não teria estes desconfortos juridico-penais. Abrir mão destas normas (privadas) específicas e constantemente atualizadas por sujeitos com conhecimento apurado de cada área, não nos parece a melhor solução, mas forçar as arestas de garantia do direito penal também não é a melhor saída;

21. Implicaria perda de tempo não redirecionar esforços para que também fossem utilizados estes programas no quadro das formas de regulamentação ambiental, sendo mais uma peça dentre um leque complexo e extenso de instrumentos jurídicos de proteção (junto aos sistemas de gestão ambiental, as certificações ambientais e as ecoauditorias, por exemplo). Não só porque não nos restam muitas outras alternativas e já é extenso o rol de estratégias de intervenção reconhecidamente falhas neste âmbito, mas também porque em se tratando da tutela ambiental, o tempo que temos já corre contra.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Mauro Lacerda. *Bribery Act e o enfrentamento da corrupção* In Revista de Concorrência e Regulação. ano III. n. 10.abril-junho, 2012.pp.195-221.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.

ARROYO ZAPATERO, Luis/ LASCANO, Carlos/ NIETO MARTIN, Adán. *Derecho penal de la empresa – del derecho penal económico del Estado Social as derecho penal de la empresa globalizado*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

ARTAZA VARELA, Osvaldo. *Programas de Cumplimento* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.pp.231-272.

AUGUSTINA SANLLEHÍ, José R. *Estrategias y limites en la prevención del delito dentro de la empresa*. InDret, abril/2009.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal – prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

BACIGALUPO, Silvina. *El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos* In ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanc (coords). *Aspectos Prácticos de la Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2013.pp.67-112.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel *et al* *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Navarra: Thomson Reuters/Civitas, 2012.

BARREIROS, Filipe. *A Corporate Governance e o Desenvolvimento Sustentável* In PINTO, José Costa (coord) *et al. A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – volume*

*comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2014.pp.247-262.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al* *Curso de Derecho Penal – parte general*.2.ed.(adaptada). Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.

BLUMENBERG, Axel-Dirk; GARCÍA-MORENO, Beatriz. *Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.273-300.

BRAITHWAITE, John. *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*.Michigan Law review, n.80.pp.1466-1507.

\_\_\_\_\_. *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*.British Journal of Criminology.n.40, 2000.pp.222-238.

BRANDÃO, Nuno. *Colaboração com as Autoridades Reguladoras e dignidade penal* In RPCC, ano.24, n.1, janeiro-março, 2014.pp. 29-55.

BOCK, *Criminal Compliance*. 2011.

BRITO, Teresa Quintela de. *Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e de seus dirigentes* In Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-Criminais.n.0.jul-dez.Almedina, 2014.pp.75-91.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva* In *Estudo em Homenagem so professor Doutor José de Oliveira Ascensão*.v.II.Coimbra: Almedina, 2008.pp.1425-1443.

CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. *Regulação e Autorregulação do mercado de bolsa – teoria palco-plateia*. São Paulo: Almedina, 2011.

CÂMARA, Paulo. *A Corporate Governance de 2013 a 2023: Desafios e Objetivos* In PINTO, José Costa (coord) *et al*. *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal* –

*volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance.* Coimbra: Almedina, 2014.pp.145-165.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coordenadores). *Lei Anticorrupção – comentários à Lei 12.846/2013.* São Paulo: Almedina, 2014.

CARO CORIA, Dino Carlos (diretor). *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa – ADPE.* número:1.ano: 2011.

CASANOVA YSLA, Alain. *Legal Compliance – Princípios de Cumplimiento Generalmente Aceptados.* Madrid: Difusión Jurídica, 2012.

CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance.* Lima: Palestra, 2014.

CESANO, José Daniel. *Responsabilidad penal del empresario, deficiente organización de la empresa y delito de contaminación ambiental – Notas para una futura reforma al Código Penal argentino* In AROCENA, Gustavo A. BALCARCE, Fabián I.; CESANO, José D.(directores) *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal – Libro homenaje a Enrique Bacigalupo.* Buenos Aires: Hammurabi, 2013.pp.330-347.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (orgs). *Manual de Compliance – preservando a boa governança e a integridade das organizações.* São Paulo: Atlas, 2010.

COCA VILA, Ivó. *¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance.* Barcelona: Atelier, 2013.pp.43-76.

