

CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial

CRIMINAL COMPLIANCE: the criminal standards policy and its impacts on business economic activity

Rafael Guedes de Castro*

Caio Marcelo Cordeiro Antonietto**

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa interdisciplinar realizada nas áreas de direito penal e análise econômica do direito tendo como objeto central as políticas de cumprimento de normas penais no âmbito da atividade econômica empresarial, o *criminal compliance*. Para tanto, inicia-se com a exposição dos conceitos e estruturas básicas do *criminal compliance*, especialmente na relação de combate à lavagem de capitais e de medidas anticorrupção. No segundo momento é feita uma análise sobre os reflexos do *criminal compliance* na atividade econômica empresarial, seus custos e seus benefícios com o fim de se pensar na sua viabilidade dentro do ordenamento jurídico e das práticas empresariais.

ABSTRACT: This article is the result of interdisciplinary research carried out in the areas of criminal law and law and economics with a central object of criminal compliance policies in the context of the economic activity, known as criminal compliance. To this end, begins with the exposition of the concepts and basic structures of criminal compliance, particularly in relation to combating money laundering and anti-corruption measures. In the second moment of this study is made an analysis on the reflections of the criminal compliance in business economic activity, its costs and its benefits to consider their viability within the legal and business practices.

PALAVRAS CHAVE: *Criminal compliance* – Análise econômica do direito – Novas políticas criminais.

KEYWORDS: Criminal compliance - Law and economics – New criminal policies.

* Advogado, Mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor de Direito Processual Penal da FAMEC-PR.

** Advogado, Mestrando em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor de Direito Penal das Faculdades OPET.

1. Introdução

A complexidade das relações desenvolvidas na sociedade contemporânea tiram a legitimidade de pesquisas de direito realizadas de forma uni disciplinar voltadas a simplificação do fenômeno jurídico. Este é o caso dos estudos realizados em matéria de criminalização de condutas praticadas no desenvolvimento de atividades econômicas. O estudo da criminalização de condutas inerentes a atividade econômica necessita da análise de seus reflexos econômicos, assim como o estudo do regramento legal destas atividades não pode ser realizado sem a análise das normas penais.

O presente trabalho tem como objetivo central o estudo do instituto do *criminal compliance* decorrente da necessidade de adaptação da atividade empresarial ao conjunto de normas penais que regem estas atividades, especialmente aquelas mais suscetíveis de intersecção com a criminalidade econômica transnacional que tem na lavagem de capitais e na corrupção seus principais exemplos, e seus reflexos econômicos na atividade empresarial. Há viabilidade na instituição de programas de *criminal compliance* na atividade empresarial? Como os custos da política de cumprimento de normas penais podem impactar na atividade econômica empresarial?

Assim, por meio de pesquisa bibliográfica interdisciplinar realizada no âmbito do direito penal e da análise econômica do direito, em obras nacionais e internacionais, pretende-se trazer elementos capazes de contribuir para a incorporação definitiva do *criminal compliance* aos estudos jurídicos e as políticas de governança que regem o exercício da atividade empresarial.

2. *Criminal Compliance* e prevenção de riscos empresariais

O *Criminal Compliance*, cujo termo advém do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, adequar-se ou realizar algo imposto é objeto de grande discussão na moderna dogmática europeia e ganhou muito espaço, por exemplo, na doutrina espanhola, após a edição da Lei Orgânica 5/2010, que introduziu no Código Penal espanhol a responsabilização penal da pessoa jurídica tendo estabelecido, como circunstância atenuante de pena, a implementação de medidas de prevenção e descoberta de delitos praticados no âmbito daquela.

Originário do direito norte-americano, primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção internacional por meio do chamado *Foreing Corrupt Practive Act (FCPA)*, este instituto foi fortemente ampliado após a crise financeira de 2008, por meio da edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010.

