



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**RUDÁ SANTOS FIGUEIREDO**

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E LEI 12.846/2013: A  
ADOÇÃO DO *COMPLIANCE* COMO EXCLUDENTE DE  
RESPONSABILIDADE**

Salvador  
Março de 2015

**RUDÁ SANTOS FIGUEIREDO**

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E LEI 12.846/2013: A  
ADOÇÃO DO COMPLIANCE COMO EXCLUDENTE DE  
RESPONSABILIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Alessandra Rapassi  
Mascarenhas Prado

Salvador  
Março de 2015

F475Figueiredo, Rudá Santos,

Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade/ por Rudá Santos Figueiredo. – 2015.

229 f.

Orientador: Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Direito penal. 2. Intervenção mínima (Direito penal). 3. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 345

**RUDÁ SANTOS FIGUEIREDO**

**DIREITO DE INTERVENÇÃO E LEI 12.846/2013: A  
ADOÇÃO DO COMPLIANCE COMO EXCLUDENTE DE  
RESPONSABILIDADE**

Dissertação apresentada como requisito parcial para  
obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de  
Direito da Universidade Federal da Bahia.

\_\_\_\_\_ em \_\_\_\_\_ de Março de 2015.

(Aprovada/Reprovada)

Banca Examinadora

---

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado – Orientadora  
Doutora em Direito  
Universidade Federal da Bahia

---

Professor  
Grau de titulação  
Instituição

---

Professor  
Grau de titulação  
Instituição

*Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar para atravessar o rio da vida. Ninguém, exceto tu, só tu. Existem, por certo, atalhos sem número, e pontes, e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio, mas isso te custaria a tua própria pessoa: tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Aonde leva? Não perguntes, siga-o!*

**Friedrich Nietzsche**

## AGRADECIMENTOS

Certamente, agradeceria aos mesmos que acompanharam, verdadeiramente suportaram, desde o trabalho de conclusão de curso na graduação, mas não sem mencioná-los expressamente.

Ao Deus, grande arquiteto do universo, que se faz presente sempre que me defronto com os desafios impostos pela vida, meu agradecimento pela força invisível e intangível que me direciona todos os dias.

À minha orientadora, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, agradeço pelo acompanhamento cuidadoso da confecção do trabalho, lendo-o com atenção, tecendo todas as críticas pertinentes, mas sem perder paciência dos engendrados para o ensino. Muito obrigado pela paciência, leituras, sugestões, críticas, cuidado e apoio.

Ao professor Sebastián Borges de Albuquerque Mello, a quem tenho a honra de chamar, ainda, de colega no curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, meu agradecimento pela leitura cuidadosa do trabalho desde a qualificação, e pelas sugestões e críticas, às quais espero ter absorvido, de sorte a ter feito texto digno de apresentar-lhe.

À Gamil Föppel, por todas as lições passadas, livros emprestados e pela paciência em relação às necessidades atinentes à conclusão deste concurso. Qualquer frase não representaria, adequadamente, seu apoio: verdadeiramente inefável.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. Direito de Intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do *compliance* como excludente de responsabilidade. 229 f. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

## RESUMO

O precípua escopo deste trabalho é analisar os efeitos que devem ser atribuídos à instituição de um programa de *compliance* por uma pessoa jurídica, no tocante à responsabilidade prevista pela Lei 12.846/2013. O diploma é compreendido a partir de uma análise do direito penal e de sua denominada administrativização, a fim de sistematizá-lo. Assim sendo, é feita uma incursão sobre a atual contextura do direito penal e sua expansão, a fim de observar as propostas atinentes aos problemas surgidos e, notadamente, o Direito de Intervenção, não sem examinar as críticas que lhe são impostas. Feita essa análise, é realizado um exame, mais descritivo, da Lei 12.846/2013, a fim de entender seus contornos, entendendo-a como manifestação normativa que pode ser sistematizada como um corpo de direito de intervenção, dentro do qual se insere o *compliance*, enquanto medida de realização da prevenção técnica inerente ao Direito de Intervenção. Realiza-se, então, análise do *compliance*, no tocante a seu conceito, aos elementos que o compõem, a finalidade que lhe é atribuída (e sua correlação com o Direito de Intervenção e o próprio escopo geral da Lei 12.846/2013). Por fim, são examinados os efeitos que devem ser atribuídos à adoção de um regime de *compliance*, propondo-se que seja a violação ao dever de adotar o sistema de comprometimento um pressuposto para a imposição de punições, na forma da Lei 12.846/2013, de sorte que a adoção de um regime efetivo de *compliance* terá por efeito a exclusão da responsabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito penal; direito intervenção; direito administrativo-sancionador; direito penal de segunda velocidade; sociedade de riscos; modernização do direito penal; responsabilidade penal da pessoa jurídica; Lei 12.846/2013; corrupção; *compliance*; proporcionalidade, razoabilidade, responsabilidade objetiva; responsabilidade subjetiva.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2. DIREITO DE INTERVENÇÃO E A LEI 12.846/2013</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1. A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA “ADMINISTRATIVIZAÇÃO”: DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA, DIREITO PENAL SIMBÓLICO, DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCOS E SURGIMENTO DAS PROPOSTAS ALTERNATIVAS</b> .....	<b>14</b>
<b>2.2. DIREITO DE INTERVENÇÃO E AS IDEIAS DA ESCOLA DE FRANKFURT</b>	<b>27</b>
<b>2.3. DIREITO DE INTERVENÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS</b> .....	<b>30</b>
2.3.1. <i>Distinção entre Direito de Intervenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador</i> .....	35
2.3.2. <i>Direito de intervenção e direito penal de segunda velocidade</i> .....	44
2.3.3. <i>Críticas ao direito de intervenção</i> .....	47
<b>3. A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO</b> .....	<b>64</b>
<b>3.1. A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO NO DIREITO DE INTERVENÇÃO: DO PORQUÊ DE SE FALAR EM DIREITO DE INTERVENÇÃO</b> .....	<b>64</b>
<b>3.2. CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO E ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO</b> .....	<b>70</b>
<b>3.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIZAÇÃO</b> .....	<b>94</b>
3.3.1. <i>Responsabilização civil</i> .....	99
3.3.2. <i>Responsabilização administrativa e sanções a ela atinentes</i> .....	100
3.3.3. <i>Responsabilização judicial e sanções a ela atinentes</i> .....	106
<b>3.4. A LEI ANTICORRUPÇÃO COMO DIREITO SANCIONADOR OU DIREITO DE INTERVENÇÃO</b> .....	<b>112</b>
<b>4. O INSTITUTO DO COMPLIANCE NA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEU CONTORNO APARENTE: O PROBLEMA A SER ENFRENTADO</b> .....	<b>115</b>
<b>4.1. CONCEITO DO COMPLIANCE</b> .....	<b>116</b>
<b>4.2. O CARÁTER PREVENTIVO DO COMPLIANCE</b> .....	<b>127</b>
<b>4.3. ELEMENTOS DO COMPLIANCE</b> .....	<b>132</b>
4.3.1. <i>Elementos do compliance com fundamento na experiência internacional</i>	135
<b>4.4. CRÍTICAS À ADOÇÃO DO COMPLIANCE COMO INSTITUTO JURÍDICO</b>	<b>149</b>
<b>5. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE NA LEI 12.846/2013: A VEDAÇÃO À RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O COMPLIANCE COMO ELEMENTO PARA COMPREENSÃO DA CULPABILIDADE NESSE ÂMBITO</b> .....	<b>157</b>



**5.1. A RESPONSABILIZAÇÃO PRETENSAMENTE OBJETIVA PREVISTA NA  
LEI EXAMINADA À LUZ DO DIREITO DE INTERVENÇÃO E O COMPLIANCE  
162**

5.1.1. *Cabimento das sanções para pessoas jurídicas no Direito de  
Intervenção.....* 162

5.1.2. *A adoção de programas de comprometimento como limite para a  
responsabilização na Lei 12.846/2013.....* 168

5.1.2.1. *A adoção do programa de compliance e a culpabilidade da pessoa  
jurídica conforme a lei 12.846/2013.....* 185

5.1.3. *Da figura do compliance officer e seu tratamento jurídico-penal.....* 189

**5.2. A RELAÇÃO ENTRE O COMPLIANCE E O ACORDO DE LENIÊNCIA: DA  
POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AINDA QUE NÃO  
HAJA O ACORDO ..... 194**

**6. CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 197**

**7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 218**

## 1. INTRODUÇÃO

Foi possível observar, nos últimos anos, que o combate à corrupção se tornou um forte reclamo nacional, reclamo este que tomou conta do país por ocasião das manifestações que tomaram conta do Brasil no período da Copa das Confederações e que, de quando em vez, é objeto de novas manifestações.

A expressão corrupção, contudo, tecnicamente, não tem a amplitude que lhe dá a sociedade em geral. Senso comum, o vocábulo passou a designar, em geral, os atos atentatórios à Administração Pública, englobando, no senso comum, delitos vários, como prevaricação, advocacia administrativa, peculato.

Nesse contexto, surge a Lei 12.846/2013, com o propósito de apenar pessoas jurídicas que porventura se vejam envolvidas em hipóteses de cometimento, por seus funcionários, de atos definidos como lesivos à Administração Pública.

A Lei 12.846/2013 teve grande impacto midiático por veicular sanções para pessoas jurídicas nos casos em que por seus integrantes fossem praticados atos lesivos à Administração Pública. Imediatamente, veio a ser denominada lei Anticorrupção, com referência ao termo utilizado, senso comum, para designar tais atos, e a ensejar diversas inquietações de ordens distintas.

Por um lado, a população se viu atendida em parte dos muitos pedidos realizados em manifestações e passeatas grandiosas e grandiloqüentes ocorridas no período da Copa das Confederações, tendo por estopim os altos gastos com tal evento esportivo (e a ulterior Copa do Mundo) e problemas nos transportes públicos.

De outra banda, a doutrina passou a se preocupar com a nova legislação, sua sistematização e com o funcionamento do denominado *compliance*. Isso porque a novel legislação previu, dentre seus dispositivos, que a formulação, pelas empresas, de programas de comprometimento com o cumprimento do

ordenamento deveriam ser levados em conta no momento da formulação da sanção.

Não demoraram a eclodir na imprensa e em revistas científicas textos, ainda que sucintos, para tratar da necessidade de as empresas adotarem tais programas, para evitar maiores problemas e gastos.

A inquietação científica atinente ao presente trabalho brota de tal contexto e exsurge para investigar se, efetivamente, pode a Lei 12.846/2013 veicular uma responsabilização objetiva em desfavor da pessoa jurídica e, acaso não possa, em que medida deve existir uma culpabilidade da pessoa jurídica, para esse diploma.

Nesse contexto, o exame central se volta à importante figura do *compliance*, que parece ser elemento chave para compreensão da responsabilização da pessoa jurídica a teor da Lei 12.846/2013.

Isso porque a legislação o veicula como um dos critérios para aplicação das sanções por ela previstas, sem deixar claro quais devem ser seus efeitos, se posicionando a doutrina no sentido de entendê-lo como sendo uma atenuante.

O problema que se apresenta, assim, é identificar se é possível admitir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica conforme a Lei 12.846/2013, considerando, sobretudo, a inserção do *compliance* no texto positivo e examinando-o enquanto elemento chave para compreensão do diploma. Assim, se afigura enquanto objetivo deste trabalho a análise de quais devem ser os efeitos da adoção de um regime de *compliance* por uma pessoa jurídica, para fins de responsabilização nas formas previstas pela Lei 12.846/2013.

A hipótese deste trabalho é de que a adoção de programas efetivos de *compliance* deve, contudo, implicar que não sejam impostas as sanções, é dizer, deve obstar a responsabilização, em razão de: 1) sua adoção demonstrar que não houve assunção do risco por parte da pessoa jurídica, o que obstaria até mesmo uma responsabilização objetiva; 2) ser o *compliance* a medida razoável que se pode esperar das pessoas jurídicas, sendo vedado ao direito fazer exigências absurdas, como seria a de simplesmente impor as pessoas jurídicas o dever de impedir que seus funcionários cometam crimes; 3) ser a responsabilidade objetiva

vedada do ponto de vista do Direito de Intervenção, de sorte que o *compliance* deve ser visto como medida da culpabilidade das pessoas jurídicas.

Para tal mister, necessário se faz examinar as sanções da Lei 12.846/2013 e compreender sua natureza, a fim de que entenda os limites que nem mesmo o legislador pode ultrapassar ao veicular a responsabilização da pessoa jurídica, exame este que termina por se confundir com exame da natureza do próprio diploma.

Tal discussão se insere no bojo das discussões acerca da intervenção do direito penal a fim de tutelar as atividades estatais, diferente da proteção histórica aos bens individuais; da intervenção penal em hipóteses típicas de perigo abstrato; do expansionismo penal e da necessidade de que suas garantias se espalhem na mesma medida em que o poder de punir.

Deveras, a Lei Anticorrupção surgiu para tratar de fato cuja ilicitude já é reconhecida pelo direito penal, se vale de elementos que integram o direito penal (como *compliance* – já previsto, inclusive, na Lei de Lavagem - e acordo de leniência), mas veicula sistema em que cabe a pretensão de ressarcimento de danos; a imposição, pela Administração Pública, de multa e do dever de publicar a condenação em jornal de grande circulação.

Fato é que o direito penal passa por largo descrédito, ante sua ineficácia para tratar de certas temáticas. Sobretudo, no âmbito da tutela das novas necessidades penais é que se vê as maiores críticas à seara criminal.

Há um movimento para, exatamente, retirar do direito penal o tratamento de diversas condutas, transferindo-o para uma seara em que a pena privativa de liberdade não seja uma opção. Esta, aliás, seria a melhor alternativa para imputar responsabilidade às pessoas jurídicas, valendo-se exatamente do *compliance*, ao revés de se permitir o açambarcar da dogmática penal.

Nada obstante, a identificação da natureza da Lei 12.846/2013 não se firmará na necessidade e utilidade do surgimento de novas formas de tratamento das questões penais, mas através de seus elementos e da análise dos pontos

essenciais do direito penal, do direito administrativo-sancionador e do denominado Direito de Intervenção.

Dentro desta linha de raciocínio, considerando a existência de zonas de lesão intermediária, a ineficácia do direito penal, sobretudo, para tratar das novas necessidades, e da necessidade de se buscar alternativas ao sistema penal tradicional (consistente na formulação de modelo de superação da pena de prisão), dirigiram esforços, ainda, diversos outros doutrinadores, que cunharam tentativas de formulação de um direito que sancione, sem que o faça através da prisão.

Tais tentativas, ao que tudo indica, pretensamente, pretendem a criação de uma nova seara, em que, basicamente, cessada a prisão, ascendem novas formas de controle. Por vezes, assim, essas novas formulações, sob o fundamento de consubstanciarem novas searas, aventam que as garantias penais devem ser suprimidas. Entretanto, tal matéria deve ser discutida, pois a só retirada da prisão não permite concluir que qualquer sistema é diferente do direito penal. Convém rememorar, no entanto, que o cárcere é manifestação punitiva relativamente nova e assim como sua ascensão não representou o fim do direito penal (que antes continha como sanções as chamadas penas corporais ou aflitivas), seu declínio, decerto, não o fará.

De outra banda, vêm sendo criados sistemas em que o poder punitivo transborda para outras searas, muito embora as garantias não sejam transportadas, razão por que se entende que um direito administrativo-sancionador tal seria mais opressivo que o próprio direito penal. Assim, implicaria, em verdade, a expansão do poder estatal de punir.

Efetivamente, vê-se que os órgãos de classe por vezes hoje detêm poder para sancionar mais gravemente alguém do que um juiz criminal, por exemplo, nas hipóteses de delitos de menor potencial ofensivo. A OAB, *v. g.*, pode expulsar, em caráter perpétuo, de seus quadros, um advogado, já que lá não vige o princípio da não perpetuação das penas.

Nessa trilha, a preocupação do penalista com essas novas manifestações do direito, em que, a toda evidência, o poder de punir é pujante, a fim de que sejam conservadas as garantias dos indivíduos e das organizações.

Diante disso, observa-se que há diversas propostas para adoção de alternativas ao direito penal, notadamente, considerando sua identificada crise, a implicar a alteração das lentes de enfrentamento das lesões a bens jurídicos em sentido amplo, a fim de formar um sistema coeso com separação do que deve ser objeto do direito penal e o que deve ser objeto de outras searas, entendendo quais princípios devem ser inerentes a cada campo e como devem eles ser sistematizados de modo lógico-racional não só do ponto de vista interno, ou da seara em si mesma, quanto na sua relação com o ordenamento como um todo.

Os capítulos, para análise do precípua escopo do trabalho, se desenrolarão da seguinte forma: 1) será examinado o contexto das discussões acerca do direito de intervenção e do surgimento da Lei Anticorrupção como marca destes novos tempos; 2) será examinada a Lei 12.846/2013, ou Lei Anticorrupção, identificando seus contornos, para, após, ser analisada, com base em tais premissas, sua natureza; 3) será examinado o instituto do *compliance* acuradamente, haja vista que perscrutar seus efeitos, no âmbito da responsabilização positivada pela Lei 12.846/2013, é objetivo do trabalho, razão pela qual se impõe, também, entender seus contornos; além disso, a finalidade do *compliance* permite compreender o viés preventivo da Lei 12.846/2013 e, por conseguinte, sua natureza; 4) por fim, será feito um capítulo para examinar, exatamente, se é possível uma responsabilização objetiva da pessoa jurídica de acordo com a Lei 12.846/2013 e o papel do *compliance* nesse contexto.

## 2. DIREITO DE INTERVENÇÃO E A LEI 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 adveio ao ordenamento pátrio com uma proposta única e ressoou por todas as partes como um “avanço” no combate à corrupção.

De fato, a chamada Lei Anticorrupção veiculou uma manifestação normativa única, voltada a sancionar pessoas jurídicas pela prática de “atos lesivos à Administração Pública”, conforme a definição contida no art. 5º do diploma.

Para tal mister, premente examinar a Lei Anticorrupção e sua natureza, o que se considera através do exame de os institutos, sanções, das regras que veicula e de sua finalidade. A partir da natureza do diploma, é que se verificarão os efeitos que devem ser atribuídos ao *compliance*, instituto este de contornos também delineados neste trabalho, máxime para analisar a possibilidade de ser veiculada uma responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, como parece pretender o diploma.