CORDEIRO, António Menezes. *A crise planetária de 2007/2009 e o Governo das Sociedades.* In PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (coords). *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras.* Coimbra: Editora, 2009.pp.13-39.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Sociedades – volume I – Das Sociedades em Geral.* Coimbra: Almedina, 2004.

CORTINA, Adela. *Ética de la empresa – claves para una nueva cultura empresarial.* 8.ed.Madrid: Trotta, 2008.

DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercè. *Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada.* Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2005.

DAUVERGNE, Peter (ed.). *Handbook of Global environmental politics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

DE MAGLIE, Cristina. *L'etica e il mercato – La responsabilità penale delle società*. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz; NIETO MARTÍN, Adán. *Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el derecho penal comparado*. In DEMETRIO CRESPO, Eduardo (director); MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.). *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial IBdeF, 2014. pp.465-578.

DE MORALES ROMERO, Marta Muñoz. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo blanch, 2013. pp.211-228.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo (director); MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.). *Crisis financier u derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial IBdeF, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português* In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *studies iuridica 81, colloquia n.13*. Coimbra: Editora, 2005. pp.179-202.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *A reinvenção da autorização administrativa no Direito do Ambiente*. Coimbra: Editora, 2014.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. 3.ed. Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido* In PÉREZ ALONSO, Esteban *et al Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012. pp.273-302.

\_\_\_\_\_. *Autorregulación - Génesis y Efectos*. Navarra: Arazandi, 2002.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?* In ARROYO JIMÉNEZ, Luis/ NIETO MARTÍN, Adán (diretores). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.pp.200-254.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. *Instituciones de Derecho Penal económico y de la empresa*. Valladolid: Lex Nova/Thomson Reuters, 2013.

FIORELLA (ed.). *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs.v.1.Liability Ex Crime of Legal Entities in Member States*, 2012.

GALLEGO SOLER, José-Ignácio. *Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (diretores). Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.pp.195-230.

GARCIA, Maria da Glória. *O lugar do Direito na Protecção do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Líneas básicas en la elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas In GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás et al Problemas actuales de la justicia penal – secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, eficacia y licitud de la prueba, prueba y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, 2013.pp.137-164.

GIUNTA, Fausto. *Controllo e Controllori nello specchio del Diritto Penale Societario In RTDPE*, n.3.anno XIX.luglio-settembre, 2006.pp.674-613.

GOMES, Carla Amado. *Uma mão cheia de nada, a outra de coisa alguma: duplo eixo reflexivo em tema de biodiversidade In GOMES, Carla Amado (coord.). No ano internacional da biodiversidade – contributos para o estudo do Direito da protecção da biodiversidade*. Lisboa: ICJP, 2010.pp.07-51.

\_\_\_\_\_. *O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime – breve notícia sobre a Lei 19/2006, de Junho*. In *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, v.II. Lisboa: AAFDL, 2008.

\_\_\_\_\_. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Coimbra: Editora, 2007.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al Curso de Derecho Penal – parte general*.2.ed.(adaptada). Barcelona: Ediciones Experiencia, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006.

GONZÁLES FRANCO, J.A; SCHEMMEL, A; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance.* Valencia: tirant lo blanch, 2013.pp.155-164.

GRANJO, Paulo. *Quando o conceito de <<risco>> se torna perigoso.* In *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Tecnologia – perspectivas críticas e sociais.* n.181, v.XLI, 2006.pp.1176/1177.

GUERRERA, F. *Autoregolamentazione e organizzazione del gruppo di società* In *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni.*n.4.anno.CX, 2012.pp.589-664.

GUILBERT, Alix. *Le temps de la précaution et de la prévention* In PRIEUR, Michel/ BÉTAILLE, Julien/JEAN-MARC, Lavieille. *Les catastrophes écologiques et le droit: échecs du droit, appels au droit.* Paris: Emile Bruylant, 2012.

HAWKINS, Keith. *Environmental and Enforcement – Regulation and the Social Definition of Pollution.* New York: Oxford University Press, 2011.

JARIA I MANZANO, Jordi. *La cuestión ambiental y la transformación de lo público.* Valencia: tirant lo blanch, 2011.

JERÓNIMO, Helena Mateus. *A peritagem científica perante o risco e as incertezas* In *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Tecnologia – perspectivas críticas e sociais.* n.181, v.XLI, 2006.pp.1143-1165.