Esta realidade somada a sistemática de criminalização das pessoas jurídicas, a responsabilização dos dirigentes, das decisões colegiadas, dentre outras que demandam profundo estudo, autorizam se possa afirmar estar-se diante de uma nova era do direito penal, onde as obrigações de observância constituem-se como ponto relevante dentro da responsabilização criminal.

A complexidade das relações sociais hodiernas no mundo do ser marcado pelo processo de globalização, avanço da tecnologia e velocidade de informação exige do Estado uma adaptação muito rápida das regras jurídicas moldadas para regular situações menos mutáveis e dinâmicas. Esta necessidade de adaptação do regramento jurídico às novas formas de relacionamento muitas vezes não se coaduna a exigência de refinamento e sistematização das técnicas legislativas, resultando na edição de leis pouco claras e transparentes. O *compliance* seria fruto de um novo risco da atividade empresarial, diferente do tradicional risco econômico, estar-se-ia falando de um risco normativo. Este risco normativo surge como o problema do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio ambiente, consumidor, dentre outras. Assim, o *compliance*, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais (BACIGALUPO, 2011, p. 22).

As políticas de governança empresarial ligadas ao cumprimento dos mandamentos normativos deve ser desenvolvida de acordo com as especificidades do ramo de atividade empresarial e sua respectiva regulamentação jurídica. Cada ramo de atividade está sujeito a distintos riscos normativos inerentes a atividade desempenhada, de tal sorte que não existe um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo ser construído e analisado em cada caso concreto.

A doutrina espanhola de BACIGALUPO aponta que esta nova perspectiva, que esta sendo desenvolvida na Europa, será também necessária nos países latino-americanos, cujos sistemas jurídicos se inspiram na cultura jurídica europeia. Não só este fator, mas o mercado globalizado e a operação transnacional do comércio mundial exigem, no âmbito empresarial,

a observância às novas modalidades de gestão do risco. Esta realidade não é diferente quando aplicada a matéria normativa penal, devendo a atividade empresarial preocupar-se com os riscos e os custos da regulamentação criminal que recai sobre sua atividade:

“Es de suponer que esta nueva perspectiva, que comienza a ser desarrollada en Europa y que no puede ser considerada como definitivamente acabada, será también necesaria en los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se inspiran en La cultura jurídica europea, y en los que también operan empresas europeas. Por lo pronto, La citada Ley chilena sobre La responsabilidad de las personas jurídicas regula extensamente los aspectos referentes a la prevención de infracciones de relevancia penal o administrativa.” (2001, p. 32).¹

Pode-se assim falar em *criminal compliance*, representado por políticas internas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal, de maior ou menor necessidade de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida. Atividades nas áreas financeiras, ambientais e tributárias, por exemplo, possuem um elevado risco normativo penal. No ordenamento jurídico brasileiro, os reflexos destas políticas de cumprimento já podem ser contemplados por meio da positivação ocorrida na Lei de lavagem de capitais, Lei nº 12.683/2012. No mesmo diploma legal em que o Estado brasileiro descreve o tipo penal de lavagem de capitais se estabelece uma série de deveres de cumprimento por parte de pessoas físicas e jurídicas. Essas obrigações decorrentes de lei afetam, no Direito Penal, principalmente “la cuestión de la tipicidad adquiere el sentido de un calculo ex ante dela relevancia de la conducta con miras a prevenir la responsabilidad, como se dijo, no solo de las personas individuales, sino la empresa misma.” (BACIGALUPO, 2011, p. 23) ²

Nesta linha, pode-se afirmar que as políticas de *compliance* vão mais além da política criminal de combate à lavagem de dinheiro por meio da colaboração das pessoas privadas na identificação de atividades suspeitas. Pode-se enumerar diversos traços essenciais a uma política eficiente de *compliance*, e mais especificamente de *criminal compliance*. As características do *criminal compliance* englobam políticas internas de prevenção. Estas políticas seriam as de prevenção, investigação e supervisão na busca de evitar ou descobrir delitos praticados por meio ou sob a proteção da pessoa jurídica. As empresas devem assumir internamente uma postura preventiva, fixando códigos de condutas. O marco da política de