Consoante se analisará pormenorizadamente adiante, a Lei Anticorrupção aborda o dever de ressarcir o erário em havendo lesão à Administração Pública, sanção esta de natureza cível. Demais disto, versa acerca das multas que se pode impor em caso de realização de ato ilícito por integrante de empresa, a revelar sanção de caráter, notória e tradicionalmente, administrativo. Há ainda sanções mais graves e que podem ser impostas apenas pelo Judiciário, dentre as quais a dissolução da empresa, a denotar a existência de tratamento jurídico distinto e gravoso, diferente do que comumente se vê no direito administrativo ou até no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Há institutos de claro cariz penal, a saber: a) acordo de leniência; b) *compliance*.

Denota-se, assim, a construção de um microsistema<sup>1</sup>, inclusive contando com regras processuais, inserindo em seu bojo a ação civil pública como via adequada para discussão de eventual ato sancionado pela Lei Anticorrupção, cuja natureza impede perscrutar.

## *2.1. A DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA “ADMINISTRATIVIZAÇÃO”: DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA, DIREITO PENAL SIMBÓLICO, DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCOS E SURGIMENTO DAS PROPOSTAS ALTERNATIVAS*

A linha condutora desse trabalho e o que o justifica em linha de pesquisa correlacionada à seara penal se refere, exatamente, à constatação de que: 1) o direito penal, hodiernamente, para tratar das necessidades surgidas no âmbito da sociedade de riscos, vem sofrendo um processo de expansão promovido pelos Estados; 2) outras áreas vêm passando ainda por um recrudescimento de seus contornos, também promovidos pelos Estados, por vezes até adotando medidas de ordem penal (como demonstrado acerca da Lei 12.846/2013), sem que, contudo, haja sistematização desses corpos normativos, com estabelecimento das

---

<sup>1</sup> “Cada um deles [microsistemas] forma um pequeno universo legislativo, constituído por normas extracódigo, promulgadas para tutelar específicas e particulares relações, trazendo consigo um critério próprio de valoração, critérios e métodos, institutos peculiares, criando uma verdadeira lógica de setor. [...] E, como se trata de uma tentativa de esgotar a matéria num universo sistêmico próprio, o microsistema amiúde traz no seu bojo a incriminação de condutas supostamente configurando as mais graves formas de violação dos bens jurídicos por ele tutelados, mas que, na verdade, têm uma função meramente simbólica, como se a instituição de crimes e penas lhes conferisse uma importância diferenciada. Assim, amiúde a incriminação via microsistema representa, em vez de uma real ofensa a um bem jurídico fundamental, uma satisfação ou resposta do Estado ao(s) grupo(s) de interesses que tiram proveito da elaboração do microsistema, para demonstrar supostamente o ‘grau de preocupação’ do estado com aquele seguimento da sociedade” (MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas jurídicos. Curitiba, Juruá, 2004, p. 111).



devidas garantias<sup>2</sup>; 3) existem construções teóricas que denotam a possibilidade de surgirem sistemas normativos distintos para cuidar das novas necessidades de que vem se ocupando o direito penal.

Assim, o quadro de surgimento de novas propostas e, ao mesmo tempo, a expansão do direito penal, chegando a se espriar por outros campos, se inserem no contexto do surgimento da sociedade de riscos.

A expressão sociedade de riscos, utilizada inicialmente por Ulrich Beck<sup>3</sup>, designa a sociedade atual como permeada pelo risco e pelo medo. O risco de que se fala se correlaciona com as atividades empreendidas atualmente em sociedade e à globalização, que faz com que as sociedades estejam imbricadas, interligadas, de sorte que a afetação direta de uma comunidade termina por afetar várias outras no globo terrestre.

Observa-se que o desenvolvimento tecnológico trouxe consigo não só a evolução da produção de insumos e da atividade industrial, mas também a possibilidade de tais atividades impactarem globalmente, porquanto criam perigos à coletividade, notadamente, à saúde coletiva, à economia global e até às gerações futuras.

Diante disso, surge a necessidade de proteger tais atividades, pois lesões a elas podem ter repercussão incomensurável. Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um direito penal para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal, surgindo a ideia de estratégia para gestão de riscos, consoante descreve Silva Sánchez:

A sociedade de risco ou da insegurança conduz, pois, inexoravelmente, ao Estado vigilante ou Estado da prevenção. E os processos de privatização e liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a

---

<sup>2</sup> ZAFFARONI, E.Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69 et RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador?* In MARTIN, Adán Nieto (coordinador). *Homenaje Al Dr. Marino Barbero Santos*. In *Memorian*. Cuenca, 2001, p. 1418.

<sup>3</sup> Cf. BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com efeito, as intervenções de inspeção (supervisoras, de controle) podem ser puramente rotineiras: de fato, para iniciar uma inspeção não se exige a justificativa de existência de indícios concretos de perigo para a ordem administrativo-policial. O procedimento de inspeção – intensificando ainda mais o princípio fundamental que se expressa no procedimento sancionador de infrações administrativas formais – aparece então claramente norteado por um critério gerencial em relação aos riscos (Riskomanagement)<sup>4</sup>.

Nessa linha, é possível examinar tal contexto, conforme faz Salo de Carvalho, calcado em descrição de François Ost, em análise da interação dos riscos com a heurística do medo, que produziu a ética da responsabilidade, que se vale de prognósticos dos riscos das atividades, para alcançar uma nova formulação ética calcada não no conhecimento de que é mal em si mesmo, mas que poderá vir a gerar algum mal<sup>5</sup>. Nesse diapasão, Salo de Carvalho apresenta as três etapas que marcam o discurso do risco em sua relação com tal heurística, a última delas, é a da sociedade de riscos, na qual os riscos concernentes às atividades humanas são catastróficos, irreversíveis, pouco ou nada previsíveis<sup>6</sup>.

Assim, são frutos da sociedade de riscos a antecipação da proteção e a tutela de novos bens. A globalização, em tal contexto, surge para sobrelevar os riscos, haja vista que as nações estão imbricadas e correlacionadas de uma forma tal que as atividades de uma, em significativas vezes, impactam nas outras.

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *A expansão do direito penal*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 165.

<sup>5</sup> JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

<sup>6</sup> “Na sociedade liberal, o risco assumiria a forma de acidente, ou seja, expressar-se-ia como acontecimento exterior e imprevisto, individual e repentino. Com a edificação do Estado social e suas políticas de prevenção, os riscos assumem a figura de acontecimentos estatísticos calculáveis (probabilísticos). Assim, se a forma de controle no modelo do século XIX ocorria *post factum*, mediante indenização, no século XX a idéia de controle técnico dos riscos impõe um modelo de antecipação do dano via medidas preventivas. Todavia, lembra Ost que: “...entramos numa terceira fase da história do risco – a do risco enorme (‘catastrófico’), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza ao coração dos nossos saberes e dos nossos poderes”. Nesta linha, Ulrich Beck constata que os riscos contemporâneos residem na esfera das fórmulas químico-físicas (elementos tóxicos nos alimentos e ameaça nuclear, p.ex.), produzindo ameaças até então inimagináveis, visto que “ponen en peligro a La vida en esta Tierra, y en verdad en todas sus formas de manifestación”. (CARVALHO, Salo de. *Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*. In: *Criminologia e Subjetividade*. Rio de Janeiro: lumen júris, 2005. p. 31-40).

Nesse âmbito, de surgimento de riscos e novas demandas, o direito penal se manifesta, muitas vezes, como um direito penal de emergência ou como direito penal simbólico, figuras que, embora apresentem interseções, não se confundem. Sucede que os problemas nem sempre são resolvidos através do direito penal, o que, contraditoriamente, sempre vem acompanhado de maiores reclamos por recrudescimento desta e seara e por diminuição de garantias. Isso se observa no combate, por exemplo, ao chamado crime organizado, com a criação do julgamento colegiado de 1º grau, através do qual restam mitigados princípios como da oralidade e da identidade física do juiz.

Direito penal de emergência é a expressão através da qual a doutrina designa o surgimento, quase sempre, de pedidos por normas incriminadoras e endurecimento de penas todas as vezes que surge uma situação de emergência na sociedade, que vai desde a: 1) casos que causam especial repugnância à população; 2) casos que têm atenção da mídia <sup>7</sup>.

O direito penal de emergência não é exclusividade ou produção da sociedade de riscos, mas aparece constantemente em seu intercurso, em razão exatamente de os riscos assustarem e virem acompanhados de pedidos por novas legislações, além de o direito penal se afigurar enquanto medida que atende a denominada opinião pública.

Efetivamente, o direito penal se apresenta como remédio “ideal” todas as vezes que alguns fatos assombram a sociedade, pois o Estado, ao revés de se ocupar da adoção de políticas para efetiva resolução dos problemas, se vale de normas penais, passando uma imagem de força, trabalho e empenho.

Nesse ponto, se apresenta a interrelação entre direito penal de emergência e direito penal simbólico, pois as emergências frequentemente fazem com que surjam manifestações legislativas simbólicas, valendo fazer referência, quanto ao direito penal simbólico, à análise de Renato de Mello Jorge Silveira:

Fenômeno presente, freqüente e paradoxal ao Direito Penal, especialmente no que tange aos interesses difusos, é o do chamado simbolismo penal. Na realidade, ele pode ser tido como uma reação

---

<sup>7</sup> Cf. CHOUKR, Hassan Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002.

estatal, pretendendo uma ampla tipificação penal, seguindo o exemplo britânico do já mencionado *more of the same*. Este Direito Penal Simbólico, ou mesmo uma legislação penal simbólica, não encontra simples definição na doutrina. É fato que existe, conforme Hassemer, um acordo global a respeito da direção deste simbolismo: trata-se de uma oposição entre realidade e aparência, entre o manifesto e o latente, entre o verdadeiro e o distintamente querido. Cuida, portanto, dos efeitos reais das leis penais, sendo que o simbólico seria, assim, associado ao engano, tanto em um sentido transitivo como reflexivo. Essa posição é contemplada pela constatação, inequívoca, de que parte da sociedade entende que reside no Direito Penal, na pura repressão, a real solução para a criminalidade, que seja a tradicional, quer seja a moderna.<sup>8</sup>

De fato, Alamiro Velludo Salvador Neto identifica que o direito penal incorpora as necessidades da sociedade de riscos, o que, no entanto, impõe criminalizações através de tipos mais abertos, normas penais em branco e tipos de perigo, para além de que a nova realidade vêm demonstrando: “dois aspectos fundamentais e progressivos: em primeiro lugar, a utilização do direito penal como a única esperança desenfreada de controle de um número cada vez maior e mais complexo de comportamento e; em segundo lugar, a frustração da eficiência então aparentemente possível neste mesmo controle”<sup>9</sup>.

Examinando especificamente tal questão, Pablo Rodrigo Aflen da Silva é mais a observar uma correlação entre sociedade de riscos, direito penal moderno, normas penais em branco e direito penal simbólico<sup>10</sup>. Nesse sentido, observa que a veiculação de normas penais em branco é marca de um direito penal moderno que se propõe aberto, a fim de lidar com os problemas hodiernos<sup>11</sup>. Trata-se, tal modernização, assim, de fato, em uma flexibilização da taxatividade e do tipo penal como mandato de certeza<sup>12</sup>, de sorte que a legislação se afigura simbólica: carente de certeza quanto ao que efetivamente se quer proibir e dotada de efeitos simbólicos<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> SILVEIRA, Renato de Mello. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 168-169.

<sup>9</sup> NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 153

<sup>10</sup> SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, *passim*.

<sup>11</sup> *Ibid.* p. 118.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 119.

<sup>13</sup> *Ibid.* p. 122-127.

Os meios de comunicação de massa se tornam um importante vetor na retroalimentação do sistema penal, uma vez que em geral insufla a adoção, sempre, do recrudescimento penal, como meio para solução dos problemas sociais, seja através da adoção de novas leis penais, do endurecimento das penas ou da redução da maioria penal.

Como bem observa Alessandro Barata, vive-se um tempo da tecnocracia, em que os poderes, a fim de se manter, costumam buscar agradar a chamada opinião pública, ao revés de solucionar, efetivamente, os problemas<sup>14</sup>. Assim, se observa que as emergências são muitas vezes alimentadas pelo medo<sup>15</sup>.

Tais medidas penais não têm, como se vê, a finalidade e, no mais das vezes, o condão de efetivamente solucionar os problemas. Elas representam nada mais do que uma manifestação legislativa, que vem desacompanhada de uma Política de Segurança Pública.

Tem-se, então, nesse sentido, a chamada legislação simbólica, na medida em que a legislação penal surge não para solucionar os problemas, mas como mero símbolo. Como um signo de que algo foi feito em relação a uma demanda social, muito embora não se tenha que esse algo seria efetivo ou até legítimo, de acordo com o ordenamento e os contornos de um Estado Democrático de Direito.

Deveras, acerca, *e. g.*, da intervenção penal na economia, marca própria destes tempos, Gamil Föppel El Hireche defende sua absoluta ilegitimidade, explicando que quanto maior se apresentar o medo, maior será a emergência e o pedido por interferência estatal, inclusive através da tutela penal. Nessa trilha, explica que a cultura do medo legitima novas leis penais e o embrutecimento das leis já existentes, inclusive com a diminuição de garantias e direitos dos cidadãos. Nessa trilha, o direito penal, que é, em essência, violento, passa a versar acerca

---

<sup>14</sup> BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista do IBCCrim, ano 2, 1994, p. 22.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. In: Discursos sediciosos crime, Direito e Sociedade. ano 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 38.

de áreas que não seriam de sua competência, passando a proteger novos bens jurídicos e a proibir condutas que implicam perigo meramente abstrato<sup>16</sup>.

Observa-se, assim, que, de fato, o medo alimenta as emergências e a expansão do direito penal, que nem sempre é eficiente para tutelar as novas (ou até as antigas) necessidades que se lhe impõem, razão pela qual se apresenta meramente simbólico, até que haja uma nova necessidade e uma nova emergência, quando o clamor, movido pelo medo, fará exsurgir mais uma manifestação de direito penal simbólico.

Trata-se de uma espiral político-criminal muito criticada na doutrina, mas que não é revista ou abandonada, razão pela qual Maurício Zanoide de Moraes comenta que por sua própria inaptidão, o direito penal não se mostra capaz de punir eficazmente e tutelar as situações que se lhe apresentam, sobretudo quanto utilizado como *prima ratio*, ou seja, como primeira frente de coerção em relação a determinadas condutas, o que o torna simbólico. Assim, o Estado perde o mais severo e invasivo meio de coerção de que pode ser valer, tanto sob o aspecto da eficácia, tocante à sua aplicabilidade concreta e seu potencial para resolver os problemas que se apresentam, quanto da legitimidade, é dizer, de sua fundamentação e compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Surgem, assim, decisões jurisdicionais que serão, alternativamente, ineficazes, gerando a sensação de impunidade, ou desproporcionais, gerando a sensação de injustiça, concluindo o autor que: “o direito penal simbólico sempre conduz a este triste e indefectível binômio *impunidade-injustiça*”.<sup>17</sup>

Demais desta crítica, sabe-se que o direito penal passa por crise de legitimidade desde que, sobretudo, a criminologia crítica passou a examinar e apontar muitas outras mazelas diversas daquelas acima apontadas.

---

<sup>16</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Da (des)legitimação da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico*. 432 fls. 2011. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2011. p. 285.

<sup>17</sup> MORAES, Maurício Zanoide. *O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo*. In SALOMÃO, Heloísa Estelita (coordenadora). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 189/190.

Por tais razões, conforme Roxin, o direito penal é a seara sobre a qual pendem questionamentos quanto à possibilidade de que exista ou continue perenemente a existir<sup>18</sup>. Mas o direito penal, como leciona Ferrajoli, é, *pari passu*, garantia aos acusados perante o arbítrio estatal e até social. Ferrajoli, assim, observa que o fim do direito penal faria surgir outras manifestações punitivas, talvez até mais duras, sem que sejam mantidas as mesmas garantias atinentes à seara construídas ao longo dos anos, sobretudo após o período do iluminismo, de sorte que o direito penal é garantia tanto para o ofendido, quanto para o acusado<sup>19</sup>.

Tais garantias, inclusive, são o eixo condutor da preocupação com o espraiação do direito penal identificado por Zaffaroni e Nilo Batista<sup>20</sup>, quando apresenta sua crítica concernente ao surgimento de sistemas penais paralelos. Isso porque observar que outras áreas vêm recrudescendo seu tratamento, é observar, no mais das vezes, que para se esquivar das garantias do direito penal, o legislador se vale de outros campos para apenar. Nesse mesmo sentido, Celso Eduardo Faria Coracini identifica como sintoma da contextura atual do direito penal o surgimento de: “regulamentos administrativos, com intervenções incoerentes, pontuais, demonstrando com clareza a falta de políticas públicas concatenadas”<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Nesse sentido, afirma em memorável passagem: “É verdade que o direito penal certamente é uma instituição social muito importante. Ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito. Mas enquanto outras conquistas culturais, como a literatura, as artes plásticas e a música, bem como numerosas ciências, desde a arqueologia, passando pela medicina, até a pesquisa pela paz (*friedensforschung*), são valiosas em si mesmas e mal necessitam de uma justificação, de modo que todos se engajariam alegremente pelo seu futuro, no caso do direito penal a situação é distinta. Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, deve ser promovida – mas que continua sendo um mal” (ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 1-2).

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 267-271.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, *Op. Cit.*, 2003, p. 69

<sup>21</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para intervenção jurídico-penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 50, p. 237, Set/2004. Disponível: <<https://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 04.12.2015, às 01:08.

Nesse sentido, é possível observar que recrudescimento do direito administrativo e expansão do direito penal, a ocasionar a denominada administrativização do direito penal, se encontram interrelacionados. Com efeito, Fernando Navarro Cardoso identifica que não por acaso tanto a doutrina do direito administrativo, quanto a doutrina do direito penal vêm lamentando a expansão das respectivas searas<sup>22</sup>.