KRÄMER, Ludwig. *E.C. Environmental Law.*4.ed. Londres: Sweet&Maxwell, 2000.

KUHLEN, Lothar. *Compliance y Derecho penal en Alemania* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal.* Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.pp.89-126.

\_\_\_\_\_. *Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal* In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. *Compliance y teoría del Derecho Penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.pp.51-78.

LASCURAÍN, Juan António. *Compliance, debito control y unos refrescos* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adan. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.111-136.

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

LAUFER, William; GEIS, Gilbert. *Corporate Crime and a New Brand of Cooperative Regulation* In *Cahiers de défense sociale [Cahiers de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste]*, 2002.pp.139-148.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Delitos relativos al secreto de empresa*. Valencia: tirant lo blanch, 2010.

MARTÍNES GARCÍA, Jesús Ignacio. *Pensar el riesgo. Un diálogo con Luhmann*. In PÉREZ ALONSO, Esteban *et al* (editores). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.323-354.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.pp. 145-154.

MAY, Stefan. *Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre la transformación del estado moderno y de sus formas de actuación jurídica* In PÉREZ ALONSO, Esteban *et al* (editores). *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.303-322.

MAYER, Rui. *A corporate governance em ambientes de aarceria* In PINTO, José Costa (coord) *et al A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal – volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2014.pp.131-141.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2008.

MONTIEL, Juan Pablo. *Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.p.487-517.

MUNÓZ CONDE, Francisco; LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *Manual de derecho penal ambiental*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.

MOOSMAYER, Klaus. *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.pp.137-154.

NAVAS MONDACA, Iván. *Los códigos de conducta y el derecho penal económico* In SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord). *Criminalidad de empresa y compliance – prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.pp.111-130.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5.ed. Madrid: Tecnos, 2012.

NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la Empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015.

\_\_\_\_\_. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.pp.50-110.

NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.pp.111-134.

NIETO MARTÍN, Adán. *Investigaciones Internas* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.pp. 231-271.

NIETO MARTÍN, Adán. *La institucionalización del sistema de cumplimiento* In NIETO MARTÍN, Adán *et al Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: tirat lo blanch, 2015.pp. 187-205.

NIETO MARTÍN, Adán. *La privatización de la lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. El derecho penal económico en la era del compliance. Valencia: tirant lo blanch, 2013.p.191-210.*

NIETO MARTIN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal In KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. Compliance y teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.pp.21-50.*

NIETO MARTÍN, Adán. *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa In ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (directores). Autorregulación y sanciones. Valladolid: Lex Nova, 2008.pp.81-116.*

ODED, Sharon. *Corporate Compliance – New Approaches to Regulatory Enforcement. Cheltenham: Edward Elgar,2013.*

SCHÜNEMANN, Bernd. *La destrucción ambiental como arquetipo del delito In PÉREZ ALONSO, Esteban et al Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.429-442.*

SILVA, Vasco Pereira da. *Breve nova sobre o Direito sancionatório do ambiente In PALMA, Maria Fernanda et al Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras. Coimbra: Editora,2009.pp.271-296.*

PÉREZ CARRILLO, Elena F. *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas.Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.*

POSNER, Richard A. *Catastrophe – risk and response. New York: Orford University Press, 2004.*

PRITTWITZ, Cornelius. *La function del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo In PÉREZ ALONSO, Esteban et al Derecho, Globalizacion, Riesgo y Medio Ambiente.Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.415-427.*

REALE JUNIOR, Miguel. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (cords). Responsabilidade penal da pessoa jurídica – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.4.ed.(rev).São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.pp.353-355.*

ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance – Handbuch. Baden Baden: Nomos, 2015.*

ROTSCH, Thomas. *Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven – Vorbemerkung zu einer Theorie der sog. ‘Criminal Compliance’* In ZSTW,125(3), 2013.pp. 481-498.

ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. InDret.enero, 2012.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen de Comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*. Barcelona:Atelier, 2003.

RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria – de la policía administrativa a la gestión de riesgos*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2007.

SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*.3.ed.New York: Cambridge University Press, 2012.

SARMIENTO, Daniel. *El soft law administrativo – un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La destrucción ambiental como arquetipo del delito* In PÉREZ ALONSO, Esteban *et al Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.pp.429-442.