¹ É de se supor que esta nova perspectiva que começa a se desenvolver na Europa e que não pode ser considerada definitivamente pronta, será também necessária nos países latino-americanos, cujos sistemas jurídicos se inspiram na cultura jurídica europeia, e nos demais em que operam empresas europeias. A citada lei chilena sobre responsabilidade das pessoas jurídicas regula amplamente os aspectos referentes a prevenção de infrações de relevância penal e administrativa. (tradução dos autores).

² Na questão da tipicidade se adquire o sentido de um cálculo anterior sobre a relevância da conduta com o objetivo de prevenir a responsabilidade tanto de pessoas individuais como da própria empresa. (tradução dos autores).

criminal compliance seria a nomeação de um responsável dentro de um departamento especializado (*compliance-officer*) com as funções de vigilância, assessoramento, advertência e avaliação dos riscos legais de gestão. Na função de vigilância se desenvolveria a prevenção de delitos praticados dentro da empresa, como, por exemplo, a lavagem de capitais.

Como explica SIEBER, os programas de *compliance* são técnicas de autoregulação regulada ou co-regulação, podendo variar muito em seu conteúdo pois sob esta ótica de observância se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a empresa, assim como delitos praticados em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais (2013, p. 71). O Poder Público poderá impor programas de cumprimento criminal de três formas, ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou tornando vinculantes os códigos de conduta internos das empresas. Países como Chile e Itália já desenvolveram políticas rígidas de cumprimento atreladas a verificação estatal.

Em que pese a relevância dos programas de cumprimento em matéria penal, estas políticas criminais de prevenção delegadas a iniciativa privada deve ser tomada com prudência pois não se pode nem delegar a função de polícia a iniciativa privada e tampouco impor um risco normativo de tal grandeza que prejudique o livre desenvolvimento das atividades econômicas violando postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal de um lado e do livre exercício econômico de outro.

No caso das políticas de cumprimento e colaboração aplicáveis a prevenção e combate a lavagem de dinheiro, forma clara e regulamentada de *criminal compliance* no Brasil, o objetivo do *compliance* não é outro senão fornecer informações para que o Estado possa tomar ciência do cometimento de crimes de lavagem de dinheiro. Porém, aos particulares investigados é negada a proteção da norma processual penal, desenvolvendo-se investigações criminais a margem dos órgão efetivamente de persecução criminal e, mais grave, com a participação de pessoas privadas supostamente da confiança do investigado. De outro lado se impõe obrigações a iniciativa privada que extrapolam o limite de sua atuação numa verdadeira delegação do poder de polícia. Sobre a legitimidade desta forma de atuação, destaca-se, novamente, o posicionamento de RIOS:

“Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu-se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a

prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um "equilibrado compromisso" depende de não assumir posturas extremadas de colaboração das particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional.” (2010, p. 53/53)

Desta forma, as políticas de *criminal compliance* merecem ser estudadas de forma mais aprofundadas no sistema jurídico brasileiro, especialmente no que tange aos limites de imposição de obrigação aos particulares e os custos que estes riscos normativos criminais podem gerar a atividade econômica.

3. *Criminal compliance* e políticas de combate à corrupção

No mesmo sentido da Lei de lavagem de capitais, recentemente foi sancionada a Lei n. 12.846/2013, chamada de Lei anticorrupção, que entrou em vigor no mês de fevereiro de 2014. Referida Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas nas esferas administrativa e civil pela prática de atos contra a administração pública.