É certo que há, como identifica Selma Pereira de Santana, uma certa tensão entre o ideais de garantia e eficiência<sup>23</sup>, como também é certo que todo e qualquer sistema que se proponha a punir pessoas deve prever garantias a acusados, possuir legitimidade e obedecer a razoabilidade. Isso porque o direito, sem legitimidade, é puro arbítrio, é puro exercício de poder<sup>24</sup>.

É nesse campo que, paradoxalmente, o direito penal passa por processo denominado de administrativização, em razão de o Estado cada vez mais dele se valer para proteger sua própria atividade ou tutelar sua própria incapacidade de atender os fins para os quais se propõe, seja através de sua expansão ou do recrudescimento do direito administrativo.

Este processo é descrito por Silva Sanchéz, para quem, como se pode ver, o direito penal passa a assumir, também, o papel de gestor de riscos, havendo um afastamento do fundamento de proteção a um bem jurídico penal, até chegar a

---

<sup>22</sup> CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción administrativ y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid, Colex, 2001, p. 13.

<sup>23</sup> Cf. SANTANA, Selma Pereira de. *A tensão dialética entre os ideais de 'garantia', 'eficiência' e 'funcionalidade'*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005

<sup>24</sup> Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece: “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em 19.02.2015, às 16:03). Daí porque Santiago Mir Puig afirma: “A pena é um instrumento que pode ser utilizado com fins bastante diversos. No ‘Estado Moderno’ é considerada monopólio do Estado, pelo que sua função dependerá dos fins a ele atribuídos. No ‘Estado de base teocrática’, a pena podia ser justificada como exigência de justiça, análoga ao castigo divino. Num ‘Estado absoluto’ erigido em fim em si mesmo, a pena é um instrumento ilimitado de submissão de seus súditos: foi a época do “terror penal”, conseqüência da atribuição à pena de uma função de prevenção geral sem limites. Por sua vez, o ‘Estado liberal’ clássico, preocupado em submeter o poder ao Direito – nisto consiste o “Estado de Direito” – buscou, preferentemente, a limitação jurídica do poder punitivo do que a prevenção de delitos” (MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 79).



sanções que derivam do só fato de haver uma violação da norma administrativa. Nesse sentido, é que identifica Silva Sánchez que o afastamento da teoria do bem jurídico-penal passa por quatro fases, através das quais se observa que o direito deixa de sancionar situações de lesões a bens jurídicos, para então ser exercitado mediante procedimentos de inspeção, que podem ser rotineiros e despossuídos de filtros de legitimidade.<sup>25</sup>

Na primeira delas a pretensão de obstar a ocorrência de comportamentos lesivos, cede espaço à construção de tipos concretamente perigosos ou até abstratamente perigosos. Na segunda delas, a lesão é inserida em um contexto típico, dentro dos quais poderiam ocorrer os comportamentos lesivos ou arriscados (abstrata e concretamente), contextos estes que, como se verá, se busca evitar mediante homenagem aos sistemas de *compliance*. Na terceira das fases, são estabelecidos indícios das situações arriscadas, indicadores que surgem como pressupostos de aplicação de sanções administrativas nas situações em que não há nem ao menos uma situação de perigo real, o que, aliás, ocorre quando sancionadas as instituições que não comunicam movimentações atípicas, a teor do art. 2º, da Lei 12.683/2012 (nova Lei de Lavagem). Na quarta fase, descrita por Silva Sánchez, sem nem ao menos haver qualquer suspeita de ocorrência dos indicadores existentes na primeira fase, são realizados procedimentos administrativos de inspeção.<sup>26</sup>

Isso se deve ao fato de o direito penal, cada vez mais, servir a tutelar atividades estatais ou intervir no auxílio a tais atividades, sendo prescindível que proteja, diretamente, bens jurídicos de violações. Surgem, assim, exponencialmente, normas de perigo abstrato, normas penais em branco, o que desnatura o direito penal quanto à exigência de lesividade e de taxatividade.

As normas penais em branco, em geral complementadas pela Administração Pública (e à revelia da legalidade estrita, sendo então denominadas de normas penais em branco heterogêneas), permitem adaptações rápidas à fluidez dos

---

<sup>25</sup> SANCHÉZ, Jesus María Silva. *Op. Cit.*, p. 165-166.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 166-167.

conceitos das novas necessidades, bem como às necessidades emergentes da Administração.

Os crimes de perigo abstrato são marca da sociedade de riscos e da incapacidade de gestão pela Administração de certas atividades, de sorte que surgem proibições a condutas que não representam, a priori, lesões a bens jurídicos ou até riscos reais. Proíbem-se, assim, as atividades arriscadas e não a criação do risco concreto.

Antes de avançar, premente advertir que através das críticas acima tecidas não se quer formular um direito penal de classes, excluindo a tutela às novas necessidades e punindo a violência praticada pelos mais pobres.

As críticas realizadas, além da sua pertinência, se amalgamam mais à adoção de um direito penal mínimo, do que a uma defesa por incidência do direito penal apenas em relação à violência ordinariamente praticada pelas classes mais baixas. É certo que delas derivam as ideias, ulteriormente examinadas, de direito de intervenção e direito penal de segunda velocidade, segundo os quais, para as novas necessidades e para a tutela dos riscos deve ser engendrado uma seara diferenciada ou um direito penal diferenciado, em que não há possibilidade de imposição da pena de prisão, como também são diminuídas as garantias aos acusados<sup>27</sup>.

O presente trabalho tem por foco a Lei Anticorrupção e a responsabilização de empresas por prática de atos definidos como lesivos à Administração Pública e, apenas por essa razão, o enfoque crítico se volta aos pontos acima abordados. É dizer, tal escopo não tem por significação que em relação aos delitos tradicionais deve permanecer a violência do direito penal, mas examinar o expansionismo penal como produto de um dado período e que tem por repercussão, até mesmo, o recrudescimento de outras searas.

---

<sup>27</sup> Sabe-se que, no particular, diversos autores defendem a adaptação do direito penal às novas necessidades, defendendo, assim, sua modernização. Demais disso, criticam as teorias ora mencionadas, entendendo que elas propugnam um direito penal apenas para classes desfavorecidas. As teorias referidas e as críticas concernentes serão analisadas ulteriormente.

Efetivamente, o direito penal passa a transbordar para outras searas, sendo necessário examinar tal fenômeno também sob a ótica do direito penal, a fim de que também as garantias e direitos dos cidadãos sejam resguardados. Nesse contexto, se insere a Lei 12.846/2013, que positiva a possibilidade de punição de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, veiculando até mesmo a pretensão de que a responsabilização seja objetiva, o que, no entanto, parece ser incongruente com a finalidade do diploma e com a instituição do *compliance* como critério para estabelecimento da sanção proporcional.

A análise da Lei 12.846/2013 permite concluir que ela surgiu para apenar pessoas jurídicas por atos de corrupção, veiculando uma série de sanções graves (de caráter mais grave do que as sanções, tradicionalmente, de natureza administrativa), adotando institutos de ordem penal (acordo de leniência e *compliance*).

A Lei 12.846/2013 não versa apenas acerca dos delitos de corrupção previstos no Código Penal, mas sobre atos lesivos à administração pública, estendendo-se por sobre fatos que serão tipificados através da Lei 8.666 ou de outros diplomas, como o Decreto-Lei 201/67 e o próprio Código Penal.

A denominação “Lei Anticorrupção” se deve exatamente ao fato de a proteção à coisa pública ter adquirido outra amplitude e cariz, sendo a expressão utilizada para designar a venalidade com a função pública em geral e não apenas nos termos dos artigos 317 e 333 do Código Penal.

Aborda-se ato ilícito que não tem bem jurídico individualizado e definido, senão pela própria definição de Administração Pública, de função pública. Afinal, quem é a vítima da corrupção? O Estado e, já que todo poder dele emana, também o povo. Nesse sentido Vincenzo Ruggiero constata:

Muitas vezes o estudo da corrupção tende a focar indivíduos precisamente identificáveis que atuam em uma troca corrupta. Os elementos dessa troca são assim examinados de forma a calcular o impacto que a troca produz sobre os indivíduos específicos envolvidos. Dessa forma, a corrupção política frequentemente termina sendo assimilada como uma espécie de crime sem vítima, onde os atores envolvidos são igualmente determinados a participar da permuta, e buscar seu interesse privado, se ilegal. Devido à “indivisibilidade” de suas

vítimas, a corrupção se tornou objeto de estudo virtualmente monopolizado por economistas, cientistas políticos ou filósofos da moral.

[...]

Na verdade, as vítimas da corrupção e dos crimes corporativos são geralmente desconhecedoras de sua vitimização, e raramente interagem diretamente com os criminosos. Nos dois casos, além disso, as vítimas são dificilmente identificáveis, pois o ato que constitui o crime se destaca temporal e espacialmente de seus efeitos<sup>28</sup>.

Busca-se, ainda, através da Nova Lei, exercitar uma função preventiva, uma atuação pretérita ao cometimento dos atos ilícitos (através do instituto que se examina precipuamente no trabalho – o *compliance*), razão pela qual se percebe a estratégia de gestão de riscos. Trata-se de uma lei que surgiu em uma situação de emergência e que não veicula responsabilização penal apenas porque o Brasil não a admite na hipótese<sup>29</sup>.

Os mecanismos são novos, o Direito Penal não foi, aparente e diretamente utilizado, mas é necessário entender a natureza da novel legislação, a fim de bem compreender seus institutos, seus fins, seus limites, inserindo-se, nesse campo, a compreensão do *compliance* e de seus efeitos, precípuo escopo deste trabalho.

Afinal, se tem uma lei com institutos penais, sanções administrativas, civis e sanções mais graves do que aquelas ordinariamente impostas no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas não há prisão (mesmo porque, a Lei serve para sancionar pessoas jurídicas).

Os atos ilícitos definidos na Lei como objeto de seu cuidado (através do supra colacionado art. 5º), são todos identificáveis na legislação penal, através das figuras de corrupção, concussão, peculato e de crimes de licitação.

A finalidade da Lei, contudo, não é ou deve ser a retribuição dos atos ilícitos e a prevenção especial, consistente na reabilitação de pessoas (no caso de uma empresa isso seria, até mesmo, incompreensível<sup>30</sup>), mas a de levar às empresas o

---

<sup>28</sup> RUGGIERO, Vincenzo. RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 115-116.

<sup>29</sup> O histórico de positivação do diploma, com análise das discussões a seu derredor é efetivado pormenorizadamente no próximo capítulo.

<sup>30</sup> Cf. EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá. *As funções da pena para as pessoas jurídicas: a responsabilização penal da pessoa jurídica analisada à da teoria dialético-unificadora*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). Aspectos

dever de evitar os comportamentos delitivos de seus integrantes, através do denominado *compliance*.

Adite-se a tais pontos que tal proposta preventiva, consoante diagnostica esse trabalho, se insere exatamente como uma tentativa de dar maior eficiência ao combate à corrupção que, através do direito penal (embora ente contenha as sanções mais graves de que pode se valer o ordenamento), não vem logrando êxito em seu intento.

## 2.2. DIREITO DE INTERVENÇÃO E AS IDEIAS DA ESCOLA DE FRANKFURT<sup>31</sup>

A abordagem acima efetivada permite compreender a razão pela qual o perscrutar da natureza da Lei 12.846/2013 e o exame da responsabilização nela prevista, considerando o *compliance* como possível limite à pretensão de veicular a possibilidade de responsabilização objetiva, se inserem no contexto das discussões sobre o direito penal e seus limites e do surgimento de alternativas.

---

contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Vol. 2. São Paulo, FECOMÉRCIOSP, 2014.

<sup>31</sup> A respeito da utilização de tal nomenclatura, vale fazer referência à lição de Luís Greco: “A recente evolução tem sido criticada especialmente por professores de Frankfurt. As várias opiniões apresentam, porém, notáveis divergências, a ponto de que seja necessário acautelar-se face à impressão de uniformidade que pode ser provocada pela denominação “Escola de Frankfurt”. O que existe de uniforme é apenas uma atitude de recusa em relação aos novos desenvolvimentos no direito penal. Todo o mais, principalmente os pontos de partida de cada autor – que vão desde uma teoria do controle, em Hassemer, até um direito natural de matiz kantiano, em Naucke – difere consideravelmente, de modo que tive dúvidas quanto se não seria melhor abandonar de todo o rótulo ‘Escola de Frankfurt’, pelas sugestões simplificadoras que dele provêm. E tampouco parece que uma atitude de recusa seja o suficiente para caracterizar uma ‘escola’, uma vez que esta pressupõe, em geral, um acordo a respeito de questões fundamentais, o qual simplesmente inexistente. Mas creio que, se mantivermos em mente as reservas agora feitas, não haverá maiores problemas em usar já difundida denominação.” (GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 15).

Nesse ponto, premente observar que se tem a ideia de que a Lei Anticorrupção se afigura enquanto manifestação de Direito de Intervenção, na esteira do quanto preconizado por Hassemer e a Escola de Frankfurt, em razão, exatamente, de cuidar de lesões a bens coletivos (muito embora não se tenha, exatamente, um bem novo, mas um bem com nova roupagem, ante a concepção de Administração Pública), através da imposição de sanções em razão do perigo abstrato, surgindo o *compliance* como objetivo e medida do referido diploma, devendo seus efeitos ser examinados<sup>32</sup>.

A finalidade da Lei, diferente de uma Lei penal (vide artigo 59, do Código Penal, que estipula que a pena deve ser pensada para que retribua e previna devidamente o delito), não é a de obter punição proporcional ao delito ou reinserir quem quer que seja, mas: 1) como toda norma com natureza de sanção negativa, dissuadir comportamentos indevidos; 2) veicular um dever às pessoas jurídicas de evitar riscos, através da adoção de programas de *compliance*, de sorte a evitar, *ante*, a prática de delitos.

A Escola de Frankfurt critica o direito penal hodierno e sua expansão acima abordada, que perpassa as questões atinentes aos riscos da sociedade contemporânea, o direito penal de emergência e o direito penal simbólico.

Deveras, Prittwitz, integrante dessa vertente teórica, observa que o direito penal passou a ser reforçado e utilizado para aplacar atos lesivos no âmbito da economia e da política, advertindo, no entanto, que: “‘mais direito penal’ promete

---

<sup>32</sup> Tal hipótese, é certo, não se afigura de qualquer sorte absurda, sendo certo que em premiado trabalho de mestrado da lavra de Ana Carolina Carlos de Oliveira, já se propugnou pela assunção da condição de sistema de Direito de Intervenção a alguns corpos normativos, em razão, dentre outros fatores, da gravidade das sanções que veiculam, tais como: a Lei de Improbidade Administrativo ou a Lei da Lavagem de Dinheiro, no tocante à obrigação de comunicação e as sanções administrativas nela constantes (cf. OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 256 fls. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 256 fls. 2012. *passim*).

menos efeito, puramente por motivos de efetividade – coisa que sempre volta a ocorrer e às vezes também é vista”<sup>33</sup>.

A Escola de Frankfurt sustenta que o direito penal atual se afigura insustentável.

Silva Sánchez, que não integra tal escola<sup>34</sup>, mas examina seus contornos e a insustentabilidade do direito penal nos tempos hodiernos, em prólogo ao trabalho que compila a análise destes por autores da Escola de Frankfurt, discorre que o direito penal se tornou insustentável, em razão dos seguintes motivos: a) inadaptação ao desenvolvimento econômico da atualidade, por seu idealismo ingênuo; b) por ser arcaico, demasiadamente formal, de resposta vagarosa e suas limitações práticas. Observa, por outro lado, que para parcela dos juristas, a insustentável situação deriva exatamente do processo de metamorfose por que deve passar o direito penal, para se adaptar aos novos tempos.

Manuel Gómez Tomillo explica que a Escola de Frankfurt propugna que o direito penal dos novos tempos é marcado pela criação de tipos penais cujo escopo é proteger bens supraindividuais, de imprecisa definição, surgindo, assim, com abundância, normas penais que criminalizam condutas de perigo abstrato. Nessa trilha, observa-se uma crise do direito penal, de base liberal, que passa a ser um instrumento de controle de macroproblemas sociais ou estatais, veiculando punições à criação de perigos e não lesões a bens jurídicos, tendo por finalidade prevenir situações problemáticas e não mais à proteção desses bens<sup>35</sup>.

Deveras, o contexto delineado faz surgir a ruptura entre o que Hassemer denomina de direito penal clássico o direito penal moderno.

---

<sup>33</sup> PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. In: Revista do IBCrim. São Paulo: março-abril de 2004, nº 47, p. 36.

<sup>34</sup> Silva Sánchez, de fato, admite como verdadeiros os pressupostos problemáticos que ocasionam a proposta de criação do Direito de Intervenção por Hassemer, importante integrante da Escola de Frankfurt. Inobstante, tem tese diversa acerca da solução para tais problemas, através da ideia de Direito Penal de Segunda Velocidade. A distinção entre tais teses é melhor abordada em tópico subsequente.

<sup>35</sup> TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Espanha, Aranzadi, 2008, p.39.

O direito penal clássico, explica, seria dotado de um núcleo essencial, dentro do qual estariam insertas as tradições democráticas da determinação da proibição, da subsidiariedade do Direito Penal e da lesividade como inerente ao comportamento, de modo que, de regra, as normas penais veiculavam proibições sobre condutas ocasionadoras de um dano real e efetivo a um bem jurídico, havendo, no entanto, uma ruptura entre este direito penal clássico e o direito penal moderno, a ocasionar problemas específicos<sup>36</sup>. Nessa linha, é identificada uma tentativa de transmutar o direito penal, a fim de que ele atinja finalidades precipuamente preventivas e de “orientação pelas consequências”, segundo a qual é veiculado como um meio para obtenção de sensibilização das pessoas, sem que, contudo, seja indagado acaso se afigura enquanto instrumento jurídico adequado para intervenção<sup>37</sup>.