SEMINARA, Sergio. *Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana* In MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor (directores). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance – Programas de prevención, detección y reacción penal*. Madrid/Buenos Aires/Montevideo: Editorial IBdeF e Edisofer, 2014.pp.127-160.

SERRANO MORENO, José Luis. *La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad* In PÉREZ ALONSO, Esteban *et al Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: tirant lo blanch, 2012.pp.355-373.

SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica* In ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adan. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.pp. 63-110.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid/Buenos Aires/ Montevideo: Edisofer/IBdeF, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.)/ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

SILVEIRA, R. M. J.; DINIZ, E. S. *A noção penal dos programas de compliance e as instituições financeiras na 'nova Lei de Lavagem' - Lei 12.683/2012*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 57, 2012. p. 267.

SILVEIRA, R. M. J.; DINIZ, E. S. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. v.56, a. 2012. p.293.

SUTHERLAND, Edwin. *Criminalidad de Cuello Blanco*. Tradução: Luis Miguel Reyna Alfaro do texto original publicado em *American Sociological Review*, v.5.n.1, 1940. Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa- ADPE 1(2011).pp.191-199.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Princípio da Oportunidade – manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. In ARROYO ZAPATERO, Luis/ TIEDEMANN, Klaus/ NIETO MARTÍN, Adan. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013.pp.31-42.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*.2.ed.Lima: Grijley, 2007.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas y empresas en derecho comparado* In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.ano.3.n.11.julho-setembro, 1995.pp. 21-35.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1985.

TORRÃO, Fernando. *A sociedade de Risco e oportunidade: a intervenção penal entre a tentação de um modelo repressivo e os limites da proibição do excesso* In *Revista de Ciência e Cultura Lusíada*. n. 1 e 2, 2002.pp.29-36.

TORRES LÓPEZ, María Asunción; ARANA GARCÍA, Estanislao. (diretores). *Derecho Ambiental (adaptado al EEEs)*.2.ed.Madrid: Tecnos, 2015.

VILAR, Emílio Rui. *Gestão, Auto-regulação e Justiça Económica* In *HOMEM*, António Pedro Barbas. *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*.Coimbra: Almedina, 2014.pp.37-48.

WATSON, Michael. *Environmental crime in the United Kingdom*. Michael Watson In *European Environmental Law Review*, London .v.14. n.7.July, 2005, p.186-192.

WEBB, Kernaghan. Controlling Corporate Misconduct through Regulatory Offences: The Canadian Experience In PEARCE, Frank; Snider, Lauren (editors). *Corporate Crime: Contemporary Debates*. University of Toronto Press, 1995.pp.339-351.

WUNDERLICH, Alexandre. *A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei n. 9.608/95 no Brasil* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.114, IBCCRIM [prelo]

### Artigos disponíveis online

HEINE, Günter. *Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability* In Albin Eser/Günter Heine/Barbara Huber (eds.) *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*. - International Colloquium, Berlin, May 4-6, 1998.pp.237-254. Disponível em: [https://www.mpicc.de/files/pdf2/s78\\_safe.pdf](https://www.mpicc.de/files/pdf2/s78_safe.pdf) (acesso: abril/15)

MONGILLO, Vincenzo. *IL “SACCHETTO D’ORO” E LA “SPADA INGUAINATA”: L’INTERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO E IL PESO DEGLI “INCENTIVI” IN UN RECENTE MODELLO DI COMPLIANCE ANTICORRUZIONE - A proposito di S. Manacorda-F. Centonze-G. Forti (Eds.), Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model, Dordrecht, Springer, 2014.* Disponível em: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1422542519MONGILLO\\_2015.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1422542519MONGILLO_2015.pdf) (acesso: fevereiro/15)

NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa.* (2008), 1–18. Disponível: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/a\\_3\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf) (acesso: novembro/14)

PASTOR MUÑOZ, Nuria. *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?* Indret. octubre, 2006. Disponível em: [www.indret.com](http://www.indret.com) (acesso: julho/14)

SHORT, Jodi; TOFFEL, Michael W. *Coerced Confessions: Self-Policing in the Shadow of Regulators* - disponível em <http://hbswk.hbs.edu/item/5541.html> (acesso: dezembro de 2014)

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Anuario de Derecho Penal,1996. Disponível em: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf) (acesso: abril/15)

Entrevista MICHAEL TOFFEL, em 2007, para *Harvard Business School* “*Industry Self-Regulation: What’s Working (and What’s Not)?*” – disponível em <http://hbswk.hbs.edu> (acesso: dezembro/14)