Os custos sociais da corrupção são conhecidos, especialmente em países marcados pela desigualdade social e pelo desgaste midiático da imagem da administração e dos administradores públicos como ocorre no Brasil. Como afirmam PÉREZ CEPEDA e BENITO SÁNCHEZ, estes custos podem ser destacados na esfera política com o deterioramento de instituições democráticas, na esfera dos direitos fundamentais vez que acarreta prejuízos a igualdade e ao pleno exercício e efetividade destes direitos, assim como no âmbito econômico, “lo cierto es que en el largo plazo los efectos de la corrupción sobre la economía pueden ser devastadores pues tiende a perpetuarse en el tiempo y a expandirse en el espacio.” (2011, p. 195)³.

A Lei brasileira anticorrupção decorre de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção, como por exemplo, (i) a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002 e (iii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, chamada de convenção da OCDE, promulgada pelo Decreto n. 3678/2000.

³O certo é que a longo prazo os efeitos da corrupção sobre a economia podem ser devastadores pois tendem a perpetuar-se no tempo e expandir-se no espaço. (tradução dos autores).

Os referidos tratados obrigam que os países tomem as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção. Assim, a Lei n. 12.846/20013 estabeleceu em seu artigo 2º a responsabilização objetiva, nos âmbitos civil e administrativo, pelos atos lesivos praticados à administração pública nacional ou estrangeira disposto no artigo 5º da mesma Lei, tais como a promessa de vantagem indevida a agente público.

Apesar de não estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que está de acordo com a Convenção da OCDE (DEBBIO; MEDA e AIRES, 2013, p. 323), a presente discussão ganha força na medida em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica já é uma realidade no Direito Penal europeu bem como se constitui em uma tendência que, cedo ou tarde, fará parte da realidade global. BACIGALUPO aponta que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será una realidad generalizada tarde o temprano en el derecho penal europeo continental y probablemente también en el derecho penal latinoamericano” (2011, p. 120)⁴.

Assim, a concepção contemporânea da autorregulação passa a ser um imperativo e a mudança de paradigmas é evidente. Ante o crescente influxo do *compliance* criminal, tem-se como primeira hipótese do trabalho a constatação de que há uma nova forma de intervenção e atuação no âmbito do direito penal destinada a evitar o processo e a prevenir eventual responsabilização criminal, o que acarretará em custos para a atividade econômica empresarial. Segundo TIEDMANN, trata-se de uma nova espécie de intervenção estatal na esfera da responsabilidade criminal, que irá interferir na atividade empresarial mesmo antes do início de eventual processo:

“ Más amplia que la habitual: no solo orientada a la defensa en un proceso penal, sino previa al proceso y a toda decisión económica jurídicamente controvertida, orientada, por lo tanto a evitar el proceso, dado el costo, no solo en dinero, sino sobre en términos de prestigio en la opinión pública, que el proceso e la exposición pública que este implica conllevan para La empresa y sus directivos personalmente.” (2013, p. 33)⁵

Desta forma, não há como pensar no desenvolvimento da atividade empresarial desacompanhada da figura do gestor de riscos. BOTTINI, destaca que a atividade empresarial

⁴ A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, cedo ou tarde, será uma realidade generalizada no direito penal europeu continental e, provavelmente, também no direito latino-americano. (tradução dos autores)

⁵ Mas ampla que a habitual, não só orientada a defesa em um processo penal como prévia ao processo e a toda decisão econômica juridicamente controvertida, portanto, orientada a evitar o processo dado o custo em dinheiro e também em termos de prestígio na opinião pública que a exposição do processo implicam a empresa e a seus diretores. (tradução dos autores)

deve ser desenvolvida diante da noção de risco e elemento ameaçador, na qual o gerenciador de riscos é pessoa indispensável:

”Risco imprescindível para as atividades produtivas x elemento ameaçador – nessa ambiguidade que surge o gestor. “a gestão do risco é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens. É qualquer pessoa encarrega de avaliar os riscos. A avaliação e a elaboração de estratégias de enfrentamento de risco ganham terreno e importância nos espaços empresariais. Instrumentos de auto-regulamentação, de incentivo de controle de riscos, de desenvolvimento sustentável pautam a atuação de organizações privadas” (2010, p. 51).