### 2.3. DIREITO DE INTERVENÇÃO: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Surge, então, a ideia de que seja transferida para o direito administrativo parcela da tutela penal, mas seria uma tutela reforçada, a denotar a intenção, em verdade, de que seja criado um direito intermediário entre o direito administrativo e o direito penal (incluindo-se o direito administrativo sancionador). Essa expansão do direito penal deve ser contida, de sorte que Hassemer defende a criação do Direito de Intervenção, aduzindo o seguinte:

De maior importância é que os problemas que mais recentemente foram introduzidos no Direito Penal sejam afastados dele. O Direito dos ilícitos administrativos, o Direito Civil, o Direito Público e também o mercado e as próprias precauções da vítima são setores nos quais muitos problemas, que o moderno Direito Penal atraiu para si, estariam essencialmente mais bem tutelados. Recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levaram à modernização do Direito Penal,

---

<sup>36</sup> HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno direito penal*. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS, p. 55-56

<sup>37</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2003, p. 58.



particularmente, por um “Direito de Intervenção”, que esteja localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos<sup>38</sup>.

Luís Greco observa que o direito de intervenção, nessa trilha, é originado das quatro críticas centrais dirigidas por Hassemer ao “direito penal moderno”, que podem ser resumidas no seguinte: a) criação de novos bens jurídicos coletivos vagos; b) incriminação de meros perigos abstratos; c) o déficit de eficiência do direito penal, com enormes números de cifras ocultas; d) a redução de garantias no direito penal, pelo autor chamada de desformalização<sup>39</sup>.

Trata-se de teoria que anota a necessidade de criação de uma via sancionadora alternativa (daí denominá-la Direito de Intervenção), em razão da própria incapacidade inerente ao direito penal em tratar determinados assuntos<sup>40</sup>. Para Hassemer, assim, o direito penal não deve agasalhar os chamados direitos supraindividuais, incumbindo ao Direito de Intervenção tal proteção, salvo quando possível funcionalizar estes bens com relação aos bens individuais.

Hassemer traz a proposta de que o Direito Penal se ocupe dos aspectos centrais, ou seja, da tutela dos bens jurídicos relacionados à civilização, punindo condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano)<sup>41</sup>.

Apenas os bens supraindividuais (podendo ser incluída, evidentemente, a Administração Pública, conforme aproximação relatada por Vincenzo Ruggiero, com a ordem econômica) serão objeto do direito de intervenção:

O Direito Penal deve voltar ao aspecto central, ao Direito Penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão. [...] Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>39</sup> GRECO, Luís. *Op. Cit.* p. 16-17.

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried, *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In: Revista de estudos criminais, 2008, 29, 9-20.

<sup>41</sup> *Ibid.*, pg. 49.

tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito da Intervenção<sup>42</sup>.

A proposta desenhada por Hassemer se justifica na medida em que busca a eficiência no tratamento das novas necessidades, sugerindo que haja abstenção do uso do direito penal para dá-las tratar. Assim o faz para evitar que ocorram uma das duas alternativas a seguir: 1) que o direito penal tenha ceifados os direitos e garantias conquistados ao longo da história e que protegem o cidadão do arbítrio estatal; 2) que os direitos e garantias conquistados pelo cidadão, no âmbito do direito penal, não tornem inócuos os esforços para tutela das novas áreas.

Nesse sentido, a tese defendida por Hassemer não é de que ordem econômica ou meio ambiente merecem proteção menor que, por exemplo, o patrimônio, mas que a tutela a estes novos bens deve ocorrer através de uma seara que tenha capacidade de efetivá-la. Por essa razão, aduz acerca de sua tese que: “Tal Direito “moderno” seria não só normativamente menos grave, como seria também faticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna”<sup>43</sup>.

Os bens universais não devem, aliás, consoante defende Hassemer, deixar de ser em absoluto objetos de tutela pelo direito penal, mas devem ser funcionalizados pelos bens jurídicos individuais, de sorte a que a tutela do direito penal exista quando houver repercussão na esfera dos indivíduos e não apenas nas instituições ou nas funções estatais voltadas à tutela de direitos individuais<sup>44</sup>.

Nesse sentido, trata-se de evitar a instrumentalização do direito penal para proteção de instituições e da forma delitiva dos crimes de perigo abstrato, como fruto da ruptura com o direito penal clássico e a ascensão do direito penal moderno. Isso porque, decorrem de tal ruptura: a) a diminuição dos pressupostos para punição, reduzindo as possibilidades de defesa; b) a redução do conhecimento profano acerca da tipicidade e ilicitude do comportamento,

---

<sup>42</sup> HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, 08, pg.49, outubro/1994.

<sup>43</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* 2003, p. 64.

<sup>44</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2003. p. 62.

inexistindo, quanto aos novos comportamentos, conhecimento profano da proibição ou, ainda, positividade taxativa dos tipos penais<sup>45</sup>. Demais disso, consoante adverte Hassemer:

Novos setores, novos instrumentos e novas funções produzem novos problemas. Podem-se sintetizar os problemas do moderno Direito Penal sob dois aspectos, os quais se relacionam de modo estreito um com o outro: o perigo (Gefahr) de que o moderno Direito Penal somente possa realizar a sua execução real de modo deficiente e a expectativa de que se recolha em funções simbólicas<sup>46</sup>.

Por outro lado, imprescindível descortinar que o direito penal tradicional não precisa se valer, necessariamente, da previsão de prisão para comportamentos lesivos, para o escopo de proteger os bens tradicionais. Sem embargo, acaso observado que o direito penal não está a servir para a proteção destes bens, deverá ser também substituído ou, ainda, acaso constatado que medidas menos severas são suficientes para a proteção dos bens, devem ser elas as utilizadas, mesmo porque o princípio da proporcionalidade integra o direito penal.

Nessa trilha de raciocínio, Renato de Mello Jorge Silveira adverte exatamente que os novos interesses tutelados pelo direito penal, notadamente, interesses difusos, devem ser abordados por âmbito (ainda que criminal) diverso do direito penal clássico. Por essa razão, sugere que a descriminalização das condutas referentes a tal tutela, a fim de que se busque uma melhor solução para os novos conflitos. Diante disso, valendo-se das lições de Miguel Reale Júnior, propugna pela adoção de uma terceira via, administrativo-penal, a fim de que o ordenamento preveja mecanismos mais ágeis para tutela dos novos interesses, sem, que, contudo, haja abdicação de todas as garantias e direitos previstos no direito penal, mas tornando possível a superação de óbices que o tornam ultrapassado.

Através de tais medidas, busca-se atender a preocupação de Antônio Henrique Graciano Suxberger, acerca da legitimidade do direito penal, não apenas considerando a consideração valorativa concernente aos aspectos ônticos que envolvem as infrações, mas também a “aptidão funcional” do direito penal para

---

<sup>45</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*. p. 60.

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 61.

exercer, de fato, a tutela<sup>47</sup>. Nesse diapasão, vale fazer referência à advertência de Renato de Mello Jorge Silveira: “como os interesses difusos abordam os sentidos plurais do Direito Penal de forma diferente do Direito Penal clássico, é evidente que o âmbito criminal quanto a eles deva ser diverso, quando e se preciso”<sup>48</sup>.

Hassemer, assim, resume sua ideia informando que dá aos instrumentos que podem realizar o tratamento dos problemas atuais de maneira mais eficiente de “Direito de Intervenção”. Hassemer, explica, ainda, que o Direito de Intervenção deverá dispor de possibilidades de sancionamento, empregando, até mesmo, meios jurídico-penais, mas para fins unicamente preventivos e não repressivos, como resposta a um injusto ou à culpabilidade, informando que eles devem ser desenvolvidos, para atender os seguintes critérios:

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor *de* e atuar *com* meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência como, por exemplo, o Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos; o Direito das Contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito Fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.<sup>49</sup>

Não se tem, na ideia de Direito de Intervenção, contudo, a defesa de tese abolicionista do direito penal, indicando que não pode ele substituir o direito penal, mas pressupõe que reconheça seus limites, a fim de que passe a desobrigar-se de funções que não pode cumprir<sup>50</sup>.

Destaca-se, assim, que o Direito de Intervenção, na seara da proposta de Hassemer, constituir-se-á enquanto seara eminentemente punitiva, intermediária,

---

<sup>47</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 77.

<sup>48</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.* p. 203.

<sup>49</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2008, p. 10.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 20.

entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, contendo sanções mais graves que este último, excluindo-se, contudo, a prisão.

A finalidade do Direito de Intervenção é a prevenção, veiculando também uma função fiscalizatória, de sorte que pode prever figuras de perigo abstrato, e seu objeto tutela devem ser bens jurídicos supraindividuais ou coletivos. O direito penal, na linha do pensamento de Hassemer, não desaparecerá, não se tratando, portanto, de uma doutrina abolicionista, mas será reduzido em seu campo de atuação, contendo o expansionismo acima esquadrinhado.

### *2.3.1. Distinção entre Direito de Intervenção, Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador*

Nas linhas acima esquadrinhadas foi possível delinear conceito e características do denominado Direito de Intervenção e já se aproximar da abordagem da natureza da Lei 12.846/2013, de sorte a, ulteriormente, compreender um de seus institutos, o *compliance*, e perscrutar quais devem ser seus efeitos para análise da responsabilização objetiva conforme positivada no diploma.

Como se viu, o Direito de Intervenção surge como proposta para contenção do expansionismo penal, o direito penal de emergência e, outrossim, o surgimento do direito penal simbólico, três pontos estes imbricados e constantes de um mesmo ciclo-roteiro de retroalimentação em que se vê enredada a Política Criminal.

As diferenças entre Direito Penal e Direito de Intervenção, como acima mencionado, se dirigem: 1) o objeto da tutela: enquanto o direito penal deve cuidar dos bens individuais (e isso não significa que, necessariamente, deva se valer da prisão), o Direito de Intervenção deve cuidar dos bens supraindividuais; 2) o

momento da tutela: o direito penal deve intervir nas situações em que já há perigo concreto ou uma lesão a um bem jurídico; o direito de intervenção, por sua vez, deve atuar nas situações em que há perigo abstrato; 3) função das sanções: no direito penal a sanção tem finalidade preventiva e também retributiva; o Direito de Intervenção tem finalidade preventiva, mas a prevenção aqui é primária é uma prevenção de contenção de riscos.

Nota-se, na esteira das lições de Hassemer, que a vedação a comportamentos de perigo abstrato, enquanto marca dos tempos modernos, não parece ceder espaço nos ordenamentos, passando a figurar enquanto principal forma de manifestação do direito penal.

Cumprir observar que o Direito de Intervenção, ao cuidar das situações de perigo abstrato, tem um caráter preventivo diferente daquele caráter previsto para o direito penal. Fala-se, nesse âmbito, por conseguinte, em evitar os próprios riscos derivados de certas atividades, a denotar uma função regulatória.

Evidentemente, havendo sanções negativas, tem-se a intenção de que através dela se exerça a prevenção geral negativa. Mas o escopo de tal prevenção é fazer com que certas atividades sejam empreendidas evitando-se o máximo os riscos a elas atinentes.

Fala-se, assim, em prevenção primária, voltada a evitar comportamentos arriscados<sup>51</sup> ou, como se verá, na acepção de Hassemer, de prevenção técnica, voltada à obtenção da prevenção dos riscos não apenas pelo temor da sanção, como, sobretudo, pelo estímulo à adoção de instrumentais e técnicas, na condução de certas atividades, que evitem condutas arriscadas<sup>52</sup>, o que, aliás, em muito se amalgama com a ideia do *compliance*, como se verá, entendido enquanto programa de comprometimento através do qual pessoas jurídicas formulam um instrumental voltado ao cumprimento das normas contidas no ordenamento. Sendo adotada a conduta regular, com a diminuição dos riscos, não se pode impor

---

<sup>51</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 386.

<sup>52</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 309-310.

responsabilidade a teor de um Direito de Intervenção, sob pena de se ver subvertida sua própria finalidade.

Certo é que se apresentam, assim, funções semelhantes para direito penal e direito de intervenção, enquanto zona intermediária entre aquele e o direito administrativo.

Isso porque se apresentam em ambos a função preventiva e, por conseguinte, a função de garantia, porquanto a sanção deve ser necessária para evitar o resultado (o que, como se verá, tem por decorrência a inviabilidade de se aceitar uma responsabilização objetiva por ato de terceiro para fins de imposição da responsabilidade-sanção prevista na Lei 12.846/2013).

Por essa razão, Fernando Navarro Cardoso propugna pelo entendimento de que existe um sistema sancionador único de controle social, sendo o direito penal e o direito administrativo-sancionador componentes deste sistema. Nessa linha, defende que ambos respondem às mesmas finalidades e tutelam bens jurídicos, defendendo, assim, uma perspectiva unitária para sua compreensão.<sup>53</sup>

Quanto a tal posicionamento, não se objeta que a leitura sistematizada de um sistema sancionador unitário, em que se incluem direito penal e direito administrativo podem trazer benefícios, desde que se faça para compreensão sistemática dos campos, a fim de racionalmente interpretá-los para evitar violações ao princípio da proporcionalidade (seja pela vertente da proporcionalidade *stricto sensu*, da adequação ou da necessidade) e do *ne bis in idem* e para que as penas não configurem mero arbítrio.

Outro aspecto importante do direito de intervenção é que ele pode sistematizar seara mais severa que o direito administrativo, mas, ainda assim, sem contar com a prisão, conferindo também garantias e direitos aos acusados, de sorte a que seja obstada a formação de sistemas penais paralelos, em que, muito embora se tenham conseqüências gravíssimas para os atos ilícitos, nenhuma ou poucas das garantias penais é conferida.

---

<sup>53</sup> CARDOSO, Fernando Navarro. *Op. Cit.* p. 24.

Retiram-se a prisão e são pensadas novas garantias, com base nesse novo contexto, sem que com isso se tenham penas gravíssimas e aplicação do Direito Administrativo puro, no qual, no Brasil, e. g., sequer é imprescindível a atuação de advogados nos processos (vide enunciado da súmula n. 5 do Supremo Tribunal Federal). Nesse sentido, Gamil Föppel elucida que:

...O sistema jurídico proposto por Hassemer aproveitaria muito da dogmática penal, inclusive, seria regido por critérios penais, com flexibilização de certas garantias materiais e formais, ao mesmo tempo em que seria excluída, como alternativa sancionatória, a pena privativa de liberdade. Os preceitos deste novo ramo do direito aglutinariam questões ligadas à criminalidade econômica, delitos relativos à tutela do meio ambiente e de combate às drogas.<sup>54</sup>

O Direito de Intervenção se assemelha, assim, com que vem sendo chamado no direito pátrio de “direito administrativo sancionador” ou “direito administrativo disciplinar”. Deveras, observa-se que, em verdade, o fortalecimento do direito administrativo já vem ocorrendo em diversas frentes, de sorte que a doutrina já identifica que tal seara não pode ser encarada da mesma forma que o direito administrativo em geral, sob pena de se verem gerados sistemas penais paralelos, como comenta Zaffaroni.

Nessa trilha, Fábio Osório Medina veicula conceito de Direito Administrativo, a partir do qual informa os contornos do chamado “direito administrativo sancionador”. Para tal mister, parte do raio de incidência do Direito Administrativo, que assim descreve:

Na caracterização do raio de incidência do Direito Administrativo, os critérios mais razoáveis se mostram os seguintes: a) presença forma, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica, ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário; b) presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originariamente competente para tutelar essa relação; c) previsão de regime jurídico publicista a essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos, direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e aplicação das normas de Direito Administrativo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 389.

<sup>55</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.



Estabelecido o raio de atuação acima mencionado, Fábio Medina Osório analisa que se a Administração Pública regra atividades privadas, intervém nas relações econômicas ou sociais, em sentido amplo, submete tais atividades ou relações ao regime de Direito Público, surgindo, então, um direito administrativo sancionador, que veicula sanções para os comportamentos proibidos consoante a política que tangencia a intervenção estatal, observando o autor que: “o raio de ação do Direito Administrativo se expande na mesma proporção e velocidade imprimidas ao Estado e suas transformações estruturais”<sup>56</sup>.

Vê-se, de tal conceito, que a ideia de Direito Administrativo Sancionador, contudo, é a de englobar todas as sanções de que pode se valer a Administração Pública em um campo de estudo, independentemente do objeto e da natureza da intervenção administrativa.

Nessa trilha, inclusive, o trabalho de Fábio Medina Osório veicula um conceito de sanção administrativa que englobaria a proposta de Hassemer, porquanto considera na verificação da natureza da sanção, se não há cominação de pena privativa de liberdade e, outrossim, a as considerações concernentes à previsão legislativa, ou seja, à vontade manifestada pelo legislador. Nessa trilha, explana que critério que leva em conta a cominação ou não de pena privativa de liberdade é objetivo e repousa suas bases no texto constitucional e no Direito de Internacional, secções que impõem a adoção do direito penal como subsidiário, máxime por identificar a pena privativa de liberdade como sanção extrema, drástica. Explica ainda que o “critério da previsão legislativa” se justifica pelo fato de o legislador ser dotado de poder para definição da natureza das sanções administrativas<sup>57</sup>.

Quanto a este último aspecto, referente à vontade do legislador, não há, todavia, intersecção entre a ideia de Hassemer e o direito administrativo sancionador sobre o qual disserta Fábio Medina Osório. Isso porque, para Hassemer, o direito de intervenção surgiria a partir da adoção de um direito

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>57</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* 2005, p. 104-105.

intermediário, com sanções também severas (não havendo, contudo, previsão de pena privativa de liberdade), com finalidade autônoma em relação ao direito penal, para exercício da prevenção primária e técnica. A sua tese não considera a manifestação da vontade do legislador, seja através da denominação da legislação ou de sua localização topográfica no ordenamento, para fins de reconhecimento do Direito de Intervenção.

Demais disso, premente reconhecer que a finalidade de prevenção defendida por Hassemer, não é partilhada por Fábio Medina Osório, para quem a sanção administrativa se afigura (tal qual a penal) como um mal ou castigo, tem finalidade repressora ou punitiva, o que incluiria a finalidade disciplinar, é dizer, a finalidade de obstar a continuidade de transgressões à regulamentação do direito administrativo.<sup>58</sup>

É claro que não se pode objetar a função punitiva de qualquer sanção, mesmo porque é através do conceito de punição que se alcança a finalidade de prevenção especial ou geral, haja vista que em relação àquela é o instrumento para reabilitação do apenado e a esta se afigura enquanto via de imposição de temor ao indivíduo, como um obstáculo ao comportamento infracional (prevenção geral negativa) ou, ainda, como reforço da confiança no ordenamento (prevenção geral positiva).