TOFFEL, Michael W. *Resolving Information Asymmetries in Markets The Role of Certified Management Programs In* Harvard Business School. February 1, 2006. Disponível em <http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/07-023.pdf> (acesso: dezembro de 2014)

WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecution In* Cardozo Law Review.v.27:1.out, 2005.pp.497-528.  
<<<http://www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf>  
>> (acesso: agosto/14)

### Sites

Environmental Protection Agency (EPA). Final Policy Statement. Federal Register: December 22, 1995 (Volume 60, Number 246), Disponível em:  
<http://www.epa.gov/osw/hazard/generation/f006/s0012.pdf> (acesso: março/15)

[http://www.ussc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/index.cfm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/index.cfm) (acesso: março/15)

[http://www.ussc.gov/Dataand\\_Statistics/archives.cfm](http://www.ussc.gov/Dataand_Statistics/archives.cfm), (acesso: fevereiro/15)

[www.saiglobal.com](http://www.saiglobal.com) (acesso: março/15)

[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=106404](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404)  
(acesso: fevereiro/15).

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/TOPICS/EXTLAWJUSTICE/0,,contentMDK:22820585~menuPK:7703379~pagePK:148956~piPK:216618~theSitePK:445634,00.html>  
(acesso: fevereiro/15)

[http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement\\_en.pdf](http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement_en.pdf) (acesso: fevereiro/15)

<http://www.alstom.com/press-centre/2013/6/appointment-in-alstoms-ethics-compliance-department/> (acesso: fevereiro/15)

[http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement\\_en.pdf](http://www.eib.org/attachments/thematic/procurement_en.pdf) (acesso: maio/15)

<http://www.ethics.org/> (acesso: fevereiro/15)

[www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf](http://www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf) (acesso: fevereiro/15)

<http://www.sfo.gov.uk/media/171439/Approach-of-the-Serious-Fraud-Office-to-dealing-with-overseas-corruption.doc> (acesso: fevereiro/15)

<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/oecdguidelinesformultinationalenterprises.htm>  
(acesso: março/15)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF>  
(acesso: março/15)

*Securities and Exchange Commission – SEC:* <http://www.sec.gov> (acesso: abril/15)

*Financial Services Authority – FSA:* <http://www.fsa.gov.uk> (acesso: abril/15)

*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BAFIN:*  
[http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite\\_node.html](http://www.bafin.de/DE/Startseite/startseite_node.html) (acesso: abril/15)

*Commissione Nazionale e per le Società e la Borsa – CONSOB:*  
<http://www.consob.it> (acesso: abril/15)

*Comisión Nacional de Mercado de Valores – CNMV:*  
<https://www.cnmv.es/portal/home.aspx> (acesso: abril/15)

*Comissão do Mercado de Valores Mobiliário – CMVM:*  
<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6778> (acesso: abril/15)

<http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf> (acesso: maio/15)

<http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/33931148.pdf> (acesso: maio/15)

<http://www.oecd.org/daf/ca/public-consultation-review-oecd-principles-of-corporate-governance.htm> (acesso: maio/15)

[http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9df9914f-6c89-48da-9c53-d9d6be7099fb.0021.03/DOC\\_2&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9df9914f-6c89-48da-9c53-d9d6be7099fb.0021.03/DOC_2&format=PDF) (acesso: maio/15)

<http://eur-lex.europa> (acesso: maio/15)

[http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan\\_carbone\\_cjue\\_\\_diagnostic.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan_carbone_cjue__diagnostic.pdf) (acesso: maio/15)

[http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan\\_carbone\\_cjue\\_maj.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/bilan_carbone_cjue_maj.pdf) (acesso: maio/15)

<http://www.epa.gov/osw/hazard/generation/f006/s0012.pdf> (acesso: março/15)

<http://www.epa.gov/environmentaljustice/grants/bp-spill-grants.html>  
(acesso: fevereiro/15)

<http://www.cowspiracy.com> (acesso: maio/15)

*COMPLIANCE PROGRAMS FOR THE PREVENTION OF ECONOMIC CRIMES - Italian Report on Corporate Liability (Legislative Decree no. 231/2001)*. Disponível em: [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1416171870CATENACCI\\_2014a.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1416171870CATENACCI_2014a.pdf) (acesso: fevereiro/15)