Esta nova visão deve ser situada no seu contexto histórico e analisada de acordo com a expansão do direito penal inserido em uma sociedade globalizada, cada vez mais utilizado para controlar o desenvolvimento das atividades empresárias. Portanto, tem-se que o discurso da autorregulação e do gerenciamento do risco normativo penal possui reflexos econômicos e político-criminais, exigindo uma mudança de paradigmas para prevenir, “*ex ante*”, a produção de um evento delitivo.

4. Custos da responsabilização criminal na atividade empresarial

Em que pese parte respeitável da doutrina nacional entender que a responsabilização criminal da pessoa jurídica seria inconstitucional por violar princípios fundamentais do direito penal como o princípio da culpabilidade, personalidade da pena e punibilidade (CIRINO DOS SANTOS, 2008, p. 431), certo que a legislação brasileira já prevê este instituto, mesmo que de forma limitada aos crimes contra o meio ambiente. Assim, em determinados tipos penais tais como os de poluição e desmatamento é possível a responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação de elevadas penas de multa e restritivas de direito como as de paralisação das atividades.

Todavia, a aplicação da norma penal sobre atividade empresarial pode se desenvolver de outras formas, principalmente, por meio da responsabilização criminal dos sócios, dirigentes e empregados e por meio de ramo correlato ao direito penal econômico denominado pela doutrina espanhola de direito de intervenção (MARTINÉZ-BUJAN PÉREZ, 2011, p. 72).

A responsabilidade criminal será sempre pessoal e subjetiva, desta forma, os atos típicos cometidos na empresa ou pela empresa não estão limitados a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, mas podem, e deverão, ser imputados as pessoas físicas responsáveis

subjetivamente pela toda de decisões da empresa. Em que pese o ordenamento brasileiro não admitir a responsabilidade criminal da empresa por tipos como lavagem de capital, sonegação fiscal, evasão de divisas, corrupção ativa e fraude a licitação, dentre outros característicos da atividade empresarial, seus sócios, administradores e empregados poderão ser penalmente processados e condenados por tais condutas, desde que provada sua culpa.

Já o direito de intervenção seria uma espécie de meio termo entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade civil. Segundo MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ seria um direito sancionador situado no meio do caminho entre o direito público e o direito privado caracterizado por garantias e procedimentos menos rigorosos que os penais e que apliquem sanções menos lesivas a direitos individuais, voltados a tutela de relações econômicas que violem bens jurídicos de menor relevância (2011, p. 72). Pode-se afirmar que nesta categoria jurídica estaria enquadrada a responsabilização trazida no ordenamento pátrio pela Lei anticorrupção acima destacada.

Estas três formas de se imputar responsabilidade e sancionar pessoas por atividades ilícitas desenvolvidas no âmbito da atividade econômica empresarial podem acarretar uma série de efeitos negativos e custos às empresas. Os prejuízos decorrentes de um processo criminal não se limitam aos efeitos da condenação que eventualmente aplique pena de multa, restritiva de direitos, ou mesmo reparação de danos, só o fato de ser investigado pelas autoridades policiais e de ser processados criminalmente geram abalos.

Os custos oriundos da submissão da empresa e seus dirigentes a investigação policial e processo penal se refletem também pela exposição negativa de suas imagens, o que ganha efeitos potencializadores na atualidade com a presença da mídia e da velocidade da informação transmitida por meio das “redes sociais”. A pessoa, física ou jurídica, submetida a processo criminal tem sua imagem exposta publicamente em nível mundial, o que pode despertar preconceitos e prejulgamentos realizados por pessoas sem capacidade técnica ou com total desconhecimento da realidade fática discutida nos autos.