Entender, todavia, que a finalidade precípua da sanção é a imposição de aflição para exercício tão-só da punição, é entender que a sanção é meramente retributiva, o que não se admite no direito penal e também não se admite no direito de intervenção.

Demais disso, tal tese não permite a compreensão de institutos como o *compliance* ou outros que representam sanções positivas para a adoção de certos

---

<sup>58</sup> “Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. cit.* 2005, p. 104-105).

comportamentos desejados, ou revés de meramente punir quem porventura adotar comportamento proibido. Tais institutos são explicados através da noção de prevenção primária ou técnica, sendo certo que, ao fim e ao cabo, também a punição é explicada pelo direito de intervenção, como um pressuposto para obtenção da prevenção.

De tais trechos se observa que o conceito de direito administrativo sancionador surge da constatação de que o direito administrativo, em muitas de suas intervenções, tem um cariz punitivo forte e finalidades semelhantes às aquelas estipuladas para o direito penal.

Esta leitura acerca do direito administrativo denota que, de fato, o direito administrativo tem se tornado mais pujante, adotando sanções graves, de sorte que alguns já passam a tecer considerações acerca da necessidade de que sejam adotadas certas garantias, de que seja sistematizada de uma maneira diferenciada o referente seguimento.

A análise acerca do direito administrativo, em alguns de seus pontos, para denominá-lo direito administrativo sancionador, poderia representar a concretização do Direito de Intervenção. Sobre este ponto, todavia, concorda-se integralmente com a opinião apresentada por Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Verificamos, ao final, que não há demonstração cabal possível de que o Direito administrativo sancionador constitua a concretização do Direito de intervenção, até mesmo por seu caráter abstrato, tratando-se de um modelo exclusivamente teórico.

Podemos afirmar, todavia, que a aproximação entre o Direito penal e o direito administrativo sancionador é significativa, e especialmente evidenciada pela gravidade das sanções administrativas, e incorporação de garantias e princípios do Direito penal. Acreditamos que esta zona de contato entre as duas citadas áreas aproxima-se, em grande medida, do modelo delineado por Hassemer e autoriza a proposta de sua sistematização concreta.<sup>59</sup>

Assim, supera-se a relevante crítica veiculada por Fernando Navarro Cardoso, para quem não se apresenta clara a necessidade da criação de uma terceira sancionadora, sobretudo considerando as dificuldades já existentes para distinção entre o direito penal e o direito administrativo-sancionador, muito embora

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.*, 2010, p. 231 e 232.

considere plausível o surgimento de uma terceira via <sup>60</sup>. No particular, imprescindível observar que um direito administrativo-sancionador, voltado exclusivamente a tratar dos aspectos correlacionados à imposição de sanções por comportamentos contrários às regulamentações das atividades estatais se afigura bastante semelhante com a ideia de Direito de Intervenção, sobretudo quando se observa o recrudescimento dessa atividade sancionatória.

A consagração da expressão “Direito de Intervenção” ou da expressão “Direito Administrativo-Sancionador”, assim, é de menor relevo, considerada a importância de sistematização do campo para fins de garantias de direitos dos cidadãos e das pessoas jurídicas. Assim, de necessária menção é mais uma das constatações apresentadas por Ana Carolina Carlos de Oliveira:

A nosso ver, o Direito administrativo sancionador, hoje, somente não reúne todas as características do Direito de intervenção por não contar com um sistema estruturado de garantias, pois acaba cumprindo a função, prescrita por Hassemer, de precaução e gestão setorial de riscos, e conta com força sancionatória suficiente para influenciar na prevenção geral das infrações. Todavia, esta deficiência pode ser sanada, sem maiores dificuldades, pela previsão unificada de garantias.<sup>61</sup>

Semelhantemente, Jorge de Figueiredo Dias identifica a existência de um direito de mera ordenação social, incongruente com o movimento de minimização do direito penal<sup>62</sup>. De fato, identifica Figueiredo Dias que o direito penal passou a cuidar de questões que eram objeto do poder de polícia da Administração Pública<sup>63</sup>. Esse direito de mera ordenação social seria análogo ao direito das contravenções penais e é considerado um direito penal secundário. Este fenômeno adquire maior amplitude hodiernamente, com a expansão do direito penal, a fundamentar propostas como a do Direito de Intervenção, porquanto, cada vez mais, se espraia o direito penal.

A distinção entre direito penal e direito administrativo, historicamente, perpassou diversos critérios. Gamil Föppel, nessa trilha, entende que a diferença

---

<sup>60</sup> CARDOSO, Fernando Navarro. *Op. Cit.* p. 84

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.*, 2010, p. 232.

<sup>62</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 171

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 168-169

fulcral entre o Direito Penal e o Direito de Intervenção, o qual para ele aproxima do denominado “Direito Administrativo Sancionador” (aproximação também feita por Ana Carolina Carlos de Oliveira<sup>64</sup>), reside no fato de o primeiro prever a prisão e o segundo não<sup>65</sup>.

Yuri Corrêa da Luz explica que se deve a James Goldschmidt a primeira tese para distinguir as searas, valendo-se sua teoria de critério qualitativo, porquanto defendida que direito penal e direito administrativo cuidavam de fatos essencialmente distintos: a) o direito penal cuidaria da proteção de bens jurídicos; b) o direito administrativo cuidaria do próprio funcionamento do Estado<sup>66</sup>. Ulteriormente, a distinção passa a ser quantitativa, considerando a intensidade das sanções utilizadas pelas searas, a depender da opção política do legislador<sup>67</sup>.<sup>68</sup>

A teoria de Hassemer, como se observa, segue, assim, tendência que incorpora elemento quantitativo, mas também qualitativo, pois entende que apenas bens coletivos, derivados da ascensão da sociedade de riscos, podem ser objeto do direito de intervenção, reservando-se o direito penal para bens individuais e, excepcionalmente, a bens coletivos orientados por bens individuais. Inobstante e sobretudo, Hassemer está preocupado com a função a ser desempenhada pelo “Direito de Intervenção”, máxime em razão de a proposta surgir, dentre outras razões, da incapacidade do direito penal tratar das novas exigências da sociedade de riscos, de sorte que se pode falar em distinção

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.*, 2010, *passim*.

<sup>65</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 388.

<sup>66</sup> LUZ, Yuri Corrêa da. *O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 89, p. 429, mar/2011. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 05.12.2014, às 00:16.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> Ainda adotando tal teoria, a fim de examinar as propostas de descriminalização, Celso Eduardo Faria Coracini aduz o seguinte: “Restará ao direito administrativo a punição de todas as condutas que puderem ser por ele coibidas sem que possuam especial conteúdo ético. Já as condutas que, reunido um conteúdo ético-social relevante, não puderem por outro modo ser prevenidas eficazmente demandarão, por sua especial gravidade, a sanção penal. A distinção – que não deve ser tão sutil como por vezes se teima em fazer crer – será melhor explorada”. (CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Op. Cit.*)

funcional ou operativa<sup>69</sup>. Trata-se de diferenciação funcional, semelhante à ideia preconizada por Silva Sánchez, que, entretanto, apresenta diversas distinções em relação à tese de Hassemer.

### 2.3.2. *Direito de intervenção e direito penal de segunda velocidade*

A criar proposta bastante semelhante, todavia, Silva Sánchez entende que não deve se formar uma secção do direito, mas, meramente, um direito penal distinto, ao qual ele denomina de Direito Penal de Segunda Velocidade.

Para Silva Sanchez, a fim de separar o direito penal e o direito administrativo-sancionador, decisivo é o critério da finalidade da seara e não a função que ela estabelece.

A ideia de Silva Sanchez é de que o Direito Penal atue a duas velocidades: (I) a primeira velocidade, destinada às condutas para as quais seria cominada a pena privativa de liberdade, devendo ser previstos os mesmos direitos e mesmas garantias históricos do direito penal; (II) a segunda velocidade voltada aos ilícitos que seriam apenados com sanções outras, que não a privativa de liberdade, sendo também admitida a flexibilização de garantias e regras de imputação<sup>70</sup>.

Assim, no tocante às alternativas sancionatórias propostas pelo Direito Penal de Segunda Velocidade, Silva Sanchez defende que poderiam aproximar-se,

---

<sup>69</sup> No Brasil, Yuri Corrêa da Luz sugere a adoção de tal distinção: “[...] o caminho mais promissor parece sugerir que trabalhemos com as diferenças operativas que ainda se podem identificar como características de uma outra área. Neste sentido, ao invés de analisar se um dado fenômeno guarda uma característica intrínseca de ilícito penal ou ilícito administrativo, devemos pensar em produzir distinções a partir de critérios funcionais, que levem em conta características próprias de funcionamento de cada um destas esferas, bem como seu potencial simbólico, os procedimentos próprios de cada ramo, as garantias previstas em seu funcionamento, a autoridade competente para processar e julgar os casos, os instrumentos de produção de prova e medidas cautelares, os critérios de imputação de responsabilidade em cada um destes ramos” (*Ibid.*).

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 184.

exatamente, das sanções administrativas, de penas restritivas de direitos e multas<sup>71</sup>. Entrementes, o direito continuaria sendo penal. A distinção possível entre o Direito de Intervenção e o Direito Penal de Duas Velocidades parece, pois, residir no fato de que este entender ser desnecessária a criação de um novo ramo jurídico para eliminar a possibilidade de pena privativa de liberdade para determinados comportamentos.

Para Silva Sanchez, contudo, não há qualquer dificuldade em admitir a proposta de Hassemer dentro do próprio direito penal, consoante se extrai da seguinte passagem:

Em minha opinião, contudo, e aparentemente ao contrário da proposta do “Direito de Intervenção”, não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando, - isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão.<sup>72</sup>

Silva Sánchez acredita que a veiculação do Direito Penal de Segunda Velocidade tem o desejado (em seu entendimento) efeito de as penas nele previstas virem a ser objeto de estigmatização, como as sanções penais do direito penal de primeira velocidade, ao asseverar o seguinte:

A opção político-jurídica pelo Direito Penal continua tendo, com efeito, vantagens relevantes, não vinculadas necessariamente a dureza fática da sanção. Diante do Direito Civil compensatório, o Direito Penal aporta dimensão sancionatória, assim como a fora do mecanismo público de persecução de infrações, algo que lhe atribui uma dimensão comunicativa superior, inclusive de modo independente da conexão ético-social tradicionalmente inerente a todos os seus ilícitos<sup>73</sup>.

Entrementes, com todas as vênias, não se observa na estigmatização uma expectativa legítima ao direito penal, sob a ótica de nenhuma das teses que o legitimam. Se o direito penal se legitima, de acordo com as teorias que o fundamentam, na retribuição do mal do crime e na recuperação do delinqüente, a estigmatização não é um efeito legítimo de tal intervenção: 1) porque, pretensamente, o apenado já “pagou” pelo mal do crime; 2) porque o apenado, aparentemente, teria sido reeducado pelo sistema punitivo.

---

<sup>71</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 391.

<sup>72</sup> SILVA SANCHEZ, *Op.cit.* p. 184.

<sup>73</sup> *Ibid.* p. 184.

Tais pontos, é claro, versam acerca da coerência interna do direito penal, pois bem se sabe que a pena não retribui o mal do crime, mas apenas acresce mais violência ao quadro social. Nem a vítima retorna ao *status quo* ante, ainda que isso decorra do fato de a experiência vitimizante deixar marcas, como também o apenado não tem na pena qualquer sorte de medida para reabilitação, educação ou reinserção. É o mal pelo mal.

Adite-se, ainda, sobre este ponto, que: 1) se o Direito Penal de Segunda Velocidade é proposta de secção do direito para tratar de objetos específicos (bens supraindividuais), decorrentes de necessidades atuais; 2) se essa proposta contém hipótese de intervenção específica, não contando com o principal aparato do direito penal; 3) se essa proposta sugere que os princípios e garantias que lhe serão atinentes não serão iguais aos do direito penal, já que as necessidades são diferentes e o instrumento de intervenção também; o que resta do direito penal para que essa seara seja inserida como um “direito penal de segunda velocidade”?

Se o objeto é distinto, se a intervenção é distinta, se os direitos e garantias são distintos a seara também não pode ser a mesma. Apenas a expectativa de que o temor da intervenção seja sobrelevado pela força da nomenclatura “direito penal”, ocasionando maiores efeitos de prevenção geral negativa é suficiente?

Não se crê que isso seja suficiente. O direito, sobretudo quando se formulam searas cuja finalidade é sancionar, não pode se afigurar meramente utilitarista, sobretudo quando a função que dele se espera não é congruente com seus fundamentos interiores (teorias das funções das penas) ou exteriores (direito constitucional à imagem, que não se pode ver para sempre estigmatizada pela pena, caso contrário, se terá hipótese de pena perpétua).

Shakespeare em uma de suas célebres frases, inscrita em Romeu e Julieta, indicara “Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume”<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> SHAKESPEARE, William. Romeu e Julieta. Disponível em: <http://www.psb40.org.br/bib/b367.pdf>. Acesso em: 20.02.2015, às 02:26.



No caso do direito penal de segunda velocidade há, em absoluto, “um novo perfume”, uma nova textura, uma nova coloração. A referência de Shakespeare não representa nada mais do que o afastamento entre a essência do objeto e a forma de representação lingüística através da qual o ser humano entende por dignificá-lo. Os objetos teriam uma essência que transcenderia a aferição humana.

Na hermenêutica, todavia, se entende que a linguagem inaugura e através dela é que ele existe, pois toda existência, em verdade, é fruto da interpretação humana. Toda existência é linguagem, pois o próprio existir, para o indiferente universo, nada significa. Existir é uma significação humana.

Em direito, tal perspectiva adquire ainda mais importante dimensão, pois o direito (se existe uma essência das coisas) é linguagem pura, é objeto cultural, criação humana que se desenrola exatamente através de palavras e sinais através dos quais uma determinada ordem de coisas, uma determinada ordem de expectativas é exposta para a comunidade para que ela a siga.

Em Direito, o “nome”, destarte, é a essência e, nesse sentido, parece mais apropriado denominar uma nova seara, com novo objeto, com diferente forma de sancionar, com diferentes princípios e garantias, com um novo nome.

### *2.3.3. Críticas ao direito de intervenção*

O “Direito de Intervenção” é proposta que surge, ante as linhas acima delineadas, de tese que, como se viu, almeja delinear soluções para o expansionismo penal.

O objetivo, contudo, não apenas de buscar obstar a expansão do direito penal, é, também, de que as novas necessidades sejam devidamente atendidas, evitando-se o já descrito direito penal simbólico e a retroalimentação de uma

política criminal falida e que atende interesses tecnocráticos, na dicção de Alessandro Baratta<sup>75</sup>.

Tal proposta, contudo, não se viu infensa a críticas.

Desde o início do trabalho um dos veículos motrizes de seu surgimento é a preocupação com o transbordar do direito penal para outras searas, sem que com isso sejam também transferidas garantias, de sorte a surgirem sistemas penais paralelos. De antemão, não se observa que tal crítica se dirigiria exatamente ao Direito de Intervenção, servindo este último, em verdade, para evitar que surjam os sistemas penais paralelos. Com efeito, Zaffaroni e Nilo Batista advertem aos doutrinadores do direito penal que sistemas penais paralelos vêm sendo criados e, através de tal observação, ataca. o fato de a carga punitiva do direito penal estar transbordando, estar sendo transplantada para outras searas, sem que com isso, entrementes estejam sendo também expandidas as garantias. Nesse sentido, aduzem:

Os discursos têm o efeito de centrar a atenção sobre certos fenômenos e seu silêncio em relação a outros os condena à ignorância ou à indiferença. Isso é o que acontece com a verdadeira dimensão política do poder punitivo, que não se radica no exercício repressivo-seletivo da criminalização secundária individualizante, mas no exercício configurador-positivo da vigilância, cujo potencial controlador é imenso em comparação com a escassa capacidade operativa da primeira. Iguamente, a atenção discursiva, centrada no sistema penal formal do estado, deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo exercido por outras agências que têm funções manifestas bem diversas, mas cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais. Trata-se de uma complexa rede de poder punitivo exercido por sistemas penais paralelos.<sup>76</sup>

Analisando a relação entre direito penal e direito administrativo sancionador, Laura Zuñiga Rodriguez diagnostica que o embrutecimento do direito administrativo, no tocante ao exercício do poder de sancionar, de sorte a configurar-se até mesmo mais opressivo que o sistema penal, ataca as bases do Estado de Direito, mesmo porque não há transposição das garantias penais e processuais desenvolvidas historicamente no direito penal<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, 1994, p. 22.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, E.Raúl, BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*. p. 69

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Op. Cit.*, 2001, p. 1418

Zaffaroni e Nilo Batista, inclusive, criticam a teoria jurídico-penal e, assim, a doutrina, inclusive, em razão de não ser formulada analogia entre as formas de exercício do poder estatal. Consideram que isso deriva do fato de a ciência do direito ser ainda muito calcada no direito positivo, havendo, portanto, enfoque da realidade jurídica conforme dada pelo legislador, de sorte que a incorporação ou não de uma norma por uma ou outra seara é realizada apenas é considerada realizada através da atividade legislativa, o que, entretanto, não se afigura metodologicamente correto. Nessa trilha, criticam que se tem hipótese de reavaliação do narcisismo do direito penal, que, não detém o monopólio da programação do exercício do poder punitivo e não se refere à integralidade da manifestação de tal poder. Defendem, assim, a superação do discurso e metodologia tradicionais, para deslegitimar a análise dos sistemas penais paralelos “como alheios ao direito penal”, de sorte que seja possibilitado um discurso de sistematização do exercício do poder, com a estratégia de reduzi-lo<sup>78</sup>.

A proposta do Direito de Intervenção, contudo, não pode ser criticada sob tal prisma. É que a tese construída por Hassemer propugna exatamente pela criação de um sistema sancionador em que, de fato, não se terá as mesmas garantias que o direito penal, mas haverá garantias transpostas do direito penal, sendo, inclusive, a relação entre as searas uma marca desta proposta.