Ainda, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares penais pode resultar em bloqueio de valores mantidos em conta bancária, sequestro de bens, limitação de direitos e de desenvolvimento de determinadas atividades, resultando em direito prejuízo econômico e mesmo inviabilizando a atividade empresarial em determinadas situações.

Diante destes custos advindos da responsabilização criminal à atividade empresarial é que políticas como as de prevenção e autocontrole expressas pelo *criminal compliance*

devem ser planejadas para além de seus custos imediatos de implantação e custeio, mas também pelos prejuízos que podem evitar a médio e longo prazo. Assim, a análise dos efeitos econômicos das políticas de cumprimento de normas penais deve ser considerada tanto na esfera jurídica como na esfera empresarial.

5. Análise econômica das políticas de *criminal compliance*

No Brasil, recentes estudos tem demonstrado que a crescente relevância global da economia e o aumento de investimento estrangeiro direto exigem a necessidade de adequação da atividade empresarial às diretrizes internacionais de políticas anticorrupção e de prevenção à prática de crimes relacionados à atividade econômica transnacional, tal como a lavagem de dinheiro:

“Mudanças estão ocorrendo nesse cenário. Como algumas dessas empresas dependem do mercado de capitais e de organismos de desenvolvimento para obter recursos necessários à ampliação dos negócios, elas estão incorporando boas práticas de governança corporativa alinhadas aos requisitos da Bolsa de Valores e órgãos de financiamento. A preocupação com níveis de governança corporativa tem crescido significativamente no Brasil durante a última década, no entanto ainda há espaço para melhorias.” (CLAYTON, 2013, p. 153).

Neste sentido, se faz necessário trazer a elaboração do presente estudo a chamada Análise Econômica do Direito. GICO JUNIOR leciona que a AED é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a avaliação e aplicação de normas jurídicas, principalmente às suas conseqüências” (2011, p. 19).

A lição acima exposta conduz a constatação de que cada vez mais os postulados da economia tem se revelado necessários para o estudo do ordenamento jurídico e da complexidade em que se assentam as relações sociais, sendo uma importante ferramenta interdisciplinar para compreender os impactos e implicações que uma norma legal produz na sociedade, de forma a verificar o estabelecimento ou modificação dentro de um contexto específico (BITTENCOURT, 2011, p. 28).

PINHEIRO afirma que essa necessidade de leitura interdisciplinar advém de uma nova realidade de atuação jurisdicional, ao menos no que se refere à postura do advogado. Este não é o único detentor do monopólio de acesso à justiça, e o Poder Judiciário acabou se

tornando uma alternativa distante para a solução dos conflitos, seja em razão do alto custo que demandam os processos judiciais, a morosidade do sistema jurídico, a imprevisibilidade das decisões até os imensuráveis prejuízos à imagem das corporações:

“Diante da realidade, não é mais o advogado que administra o monopólio de acesso à justiça, tampouco pode ser considerado um elemento causador de tumultos, ganancioso e pernóstico. Seu papel mudou radicalmente para a sociedade e para as empresas. Muito mais do que um formalizador das decisões *ex ante*, o advogado é fundamental para agregar valor ao acionista e evitar riscos que possam colocar em xeque o negócio em si. O poder judiciário acabou se tornando uma alternativa mais distante para solução de conflitos.” (2005, p. 09).

Portanto, o incremento de uma nova postura gerencial e de governança corporativa no âmbito do Direito Penal, advindo de normas que vinculam o comércio global e Leis específicas que recentemente estão sendo criadas no ordenamento jurídico pátrio, deve-se conjugar a sua respectiva análise econômica.

Este viés possibilitará verificar a relação entre os custos de implantação e os impactos que a adequação à necessidade de autorregulação poderá gerar no âmbito empresarial, em especial na diminuição do risco de demandas judiciais, preservação da ética, imagem e prevenção contra fraudes econômicas. Também, o reconhecimento de programas de *compliance* minimizará discrepâncias no mercado, em que empresas que investem na prevenção (inclusive em decorrência de legislações internacionais), estão de certa forma, em desvantagem em comparação com empresas que não possuem qualquer obrigação ou incentivo para adoção dos programas de *compliance* (DEBBIO; MEDA e AIRES, 2013, P. 323).

Se é certo que a implementação de programas de prevenção e de cumprimento de normas, inclusive as penais como ocorre no caso das obrigações de colaboração com a política anti lavagem de dinheiro, gera custos reais para a atividade empresarial, tais como treinamento de pessoal, contratação de consultorias externas, criação de departamentos específicos de *compliance*, de outro lado estes programas podem trazer potenciais benefícios a serem explorados. A política de cumprimento de obrigações pode ser utilizada como ferramenta de *marketing* tanto para vender a integridade da empresa como para vender serviços personalizados decorrentes da necessidade de se conhecer melhor os clientes:

“Es cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede dificultar la maximización de beneficios, que es lo que persigue toda empresa. Pero también se puede utilizar como forma de publicidad positiva, pues permite eludir la mala imagen que se puede derivar de posibles incumplimientos, y compensar de alguna

manera los costes de sus inversiones.” (BLANCO CORDERO, 2009, p. 121)⁶.

O panorama do gerenciamento de riscos a partir da ideia de *criminal compliance* adquire contornos contemporâneos e práticos na medida em que além da pertinente análise econômica, necessário se faz o estudo a partir dos reflexos na responsabilidade criminal sobre a atividade empresarial. É neste sentido que o direito penal é afetado e a perspectiva da prevenção orienta novos paradigmas penais: (i) o desvalor de resultado é substituído pelo desvalor de ação, (ii) a opção pela tipificação de crimes de perigo abstrato, (iii) a recorrente administrativização do Direito Penal, (iv) (in) determinação dos crimes omissivos impróprios e o (v) estabelecimento de um número cada vez maior de normas penais em branco.

Na doutrina dos países onde os deveres de gerenciamento de risco e autorregulação já se faz presente muito se tem discutido sobre o alcance desses programas para a atribuição de responsabilidade criminal, seja excluindo a responsabilidade criminal ou funcionando como causa de diminuição de pena.

De acordo com a legislação espanhola, SILVA SANCHEZ propõe a seguinte reflexão em torno do tema: os programas de cumprimento normativo jurídico-penais efetivamente implantados e realmente operativos eximem de pena a pessoa jurídica? (2013, p. 30)

Para um setor da doutrina haveria sua exclusão em razão de 3 (três) argumentos: um literal, se existe o programa de *compliance* pode-se afirmar que a pessoa jurídica exerceu o devido controle de seus empregados. Um argumento teleológico, se existe um programa de *compliance* não se poderia responsabilizar a pessoa jurídica sem violar o princípio da responsabilidade e um sistemático: se um programa de *compliance post delictum* atenua a pena, o anterior deveria excluí-la.

Políticas de respeito às normas penais dentro da atividade empresarial com o intuito de evitar o cometimento de delitos em favor da empresa e de delitos praticados por meio da empresa, utilizada nesta modalidade como instrumento para a prática de ilícitos penais, poderão acarretar vantagens na atividade empresarial. Estas vantagens poderão vir na forma de um diferencial publicitário positivo a empresa que zela pela correspondência normativa de suas atividades, e, também, pelos custos evitados na prevenção de processos judiciais, especialmente processos criminais, os quais acarretam desgaste de imagem institucional e de

⁶ É certo que o cumprimento de tais obrigações pode dificultar a maximização de benefícios, o que se persegue em toda empresa. Porém, também se pode utilizar como forma de publicidade positiva, pois permite elidir a má imagem derivada de possíveis descumprimentos e compensar os custos de sua implementação. (tradução dos autores)

seus diretores, assim como prejuízo direito por meio de aplicação de penalidades como multas e paralisação das atividades, o que já é uma realidade no ordenamento brasileiro no que tange aos crimes contra o meio ambiente regulados na Lei n. 9.605/98.