Não se tem, nesse campo, assim, um espraio do poder de punir ou a expansão do direito penal, mas, ao revés, uma contenção de manifestações de direito penal para atender demandas da sociedade hodierna (muitas vezes surgida em situações de emergência), em relação às quais a sua tutela não é necessária ou eficiente, em razão de suas características históricas ou dos princípios por ele historicamente consagrados.

Nessa trilha de raciocínio, convém fazer referência ao quanto preconiza Gamil Föppel:

De antemão se defenda que o Direito Sancionador tem sim garantias. Muitos saem a repetir, acriticamente, que o direito sancionador tem menos garantias que o direito penal (o que permite, com as devidas

---

<sup>78</sup> ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, *Op. Cit.* p. 69-70.

licenças, que críticas impertinentes sejam feitas à tal manifestação punitiva). Dizer-se que tem menos garantias, por óbvio, não quer dizer que não há garantia alguma. Ocorre, no entanto, que o direito sancionador possui menos garantias que o Direito Penal Clássico. Em contrapartida, o Direito Sancionador não acata a existência de pena de prisão, o que, por conseguinte, afasta a possibilidade de prisões processuais. É, pois, uma ótica de compensações: há menos garantias, porém, sem pena de prisão.<sup>79</sup>

O Direito de Intervenção parece atender exatamente a expectativa que Zaffaroni formula acerca do direito e da doutrina penal. Zaffaroni se vale de uma metáfora entre um dique, que represa água e impede a inundação de uma ilha, para dizer que, da mesma forma, o poder de punir é como a água e o Estado de Direito como uma ilha, informando que as agências executivas sempre pretendem ampliar este poder<sup>80</sup>.

Cabe ao Direito servir, nessa trilha, servir como um dique que impeça o poder de punir (água), de transbordar para o Estado de Direito e a teoria do delito, nessa senda, opera como um sistema inteligente de filtros<sup>81</sup>, sistema este que “deja pasar sólo las águas menos turbias (menos irracionales) e impide el paso de las más contaminadas (más irracionales)”<sup>82</sup>.

É certo que, para Zaffaroni, uma perspectiva legitimadora do Direito existe apenas como medida para contenção da irracionalidade punitiva, pois, de fato, não enxerga ele no funcionamento da real do Direito Penal qualquer atendimento às perspectivas de prevenção ou retribuição (ato de fé)<sup>83</sup>. Inobstante, Hassemer pretende atender por via do Direito de Intervenção certas expectativas de ordem preventiva, mas, por outro lado, através de sua ideia veicula forma de contenção da expansão penal e, sobretudo, o esfacelamento da dogmática penal e da própria teoria do delito com relação às novas necessidades, haja vista a relativização dos princípios da lesividade e da taxatividade.

---

<sup>79</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 386.

<sup>80</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. 1ª. ed. Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 31-33.

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 33.

<sup>82</sup> “...deixa passar apenas as águas menos turvas (menos irracionais) e impede a passagem das mais contaminadas (mais irracionais)” tradução nossa. (*Ibid.* p. 33).

<sup>83</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo juridico-penal marginal*. Caracas, Monte Ávila, 1993, *passim*.

Outra crítica formulada ao denominado Direito de Intervenção é a de que ele implicaria um retorno ao denominado direito penal de classes, reservando-se a severidade das sanções penais para prestidigitadores simples e, no entanto, resguardando o Direito de Intervenção para os delinqüentes econômicos<sup>84</sup>.

Gamil Föppel observa, contudo, que a distinção realizada por uma proposta que dê aos bens supraindividuais tratamento distinto daquele dado ao direito penal tradicional, não se faz com fundamento na qualidade dos agentes que praticam os delitos<sup>85</sup>.

Da análise da proposta de Hassemer, ainda, premente observar que a distinção realizada é feita base no objeto da tutela, nas conseqüências jurídicas, na necessidade da intervenção penal, na eficiência da intervenção penal e, sobretudo, na compatibilidade dos direitos e garantias do direito penal com a intervenção tocante a estes novos bens, em que surge, por exemplo, a necessidade de apenar pessoas jurídicas (sendo certo que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é objeto de dissensão polêmica na doutrina e de muitas discussões na jurisprudência).

Adite-se, noutro quadrante, que a proposta do Direito de Intervenção não preconiza a manutenção da prisão para simples ladrões. Trata-se de uma proposta de abordagem dos direitos supraindividuais, que, inclusive, pode repercutir, por isonomia, com relação a algumas situações tratadas tradicionalmente pelo Código Penal. Não há uma passagem de Hassemer em que ele diga que para pequenos furtos se reserva a cadeia e para fraudes em valores mobiliários multas e restrições de direito. Defender o Direito de Intervenção para os bens supraindividuais, em outras palavras, não significa defender a prisão em todos os demais casos tradicionalmente criminalizados. Nesse sentido, não se tem

---

<sup>84</sup> TOMILLO, Manuel Gómez. *Op. cit.* p.42/43.

<sup>85</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 393

no Direito de Intervenção a intenção da formulação de um direito penal de classes, consoante critica Schünemann<sup>86</sup>.

Schünemann critica ainda a tese de direito de intervenção, considerando-a excessivamente individualista, porquanto conformam a teoria do bem jurídico-penal orientada à proteção de bens individuais<sup>87-88</sup>. Assim, defende que o direito penal deve ser modernizado, para atender as novas necessidades sociais, considerando que a criminalização de condutas de perigo abstrato é uma necessidade da sociedade atual, que decorre da própria dinâmica das relações sociais, em que as relações se tornaram massificadas e pouco se dão entre dois indivíduos definidos<sup>89</sup>. Nessa linha, também Tiedemann defende a modernização, preconizando, até mesmo, a possibilidade de que os bens supraindividuais tenham supremacia sobre os bens individuais<sup>90</sup>.

Esta crítica, basicamente, se afigura nas mais diversas formas, como a crítica central formulada em desfavor da tese de Hassemer.

---

<sup>86</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 18

<sup>87</sup> *Ibid.* p. 13-17.

<sup>88</sup> Acerca da visão sobre bem jurídico ora adotada, premente observar a lição de Juarez Tavares: “A percepção de um bem jurídica passa, portanto, por duas fases sequenciais. A primeira, de corresponder ao processo de redução individual. A segunda de elencar suas características ou propriedades e de dispor acerca dos princípios normativos de sua delimitação. No caminho da primeira sequência, só poderá ser reconhecido como bem jurídico o que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, quer dizer, para ser tomado como bem jurídico será preciso que determinado valor possa implicar, direta ou indiretamente, um interesse individual, independentemente de se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas indistinguíveis. Por exemplo, a incolumidade pública, para assegurar sua qualidade de bem jurídico, não pode ser vista dentro do contexto da ordem pública, mas na de um estado de estabilidade da pessoa humana, sentida dentro de um grupo social ainda que indeterminado, em face de perigos para a sua vida, saúde e patrimônio. Dessa forma, não pode ser integrado no âmbito da incolumidade pública o simples controle do tráfego de veículos, mas só a situação concreta de perigo ou de dano para a vida, a saúde ou o patrimônio das pessoas, ainda que não identificáveis, decorrentes de ações desenvolvidas naquelas atividades controladas. Se não se puderem reduzir os dados dessa atividade controlada a situações concretas de perigo ou de dano à vida, à saúde ou ao patrimônio de pessoas, não se estará diante de um bem jurídico, mas sim de uma verdadeira e simples função” (TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 217).

<sup>89</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>90</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima, Grijley, 2007, *passim*.

Nesse sentido, Luís Gracia Martin critica a tese de Hassemer, identificando-a como representante do pensamento burguês liberal e defendendo a modernização do direito penal, para abarcar a criminalidade também dos integrantes de classes sociais mais poderosas:

[...] do ponto de vista histórico-material, a modernização do Direito penal deve ser entendida antes de mais nada como uma luta pelo discurso material de criminalidade, que deve ser vislumbrada no sentido de conquistar a integração, nesse discurso, de toda a criminalidade material própria das classes poderosas que estas mesmas classes conseguiram manter excluída daquele discurso graças ao domínio absoluto que exerceram sempre sobre o princípio da legalidade penal desde a sua invenção como um instrumento formal que inclui, mas que ao mesmo tempo, e sobretudo – o que é muito mais importante – também exclui comportamentos criminosos no sentido material do discurso de criminalização<sup>91</sup>.

Sucedede que, como se pode delinear acerca da teoria que defende o direito de intervenção, não preconiza Hassemer que os interesses transindividuais ou universais deixem de ser tutelados, mas que sejam tutelados através da via mais adequada, sem que haja sacrifícios das garantias e direitos conquistados ao longo da história do direito penal. Também não existe a defesa de que a crimes patrimoniais esteja reservada a prisão, mas que o direito penal continue a proteger os bens individuais, o que implica a aplicação também do princípio da proporcionalidade, devendo o cárcere ter sua necessidade também avaliada, por conseguinte.

De outra banda, a modernização preconizada pelos autores acima destacados implica a ruptura com diversas garantias e direitos cuja legitimidade foi conferida historicamente. Deveras, necessário constatar que, de fato, historicamente, o ideário de direito penal liberal, com efetiva proteção dos direitos e garantias dos acusados, existiu muito mais na doutrina do que na prática. Contudo, a existência destes direitos e garantias ainda que como objetivos a ser perseguidos na máxima medida possível pelo aplicador do direito, se afigura salutar para contenção do poder de punir.

---

<sup>91</sup> MARTIN, Luiz Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2006, p. 115.

Por outro lado, o fato de o direito penal tradicional jamais ter-se configurado da forma preconizada pelo ideário político-criminal liberal, não é razão para simplesmente entender que tais direitos e garantias não precisam ser resguardados, restando legitimada sua dissolução. Isso seria, analogicamente, confundir a impossibilidade de pagar com a inexistência da dívida.

Premente observar que, por via transversa, as teses que preconizam a modernização e a criminalização dos “poderosos”, por via transversa, realizam o direito penal de classes que criticam. Isso porque como se viu da leitura de trecho de Luiz Gracia Martín, acabam por defender a criminalização de certas condutas, apenas para que aqueles considerados integrantes da elite ou integrados socialmente, também sejam clientes do sistema penal.

O tratamento diferenciado preconizado se dirige não a pessoas diferentes, mas a fatos e necessidades diferentes, a fim de que seja instrumentalizada seara capaz de solucionar os problemas da atualidade.

Ademais, efetivamente, a proposta do Direito de Intervenção constata que as novas proibições, eminentemente de perigo abstrato, estão inseridas no ordenamento e não cedem, ainda que confrontadas pela doutrina. Seu surgimento é elemento essencial dos novos tempos. Por outro lado, rememorando a crítica albergada por Zaffaroni, premente se torna analisar ainda o recrudescimento de outras searas punitivas, de sorte que sistematizá-las, conforme pretende Hassemer, pode evitar um exercício arbitrário do poder estatal, com a previsão de direitos e garantias compatíveis com as novas proibições e sanções previstas no ordenamento.

Poder-se-ia objetar, ainda, o surgimento da seara com a perspectiva de que os tipos de perigo abstrato ou as normas penais em branco heterogêneas fossem retirados do ordenamento, seja através da descriminalização ou, até mesmo, pela declaração de inconstitucionalidade. Tal pretensão, no entanto, não se amalgama à realidade da prática jurídica pátria, o que se observa por duas vias: o legislador, continuamente, prevê mais e mais normas penais de perigo abstrato e normas penais em branco heterogêneas; o Judiciário jamais entende que tais normas se



afiguram incompatíveis com os princípios penais (constitucionalmente consagrados, inclusive).

Pesa notar que ainda que a proibição se desse apenas através de normas penais criminalizadoras de dano ou de perigo concreto (o que, na prática, não ocorre), a fluidez necessária à proteção faz com que o direito penal cada vez mais se valha de normas penais em branco heterogêneas, a violar o princípio da legalidade estrita ou da taxatividade, o que dificulta o conhecimento da ilicitude, a realização do ideário de prevenção geral negativa (já que não se faz possível conhecer a proibição, não é possível temer a punição antes de realizar o comportamento). A formulação de um Direito de Intervenção permite um abrandamento das garantias, afastando, no entanto, a possibilidade de vir a ser imposta a pena de prisão.

Sem embargo, imprescindível observar que evitar os riscos sobrelevados, com potenciais catastróficos, que marcam a sociedade de riscos, não se afigura enquanto pretensão ilegítima, acaso levada à cabo por seara que tenha a capacidade e a legitimidade para obstar tais perigos.

Crítica distinta é ainda formulada ao direito de intervenção por Bernardo Feijoo Sanchez, para quem, ao realizar uma crítica genérica ao direito penal, os autores da Escola de Frankfurt se equivocam, defendendo que seja feita uma análise das situações em que o direito penal está sendo veiculado ilegitimamente e se postando contrário à pretensão de que todas as situações provenientes da contextura social atual, nos seguintes termos:

Diferentemente do que sustenta a denominada escola de Frankfurt, não tem sentido deslegitimar todas as normas penais que tenham a ver com as novas características sociais como uma desvirtuação do autêntico direito penal, mas denunciar as situações concretas em que se está fazendo um uso ilegítimo da pena. A referência sem mais a normas que não pertencem ao modelo ideal de direito penal clássico, mas ao moderno direito penal ou ao direito penal característico da sociedade do risco, não serve, por si só, para identificar os processos de criminalização patológicos. O ideal ilustrado, que definiu o delito exclusivamente em função da importância de sua lesividade social, levava implícita a funcionalização do direito penal pelo sistema social, contudo, no século XVIII, as necessidades sociais eram distintas das do século XXI. Portanto, a referência ao direito penal do risco como um marco de legitimidade é um critério demasiadamente vago e impreciso pela generalização que implica. O direito penal pode atender às novas necessidades sociais sempre que não se desvirtuem ou desnaturalizem

suas funções, bem como o papel que deve desempenhar legitimamente a pena estatal. Isso obriga a levar a cabo análises político-criminais mais detalhadas do que a desqualificação global que caracteriza o que se tem denominado de o “discurso da resistência”<sup>92</sup>.

A opinião ora analisada, contudo, realiza um caminho de exame das normas penais invertido, segundo o qual a legitimidade de cada norma incriminadora surgida em e para tempos hodiernos deve ser analisada em concreto.

Sucedo que, como se sabe, a legitimidade das normas penais não pode ser analisada apenas em concreto, mas também do ponto de vista abstrato, devendo ser analisada sua legitimidade tendo em consideração o conteúdo de lesividade que possui e é exatamente em razão de as normas concernentes ao direito penal moderno, ordinariamente de perigo e constitutivas e, excepcionalmente, de dano e sancionadoras.

A teoria de Feijoo Sanchez é, assim, mais uma partidária da modernização do direito penal, defendendo este autor que o direito penal deve se adaptar aos Estados de Modernos, que intervêm com maior pujança na vida social, razão por que o direito penal deve acompanhar a tutela estatal.

Contudo, não há qualquer indicativo de que o direito penal deva ser elastecido para intervir sempre que o Estado entender pertinente intervir para organizar certa atividade. Paradoxalmente, se observa que o direito penal é veiculado sempre que o Estado não quer adotar medidas que, efetivamente, solucionem os problemas, mas medidas meramente simbólicas.

Ademais, não existe qualquer correlação lógica entre surgimento de novas necessidades sociais e surgimento de necessidade de intervenção penal. Com efeito, novas necessidades trazem consigo a imprescindibilidade de tutela jurídica, que não necessariamente precisa ocorrer através do direito penal.

Nessa linha, imprescindível questionar, sendo o direito penal um instrumento já utilizado ao longo da história (com pouco proveito de eficiência, sobretudo

---

<sup>92</sup> SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”*. *Notas sobre a política criminal no início do século XXI*. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/84-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO)>. Acesso em: 20.02.2015, às 04:03.

considerando os fins e funções a que, oficialmente, se propõe), não faz parte da modernização do ordenamento exatamente passar a abandoná-lo aos poucos, restringi-lo a um rol menor de situações, ao invés de expandi-lo.

Por que a modernização do direito penal é expandir sua atuação a novas necessidades? As novas necessidades não podem ser objetos de tutela mais “moderna” e que não repousa seus fundamentos no século XVIII? A modernização de que falam tais autores não pode, do ponto de vista global, ser promovida por todo o ordenamento, a fim de que as novas necessidades tenham seara e tratamento próprios? Evidentemente, tais perguntas são meramente retóricas, porquanto se afigura claramente contraditório requerer a adoção de um remédio antigo, para novas patologias, como se fora isso modernização. Confunde-se, assim, a contemporaneidade dos problemas com a modernização da solução, quando, em verdade, se tem a manutenção de uma solução antiga, para problemas novos. Nessa trilha, bem observa Renato de Mello Jorge Silveira que: “a dialética do moderno parece, neste aspecto, muito perigosa”<sup>93</sup>.

Deveras, a tais perguntas, não se faz possível obter respostas nos trabalhos dos defensores da modernização do direito penal, que adotam, simplesmente, o axioma de que o direito penal, como todo o direito, deve se adaptar as novas necessidades e, portanto, passar a tutelá-las, quando tal modernização e adaptação pode perpassar, exatamente, por sua redução, inclusive com maior observância de direitos e garantias individuais, já que, consoante anotam os próprios críticos do Direito de Intervenção, são componentes de uma ideário que jamais se perfectibilizou na prática (talvez seja, assim, hora de restar concretizado).

Pende, ainda, sobre o direito de intervenção, a dúvida de que ele atenda as demandas sociais por sanção<sup>94</sup>. Trata-se de atendimento exatamente, em

---

<sup>93</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.* p. 183.

<sup>94</sup> TOMILLO, Manuel Gómez. *Op. cit.* p.42/43.

verdade, da tecnocracia criticada por Alessandro Baratta<sup>95</sup> e até de legitimação de seu potencial estigmatizador, que não existiria no Direito de Intervenção.

Como se viu acima, por ocasião da análise da distinção entre Direito de Intervenção e Direito Penal de Segunda Velocidade, tal expectativa, longe de ser legítimo, e tal efeito, também longe de ser benéfico, são deletérios.

Demais disso, premente é notar que toda proposta de abrandamento do direito penal, de modificação de seus pressupostos e instrumentos implica tal tipo de questionamento. A pergunta que os mais conservadores sempre faz é: será que essa nova proposta vai funcionar? Com as devidas vênias, a pergunta que deveria ser feita é: o direito penal está funcionando, não só para tutelar os bens das vítimas, como também dos acusados?