Desta forma, a análise integrada dos programas de *criminal compliance*, especialmente no que se refere a atuação preventiva da criminalidade econômica transnacional e as políticas anticorrupção, aos seus reflexos econômicos na atividade empresarial podem representar um novo paradigma para a política criminal e para a atividade econômica empresarial. O destaque dos riscos normativos da atividade empresarial diante de um modelo penal em expansão somados aos benefícios oriundos de programas preventivos podem ser o início de uma mudança cultural na forma de se relacionar a atividade empresarial ao direito penal.

5. Conclusão

As ideias expostas ao longo do presente estudo autorizam destacar algumas considerações finais no que tange a relação entre as políticas de *criminal compliance* aplicáveis as atividades empresariais e seus reflexos econômicos sobre estas atividades.

Determinadas atividades empresariais estão sujeitas a complexo regramento jurídico, inclusive no âmbito do direito penal, grande exemplo são as atividades que envolvem riscos de utilização para lavagem de capitais. Aos naturais riscos destes negócios soma-se o risco normativo, representado pela necessidade de correta adaptação ao regramento jurídico, demandando a implementação de políticas de *criminal compliance*.

O ordenamento brasileiro segue uma tendência de política criminal desenvolvida internacionalmente por meio da qual se busca uma ampliação do âmbito de alcance das normas penais, incluindo a responsabilização criminal e administrativa das pessoas jurídicas. Nesta linha de política criminal foi recentemente publicada a Lei anticorrupção, por meio da qual se incorporam ao ordenamento pátrio orientações internacionais de repressão a corrupção, demandando da atividade empresarial uma gama de novos investimentos na prevenção de cometimento de ilícitos de empresa.

Desta forma, a implementação de políticas de *criminal compliance* é uma realidade a ser enfrentada pelas empresas brasileiras. A análise de seus custos não pode passar despercebido pelo direito. Esta necessidade é reforçada diante dos efeitos negativos advindos

da submissão da empresa, seus sócios, administradores e empregados a processos e condenações criminais.

A aplicação dos programas de cumprimento de normas, especialmente de normas penais geram custos a atividade empresarial, contudo referidos programas podem ser utilizados em favor da empresa revertendo estes custos em benefícios, tais como aqueles decorrentes da melhora da imagem da empresa e os custos oriundos da evitação de processos criminais.

Assim, os benefícios trazidos à atividade empresarial com a criação e implementação de programas de *criminal compliance* devem ser destacados como forma de incentivo ao desenvolvimento de uma nova cultura das relações entre direito penal e atividade empresarial. A prevenção do cometimento de crimes em benefício da empresa e de crimes cometidos por meio da empresa, deve ser incorporada nas práticas de governança, o que resultará em avanços concretos na política criminal nacional, especialmente nas áreas da criminalidade econômica transnacional, na medida em que se substitui o ineficaz estímulo negativo da ameaça de pena pelo estímulo positivo dos benefícios advindos do desempenho da atividade econômica em adequação às normas.

Referências

- BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. In EGUZKILORE, número 23, San Sebastián, 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Júris – ICPC, 2008.
- DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio De Janeiro, Elsevier, 2013.
- GICO JR, Ivo. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 2011.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. *La política criminal internacional contra la corrupción*, In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública*, Vol. IV, São Paulo, RT, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

RIOS, Rodrigo Sanches. *Direito Penal Econômico: Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal*. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010.

SIEBER, Ulrich. *Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, in *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Valência, Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona. Ed: Atelier, 2013.

TIEDMAN, Klaus. *El derecho comparado em el desarrollo del derecho penal econômico*. In: Zapatero, Luis Arroyo; Martín, Adan Nieto. *El Derecho Penal Economico en La era Compliance*. Valência, Tirant lo Blanch, 2013.