Tal pergunta também foi direcionada, e. g., à Justiça Restaurativa, proposta na qual se destaca Howard Zehr. Deveras, este autor defende o sistema de justiça restaurativa, que segue a linha de que existe uma zona intermediária para tratamento das questões penais e, outrossim, de que uma via alternativa seja talvez mais eficaz que o direito penal (o que se entremostra verdadeiro, em razão dos dados coletados em pesquisas sobre justiça restaurativa<sup>96</sup>).

Defende-se na justiça restaurativa a reparação como “terceira via”, com atenção precípua ao interesse da vítima e legitimada pelo princípio da subsidiariedade (que se identifica com a ideia de proporcionalidade acima exposta, pois considera que o direito penal deve ser a *ultima ratio*, ou a última forma de intervenção do Estado, porquanto se trata da mais agressiva forma de intervenção)<sup>97</sup>.

Esta é apenas uma das vias alternativas que se aproxima da troca de lentes preconizada por Howard Zehr. Para este autor, metaforicamente, na fotografia a escolha da lente através da qual se forma a imagem condiciona daquilo que é

---

<sup>95</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 21.

<sup>96</sup> Cf. SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, *passim*.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 57-61.

visto e, da mesma forma, no campo do direito penal, a escolha da lente, ou do quadro mental de interpretação dos fatos, altera aquilo que se enxerga, não só do ponto de vista da interpretação dos fatos, como das conseqüências jurídicas que devem ser a ele impostas<sup>98</sup>.

Zehr, defende, assim, na linha de entendimento acima disposta, embora com relevo a outras pontos e apresentando proposta particular, que a regra adotada hodiernamente deveria ser a exceção, que tratamos a totalidade dos comportamentos da mesma forma que tratamos os comportamentos mais hediondos (o que remete à questão da existência de zonas intermediárias)<sup>99</sup>.

Não são poucos os que louvam, todavia, hoje, a iniciativa, sendo certo que ao redor do globo ela vem sendo implementada e, inclusive, no Brasil. Tudo se iniciou com uma alteração das lentes e com a indagação: o direito penal serve? A aproximação teórica com tal autor, contudo, neste trabalho, cinge-se a identificar a necessidade da alteração das lentes com as quais se enxerga o direito penal para que seja alterada a visão segundo a qual com penas cada vez mais graves é que obtida a prevenção, ou mediante a formação de sistemas jurídico-penais draconianos, porquanto o que se vem identificando é, ao contrário, a necessidade de refrear os esforços penais tradicionais e de encontrar novos mecanismos para tratar dos conflitos.

Fato é que, inclusive, a pena privativa da liberdade ambulatoria passa por uma crise em todo o mundo, como bem aponta Ferrajoli<sup>100</sup> que, acuradamente, indica os motivos ensejadores da conjuntura por que passa o sistema de penas realizado no cerceamento da liberdade ambulatoria:

Para esta crise têm contribuído múltiplos fatores: a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocados um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao

---

<sup>98</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo, Palas Athena, 2008, fl. 167 e 168.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>100</sup> A referência feita a Ferrajoli, em tal ponto, se justifica na medida em que representa diagnóstico acurado da situação do direito penal. Inobstante, premente observar que Ferrajoli não se afigura enquanto partidário da ideia de Hassemer, segundo a qual os direitos supraindividuais devem ser objeto de um direito de intervenção.

encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de criminalidade que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua.<sup>101</sup>

A pena de prisão, assim, acaba sendo, até mesmo, incongruente em relação ao paradigma teórico sobre o qual é fundamentada por parte da doutrina. É que este paradigma nela enxerga a obstaculização da perpetuação das penas infamantes e cruéis, consistentes na aflição corporal do delinquente. Contudo, não se pode dizer que não há nas penas de prisão a continuidade da disponibilização dos corpos dos que delinquiram<sup>102</sup> e a este efeito do cárcere une-se a exposição da *psiché* do indivíduo a controle e vigilância severos do Estado<sup>103</sup>.

Efetivamente, a Lei em análise, 12.846/2013, não alberga a pena de prisão e a crítica ora realizada ao direito penal se refere exatamente às tentativas de modernizá-lo que precisam superar esta crise, em que é inserida a seara. A incidência no direito penal não pode estar calcada um suposto predicado de

---

<sup>101</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 377 e 378.

<sup>102</sup> Veja-se, cingindo-se à realidade pátria, que a ONU (Organização das Nações Unidas) apontou que a tortura é perpetrada sistematicamente nas prisões nacionais. (Compilación de observaciones del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe, disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>>. Acesso: 24 de outubro de 2011, 01:14).

<sup>103</sup> Por estes motivos é que sobre a prisão indica Ferrajoli: "(...) é preciso reconhecer que a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a "privação de um tempo abstrato de liberdade". Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de *aflição física*, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a *aflição psicológica*: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso". (FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.* 2010, pp. 379).

igualdade, em que todos podem vir a ser apenados, mas apenas quando for efetivo e necessário.

Sobretudo a criminologia identifica ainda outros problemas no direito penal, que, para sua modernização, precisam ser superados, com base nos quais são promovidas diversas modificações legislativas (servindo de fundamento ainda para os minimalistas e abolicionistas).

Nessa toada, são levantadas diversas críticas ao direito penal, tais como de que o direito penal é seletivo, porquanto seleciona arbitrariamente aqueles que padecerão com sua incidência. Nessa linha, Alessandra Baratta sustenta que os julgamentos criminais são feitos pela maior proximidade ou distância que se tem dos casos, o juízo de censura, em verdade, variaria em razão do autor do delito<sup>104</sup>.

O direito penal, critica-se, ainda porquanto através deles ocorrem violações sistemáticas aos direitos humanos, estruturando instituição que promovem a violação de garantias fundamentais<sup>105</sup>.

Demais disso, as normas penais são influenciadas por determinados acontecimentos históricos que geram comoção e repercussão, incidindo sobre as conseqüências dos problemas e não suas causas, razão pela qual o direito penal atua nas conseqüências e não nas causas dos problemas, a ocasionar o chamado direito penal simbólico, sobre o qual já se pôde tratar.

O direito penal é ainda criticado pela existência de número significativo de cifras ocultas, que representam a existência de um desnível de crimes que efetivamente ocorreram e a quantidade de sanções aplicadas ou mesmo a quantidade de delitos que chegam ao conhecimento das autoridades chegando, efetivamente, a ser investigados. As cifras ocultas são materializadas nos números concernentes aos crimes não sabidos, investigados ou punidos. Tais cifras

---

<sup>104</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 98-99.

<sup>105</sup> QUEIROZ, Paulo. Por que defendo um direito penal mínimo. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acesso em 20.02.2015, às 04:28.

demonstrariam que existem formas negativas de solução dos conflitos<sup>106</sup>.

O direito penal ainda é criticado pelos efeitos estigmatizadores que consigo carrega, rotula e marcando pessoas, que passam não só a perceberem-se como marginais, como criminosas, como a também serem vistas dessa forma, em um processo de assunção do papel criminoso na sociedade<sup>107</sup>.

Salo de Carvalho, nessa trilha, descreve o que ele chama de “a primeira ferida narcísica do direito penal”<sup>108</sup> concernente ao “ideal do controle do crime destituído pela criminologia”<sup>109</sup>. Observa-se que a criminologia percebeu que existe um fosso, um verdadeiro abismo, entre a denominada criminalidade real e a criminalidade registrada, surgindo, assim, cifras ocultas, que consiste no desconhecido número de crimes sobre os quais sequer se tem notícia. Isso se dá em razão de a criminalização primária, ato através do qual o legislador estabelece que uma conduta será considerada crime, diferir em muito da criminalização secundária, promovida pelas agências de investigação, prevenção e repressão.

A visibilidade dessas cifras ocultas, com a constatação de que a maioria dos problemas (supostamente) penais se resolvem ao largo do direito penal e das instituições de repressão, tem consequência a fragmentação do ideal de eficiência do direito penal<sup>110</sup>.

Não se pretende, registre-se, obter, decerto, para a criminalidade denominada econômico-financeira um tratamento diferenciado com fulcro em razões outras que não a eficiência no combate a comportamentos lesivos, que poderia vir a ser alcançada por outros campos menos agressivos que o direito penal, mesmo porque o direito penal vem se mostrando uma experiência infrutífera. Feita essa advertência, força é convir, com Salo de Carvalho, em que é

---

<sup>106</sup> Cf. SEVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinqüência*. In: Revista de direito penal, n. 27, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, Jan-Jun, 1979.

<sup>107</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. cit.* p. 179.

<sup>108</sup> CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 89.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 91.



no âmbito da criminalidade denominada de colarinho branco, que se mais se observa a presença de cifras ocultas<sup>111</sup>.

Ainda nessa linha das críticas ao direito penal e do porquê de se defender a criação de alternativas, como o direito de intervenção, necessário fazer referência ao texto de Hassemer, em sua literalidade:

Ninguém saberia se a recuperação e a intimidação, como os objetivos tradicionais da pena, “realmente” funcionariam, como seria então es *ceteris paribus* se, por uma vez, não tivéssemos o direito penal. Por outro lado, seria também ingênuo aguardar por tanto tempo a aplicação das medidas penais, até que seus efeitos principais e secundários possam ser “realmente” avaliados. Isso ocorreria, provavelmente, no dia de “São Nunca”.

A visão de que com a pena nós aplicamos uma medida cujos efeitos conhecidos perfazem, em uma análise positiva, somente uma parte deles, curiosamente não abalou de forma alguma as doutrinas do sentido da pena. Hoje se fala, de forma modesta, que a pena possui pelo menos a força “simbólica” da evidenciação da norma e da estigmatização da injustiça. Isso pode estar correto. Mas é somente suportável se se trabalhar permanente e seriamente no projeto para substituir o direito penal por algo melhor, pois esse direito retira sua força simbólica dos ossos dos seres humanos: pela limitação da liberdade e sanção dos comportamentos.<sup>112</sup>

Estabelecidas as premissas acima destacadas, observa-se o contexto expansionista vivenciado atualmente pelo direito penal, inobstante as diversas críticas que sofre. Observa-se, por outro lado, que o direito administrativo vem se fortalecendo, na mesma trilha, com um espraiar do direito penal por sobre tal seara, sem que, contudo, sejam sistematizadas as garantias inerentes a esta via sancionatória mais poderosa que o direito administrativo comumente constituído, estabelecendo-se a proposta do Direito de Intervenção enquanto importante referência para criação, interpretação e sistematização dessa via administrativa voltada ao estabelecimento de sanções por violação ao poder de polícia.

Nessa trilha, observa-se o surgimento da Lei 12.846/2013 como marca dos novos tempos, devendo, contudo, ser tal diploma sistematizado e entendido com vistas a que arbítrios sejam coibidos.

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>112</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2007, p. 98.

### 3. A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

A denominada Lei Anticorrupção, ou Lei de Prevenção e Combate à Corrupção, foi promulgada em 1º de Agosto de 2013, exsurge com o objetivo de positivar a punição em desfavor de pessoas jurídicas por atos de corrupção, fraude a licitações e hipóteses de lesões outras, várias, à Administração Pública.

Trata-se de novel legislação que surge em um momento de relevantes manifestações de irresignação com a corrupção no país, já tão divulgada por reiteradas notícias de acontecimentos deste jaez na administração pátria.

Dentre as inovações, alguns pontos chamam atenção, o fato de a Lei 12.846/2013 veicular graves sanções, permitir responsabilidade objetiva por tais sanções e ter como, aparentemente, atenuante, a adoção de sistemas de gestão e contenção de riscos na empresa ou de programas de *compliance*.

Nesse contexto, premente se torna examinar, efetivamente, quais devem ser os efeitos do *compliance* para análise da possibilidade (ou não) de vir a pessoa jurídica a ser responsabilizada objetivamente por atos ilícitos consoante descritos no diploma, no bojo da referida legislação, mas não sem antes entender seus contornos e natureza, sem os quais não se faz possível examinar o instituto em análise, já que inserido na referida Lei.

#### 3.1. A NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEU ENQUADRAMENTO NO DIREITO DE INTERVENÇÃO: DO PORQUÊ DE SE FALAR EM DIREITO DE INTERVENÇÃO

Sabe-se que a Lei n. 12.846/2013 se refere ao instituto do *compliance* como sendo supostamente uma atenuante e que veicula uma possível

responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos de que fala seu art. 5º, entretantes, esse trabalho possui hipótese distinta.

Trata-se de diploma em que, efetivamente, se tem clara aproximação entre direito penal e o que a doutrina denomina de direito administrativo sancionador.

Importa observar, contudo, que o entendimento de que a Lei 12.846/2013 possa vir a ser considerada uma lei penal é refutado de acordo com os elementos identificados no Capítulo 1 que se referem à distinção entre direito penal, direito administrativo-sancionador e direito de intervenção.

Com efeito, se trata de Lei que não comina a prisão dentre suas sanções, considerando a parcela da doutrina que distingue o direito penal pelo principal consequência jurídica de que se vale. Por outro lado, se tem diploma que veicula responsabilidade da pessoa jurídica, o que, conforme será abordado no último capítulo, se entremostra incabível no tocante aos atos previstos como ilícitos pelo art. 5º do diploma, uma vez que não consubstanciam crimes contra o meio ambiente ou ordem econômica<sup>113</sup>.

Distinguindo-se, ainda, os âmbitos através da proposta de Hassemer<sup>114</sup>, ao propor o direito de intervenção, tem-se que a nova legislação não prevê a prisão, possui viés preventivo primário e técnico, além de congrega normas de diversos matizes, havendo interrelação entre normas cujo conteúdo remete a diversas searas em seu bojo. Nessa trilha, sobre a Lei 12.846/2013, vale colher a observação efetivada por Renato de Mello Jorge Silveira:

Em uma estreita obediência a muitos primados da OCDE, e em meio a uma política global de combate à corrupção, o Brasil promulgou a Lei 12.846/2013. Resta bastante interessante a percepção de que não se trata de uma legislação explícita ou necessariamente penal mas que, inegavelmente, detém muitos institutos de proximidade penal declarada.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Incumbe notar que, mesmo em relação aos crimes contra o meio ambiente e ordem econômica existe bastante discussão quanto à possibilidade de haver responsabilidade penal da pessoa jurídica, consoante é abordado no capítulo 5.

<sup>114</sup> Na mesma linha e com fulcro nos fundamentos dispostos no capítulo 1.

<sup>115</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol.

Considerando a crítica formulada por Zaffaroni e Nilo Batista<sup>116</sup>, segundo o qual direito penal está se espalhando e a crítica pensada por Ana Carolina Carlos de Oliveira<sup>117</sup>, para quem o direito administrativo sancionador<sup>118</sup> pode se constituir em direito de intervenção, desde que seja sistematizado, inclusive com a previsão das devidas garantias, se tem, mais do que uma constatação da natureza da legislação, uma necessidade inerente à proteção do Estado do Direito de manifestações punitivas excessivas e desarrazoadas.

Efetivamente, não se tem na adoção da nomenclatura para a seara como “direito administrativo-sancionador” ou “direito sancionador”, efetivamente, um problema, conquanto seja a aplicação da Lei sistematizada considerando a necessidade de que sejam observadas certas garantias e direitos, inerentes ao direito penal, ante o conteúdo sancionatório severo que o diploma carrega. Entrementes, o exame do direito administrativo-sancionador permite constatar sobre ele que: “não reúne todas as características do Direito de intervenção por não contar com um sistema estruturado de garantias”. Sobre este aspecto Celso Eduardo Faria Coracini faz, ainda, a seguinte observação: “Não há disposição legislativa que permita a elaboração de uma teoria geral do direito administrativo sancionador”<sup>119</sup>.

Premente observar, que, nessa mesma trilha, Ana Carolina Carlos de Oliveira examinou, em trabalho que antecede a Lei 12.846/2013, duas leis pátrias, para constatar que representam hipóteses que poderiam representar manifestações de direito de intervenção, desde que devidamente sistematizadas,

---

56/2012, p. 293, Abr/2012, DTR\2012\44739. Disponível para assinantes em: [www.revistadoatribunais.com.br](http://www.revistadoatribunais.com.br). Acesso em 25.11.2014, às 10:09.

<sup>116</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Op. Cit.*, p. 69.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.*, *passim*.

<sup>118</sup> Nesse sentido, premente conferir, novamente, a ideia de Ana Carolina Carlos de Oliveira: “Podemos afirmar, todavia, que a aproximação entre o Direito penal e o direito administrativo sancionador é significativa, e especialmente evidenciada pela gravidade das sanções administrativas, e incorporação de garantias e princípios do Direito penal. Acreditamos que esta zona de contato entre as duas citadas áreas aproxima-se, em grande medida, do modelo delineado por Hassemer e autoriza a proposta de sua sistematização concreta” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.*, 2010, p. 231 e 232).

<sup>119</sup> CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Op. Cit.*

a saber, Lei 8.429/1992 e Lei de combate à lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98 (com as duas últimas alterações da Lei n. 12.683/12)<sup>120</sup>.

Pesa notar, nessa linha, com fundamento nas características da Lei de Improbidade que fizeram Ana Carolina Carlos de Oliveira examiná-la como um diploma passível de sistematização para formar um corpo de Direito de Intervenção, Ricardo Dip entende, inclusive, que a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa integram-se, asseverando que formam um mesmo feixe normativo, de proteção da Administração Pública, de sorte ambos os corpos normativos devem ser compreendidos, interpretados, integrados e aplicados de maneira sistêmica<sup>121</sup>.

Como em tais diplomas normativos, na Lei Anticorrupção alguns elementos anotam a aproximação entre o Direito penal e o Direito administrativo, a saber: a) o histórico de promulgação da legislação; b) o conteúdo sancionatório da legislação; c) as hipóteses de responsabilização; d) as funções que podem ser atribuídas à novel legislação.

A Lei 12.846/2013, efetivamente, tem em sua gênese a assunção pelo Brasil de compromissos internacionais para combate da corrupção. Este é um dos elementos que permite entender sua natureza e sua sistematização de sorte a considerá-la manifestação do direito de intervenção, para que a responsabilização

---

<sup>120</sup> Nessa trilha de raciocínio, informa a autora: “Neste capítulo, o estudo de algumas leis que mesclam tratamento penal e administrativo às mesmas condutas visa apontar a existência de uma tendência de aproximação entre o Direito penal e o administrativo sancionador no Brasil, e pretenderá demonstrar a seguinte hipótese: que, ao impor sanções graves, a administração estaria efetivamente constituindo uma modalidade de Direito penal sem pena restritiva de liberdade e sem o viés estigmatizador do processo penal. Ao fazê-lo aproximar-se-ia da proposta de Hassemer para o tratamento de delitos fora do núcleo do Direito penal. [...] A complexificação dos fenômenos sociais abordados pelo Direito penal em expansão exige do legislador a recombinação de técnicas jurídicas, de maneira pouco tradicional, para a resolução dos conflitos. Neste cenário, o Direito como um todo serve como um conjunto de ferramentas das quais se vale o legislador, que acaba mesclando sanções e regras de Direito penal e administrativo para dar conta dos novos fenômenos característicos do Direito penal contemporâneo. As seguintes leis conjugam as duas disciplinas, e por isso foram selecionadas para a consecução desta etapa da pesquisa: a) Lei nº 8.429/1992, a Lei de Improbidade Administrativa; e b) Lei de combate à lavagem de dinheiro, nº 9.613/98 (com as duas últimas alterações da Lei nº 12.683/12)”. (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Op. Cit.* p. 188).

<sup>121</sup> DIP, Ricardo. *Tipo objetivo e personalização penal*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014, p. 258.

por ela prevista seja assim interpretada, máxime considerando os efeitos que o *compliance* deve possuir nesse campo.

Quanto ao conteúdo sancionatório do diploma, é possível constatar, de seu exame, que ele prevê sanção de ressarcimento de danos, em decorrência de atos lesivos à administração pública, assim como sanções que seriam atinentes a uma denominada “responsabilidade administrativa” e outras inerentes a uma chamada “responsabilidade judicial”.

O último aspecto que permite entrever a Lei 12.846/2013 como manifestação que pode ser sistematizada como direito de intervenção deriva, exatamente, da análise da positivação do *compliance* como critério para aplicação da pena, no art. 7º, IX, do diploma.

Através da veiculação da adoção de programas de *compliance* como um critério para aplicação da pena, a lei manifesta um viés preventivo de gestão de riscos, impondo para as empresas um dever de evitar riscos nas atividades que podem descambar em atos de corrupção.

Trata-se, assim, exatamente, da gestão de riscos e da prevenção primária de que trata o Direito de Intervenção e que é objeto da idealização de Hassemer.

Adite-se a isso que o próprio estudo da corrupção e dos atos considerados lesivos à Administração Pública permite entrever que, em verdade, o que se quer evitar é o abalo a atividades estatais, o ataque a funções estatais voltadas à concretização de direitos fundamentais. Não há direitos fundamentais diretamente afetados, senão por via transversa. Com um ato lesivo à Administração Pública não se tem diretamente a conclusão de que um direito deixou de ser garantido ou de que um serviço deixou de ser prestado.

Com isso, claro, não se quer dizer que não devem ser combatidos os atos contra a administração pública ou que eles não são graves, mas que tal combate, em verdade, encerra o enfrentamento de riscos a concretização de direitos fundamentais, sobrelevando-se, na sociedade atual, o combate a tais riscos, o que

insere a discussão derredor do diploma, exatamente, no contexto acima delineado.

Nessa linha, premente observar que Hassemer não nega a dignidade penal do tratamento da corrupção, mas observa sua ineficiência, de sorte a propor que sejam criados novos instrumentos, que ocasionam maior prevenção:

Seria atual, mas equivocado, retirar da periculosidade dos desenvolvimentos corruptíveis então a conclusão de que esses deveriam ser combatidos com os meios mais severos que possuímos, ou seja, com os meios penais: novas tipificações, aumento das penas, eliminação dos pressupostos da punibilidade como eventualmente dos acordos ilegais, redução do requisito do dolo ou de sua comprovação, agravamento dos instrumentos da investigação como o controle telefônico, investigadores secretos, escutas e testemunhas principais. Isso é o esquema do estímulo – reação que seguimos há anos. Revela-se oportuno o problema sobre o qual nós justamente agora falamos.<sup>122</sup>

Com base nisso, e formulando diversas propostas alternativas, Hassemer completa: “A corrupção é somente um exemplo. Ele representa o convencimento de que devemos exonerar o direito penal também das nossas esperanças sobre sua efetividade”<sup>123</sup>.

Nessa linha, ainda, em outro trabalho, embora reconheça o clamor por imposição de penas severas à corrupção e sua, até mesmo, mais uma vez, sua própria danosidade, afirma:

Embora relativamente à corrupção o aumento do rigor penal seja mais facilmente tolerado, verifica-se que, mesmo frente a esse fenômeno, é possível empregar medidas organizacionais criativas de caráter preventivo, as quais podem tornar o aumento de rigor supérfluo ou, pelo menos, reduzir significativamente a necessidade de sua utilização.<sup>124</sup>

Diante disso, premente que seja sistematizado a Lei 12.846/2013 como uma manifestação de Direito de Intervenção, de sorte que os efeitos da adoção de um regime de *compliance*, no bojo do diploma que pretende veicular

---

<sup>122</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2007, p. 97.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>124</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.*, 2008, p. 312.

responsabilização objetiva, serão interpretados sob esse viés. A importância, quanto à natureza da legislação, é observar que, afastada a intervenção penal, não se pode simplesmente afastar as garantias do direito penal em sua integralidade, tratando-se, no caso, de direito de intervenção. Com tal enfoque, os efeitos do compliance e o viés preventivo que veiculam são analisados para verificação da possibilidade de responsabilização objetiva na novel legislação.

### 3.2. CONTEXTO HISTÓRICO DE SURGIMENTO E ASPECTOS GERAIS DA NOVA LEI ANTICORRUPÇÃO

O advento da Lei 12.846/2013 tem em sua genealogia o ano de 1977, quando os Estados Unidos da América passaram a se comprometer com o combate à corrupção internacional através do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA)<sup>125</sup>.

Até então, pouco se fazia, internacionalmente, para obter combate, do ponto de vista global, havendo quem defendesse, inclusive, a inexistência de efeitos lesivos como provenientes da corrupção, considerando critérios econômicos. Nesse sentido, Leopoldo Pagotto explica que a economia relegou a plano secundário, por muitas décadas, o exame da corrupção, considerando que dela não decorreria qualquer espécie de decréscimo do bem-estar social, pugnano, inclusive, que fosse ela ignorada pelo direito<sup>126</sup>. Acrescenta que:

Em outros cenários, a corrupção até mesmo poderia aumentar a eficiência alocativa, na medida em que “diminuiria” a burocracia administrativa e facilitaria o funcionamento dos mercados. Entre o

---

<sup>125</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil* in DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro, Elsevir, 2013, fl. 24. Observação de mesmo jaez faz Renato de Mello Jorge Silveira (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*, 2014)

<sup>126</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge da. *Op. Cit.*, fl. 25.



custo de transação representado por uma barreira regulatória estatal e o custo de transação representado pelo suborno, a mera comparação de custos forneceria a resposta sobre a legitimidade ou não da corrupção<sup>127</sup>.

Assim, a posição americana foi pioneira e esteve calcada um inovador entendimento econômico, segundo o qual a corrupção desvirtua o capitalismo, por interferir na livre concorrência e nas leis de mercado, fundamentos deste modelo econômico<sup>128</sup>.

Hillary Rosenberg, Adam S. Kaufmann e Tara J. Plochocki explicam que o combate mais severo da corrupção, nos Estados Unidos, advém da preocupação pública que ocasionara o fenômeno não só no tocante ao território americano, como internacional. Passou, então, o Estado americano, a buscar apoio internacional para tal combate, máxime junto aos países em desenvolvimento aliados, a fim de obter um ambiente mais ético e dotado de credibilidade, no âmbito do empreendedorismo, o que ocasionou a implementação da Convenção Anticorrupção da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (Convention of the Organization for Economic Co-Operation and Development).<sup>129</sup>

A posição de vanguarda americana, contudo, passa a obter respaldo internacional, em razão de viragem acadêmica na economia, que passou a valorar negativamente a corrupção, a considerando deletéria ao seio social, notadamente,

---

<sup>127</sup> *Ibid.* fl. 25.

<sup>128</sup> PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 24

<sup>129</sup> Nesse sentido, indicam literalmente: “*The Foreign Corrupt Practices Act (“FCPA”), codified at 15 U.S.C §§78dd-1, et seq., was enacted in 1977 in response to concerns about public corruption both in the U.S. and overseas. Within the U.S., the FCPA was intended to prevent situations like the Watergate scandal, a major U.S. public corruption scandal involving then-President Richard Nixon, and which eventually led to his resignation from office. But beyond U.S. borders, legislators hoped to employ the FCPA to reduce foreign kickbacks and other corrupt practices by holding U.S. and foreign businesses accountable for bribery. In doing so, the U.S. sought to preserve its credibility in the market place and promote ethical business practices with its economic and political allies in developing countries. After 10 years, in 1988, the U.S. Congress amended the FCPA to implement the recommendations of the Anti-Bribery Convention of the Organization for Economic Co-Operation and Development*” (ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN; Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non U.S. companies*. In: Revista dos Tribunais, vol. 947, p. 399, Set/2014. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 01.11.2015).

por constituir maneira ineficiente de distribuição de riquezas<sup>130</sup>. Além do aspecto econômico, convém notar que a repercussão deletéria da corrupção é antevista em diversos outros pontos, tais como o meio ambiente, concorrência, finanças públicas, a própria democracia e a república<sup>131</sup>.

Ainda sobre aspectos atinentes não à regulação da economia, são encontrados estudos que demonstram o custo bilionário, talvez trilionário, que a corrupção tem sobre a Administração Pública<sup>132</sup>.

A partir daí, os Estados Unidos reiniciam sua campanha, que até então contava com parca repercussão, obtendo a assinatura de diversos acordos internacionais, dentre os quais a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, em 17 de dezembro de 1997. Esta Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de junho de 2000, através do Decreto n. 125, entrando a Convenção em vigor em 23 de Outubro de 2000<sup>133-134</sup>.

---

<sup>130</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Op. cit.* fl. 28

<sup>131</sup> Nesse sentido, asseveram Matheus Bertoncini, José Anacleto Abduch Santos e Ubirajara Custódio Filho: “A corrupção prejudica o meio ambiente, quando empreendimentos comerciais ou industriais recebem autorização indevida para funcionar mesmo sem preencher todas as condições técnicas adequadas. A corrupção prejudica a livre concorrência e os consumidores, quando empresas obtêm vantagens ilícitas da Administração Pública e, à custa disso, conquistam maior espaço no mercado, sem gerar um incremento na competição e na qualidade dos produtos postos em circulação. É o caso do pagamento de propinas fiscais para receber em troca a tolerância oficial quanto a condutas de concorrência desleal, pirataria, contrabando, sonegação de impostos, infrações das regras de vigilância sanitária, falta de alvará, etc. A corrupção prejudica as finanças públicas quando empresas se unem a agentes públicos para fraudar licitações, superfaturar obras públicas, cancelar tributos devidos, desviar recursos de órgãos públicos em geral, aprovar leis e atos normativos de interesse meramente privado. A corrupção prejudica a Democracia e a República, pois torna a Administração Pública refém de interesses privados e minoritários, serviente apenas de grupos de detentores de grande poder econômico, desviando os agentes públicos de sua função essencial de atendimento dos interesses coletivos, de modo isonômico. A corrupção prejudica igualmente o comércio internacional, pois distorce as condições de competitividade “. (SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. 1 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, fl. 15).

<sup>132</sup> PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Op. cit.* p. 21.

<sup>133</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Op. cit.* fl. 30.

<sup>134</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Op. Cit.* p. 15 e 20.

A Convenção já previa que os países signatários deveriam promover a responsabilização penal da pessoa jurídica em decorrência da corrupção ou, acaso não fosse possível a responsabilização penal, que fosse assegurado que as pessoas jurídicas estariam sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive através de sanções financeiras, consoante enunciam os artigos 2 e 3 do Decreto n. 3.678, que promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros:

#### Artigo 2

##### Responsabilidade de Pessoas Jurídicas

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

#### Artigo 3

##### Sanções

1. A corrupção de um funcionário público estrangeiro deverá ser punível com penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas. A extensão das penas deverá ser comparável àquela aplicada à corrupção do próprio funcionário público da Parte e, em caso de pessoas físicas, deverá incluir a privação da liberdade por período suficiente a permitir a efetiva assistência jurídica recíproca e a extradição.
2. Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.
3. Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.
4. Cada Parte deverá considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções

por corrupção de funcionário público estrangeiro (grifos aditados)<sup>135</sup>.

De tal dispositivo se observa que o compromisso brasileiro de combate à corrupção incluía o dever de adotar sanções às pessoas jurídicas criminais ou suficientemente punitivas para dissuadir o cometimentos de ato de corrupção. Por essa razão, Marco Vinício Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Júnior apontam:

A Convenção dispõe que os países signatários deverão criminalizar a conduta de corromper agentes públicos estrangeiros e, no campo da responsabilização das pessoas jurídicas, impõe que “cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos”.

Assim, e tendo em vista que algumas nações não admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas, ficou estabelecido que essas seriam submetidas às sanções compatíveis com os princípios jurídicos adotados por cada país membro, ficando acordado também que, na hipótese de impossibilidade de sancionamento penal da pessoa jurídica, cada signatário “deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais, dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras”<sup>136</sup>.

O Brasil ainda se tornou signatário de outros dois compromissos de internacionais de combate à corrupção, a saber: Convenção Interamericana contra a Corrupção em 1996 (promulgada pelo Decreto Presidencial n. 4.410, de 07 de outubro de 2002) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006). Acerca da Convenção das Nações Unidas, releva notar que seu artigo 26 positiva o seguinte:

Artigo 26

Responsabilidade das pessoas jurídicas

---

<sup>135</sup> BRASIL, Decreto n. 3678 de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm). Acesso em: 28.10.2014 às 23:11.

<sup>136</sup> PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. Op. cit. p. 26.

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.
2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.
3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.
4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham **sanções penais ou não-penais eficazes**, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

Nessa toada o Brasil passou a promover alterações em seu ordenamento para atender o compromisso internacional de combate à corrupção, fazendo, e. g., inserir no Código Penal o Capítulo II-A, que positiva “Crimes Praticados por Particular Contra a Administração Pública Estrangeira”.

Ainda a partir da assinatura de tal acordo, o Brasil passou a ser fiscalizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que em Agosto de 2004 e em dezembro de 2007 fez uma análise da legislação brasileira, para examinar a sua adequação à Convenção Internacional.

Nesse diapasão, consoante informa Leopoldo Pagotto:

(...) a segunda fase da avaliação da OCDE sobre a implementação do acordo no Brasil, ocorrida em dezembro de 2007, criticou o Brasil por não ser tão enfático no combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros quanto com o combate à corrupção de nacionais. **Além disso, o Brasil foi duramente criticado por ainda não ter implementado instrumentos legais capazes de impor sanções efetivas e dissuasivas às pessoas jurídicas** (grifos insertos)<sup>137</sup>.

Até então, quando da elaboração do texto ora citado e da análise da OCDE, a Lei 12.846 de 2013 (Nova Lei Anticorrupção) era apenas um embrião, mas através de tal projeto é que se intentava, claramente, obter as tais sanções

---

<sup>137</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Op cit.* p. 34.

“efetivas”, “proporcionais”, “dissuasivas”, consoante alusão da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Quando tal diploma ainda era apenas o Projeto de Lei n. 6.826/10, Leopoldo Pagotto teceu as seguintes observações sobre seu texto:

Para lidar com parte das críticas, o governo enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.826/10 para dispor sobre responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de ato contra a administração pública, nacional ou internacional. Na sua exposição de motivos, lê-se claramente o propósito “de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>138</sup>.

Efetivamente, como bem alude o supracitado autor, a Lei apresenta em sua exposição de motivos, por seu fundamento, a necessidade de atender tratados internacionais que impõem uma responsabilização à pessoa jurídica diferente daquela existente, através de sanções “efetivas”, quiçá criminais, acaso possíveis. Aliás, no EMI n. 11/2009, emitido pela Controladoria Geral da União, que acompanhou o Projeto de Lei enviado pelo Senado para sanção presidencial (o Projeto que na Câmara fora tombado sob o n. 6.826/2010, no Senado passou a tramitar sob o seguinte tombamento: PLC 29/2013), é expresso declaradamente tal objetivo, para além de restar consignado que através da Lei se buscava criar instrumentos efetivos para sancionar as pessoas jurídicas com relação à corrupção em geral (e não apenas a corrupção em transações internacionais):

O anteprojeto tem por objetivo suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos.

(...)

---

<sup>138</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Op. cit.* p. 34-35.

As lacunas aqui referidas são as pertinentes à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivos ressarcimentos dos prejuízos causados por atos que beneficiam ou interessam, direta ou indiretamente, a pessoa jurídica. Mostra-se também necessário ampliar as condutas puníveis, inclusive para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no combate à corrupção<sup>139</sup>.

De fato, ao se consultar o Parecer n. 649 acerca de tal (Projeto de) Lei, se observa exatamente o contexto de seu surgimento e sua teleologia, se lê que surge para atendimento de tratados internacionais que impõem a adoção de sanções suficientemente graves como consequência jurídica a ser impostas a pessoas jurídicas envolvidas com corrupção<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> BRASIL, Projeto de lei da câmara nº 39, de 2013 (nº 6.826/2010, na Casa de origem). Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1>>. Acesso em 29.10.2014 às 04:30.

<sup>140</sup> Nesse sentido, assim se posicionou o parecerista Ricardo Ferraço: “No atual quadro, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não conta com normas direcionadas especificadamente à responsabilização da pessoa jurídica, que os diplomas em vigor apresentam uma série de dificuldades de ordem técnico-jurídica para imposição de sanções às empresas. Por isso a aprovação do PLC é imprescindível para atualização do nosso sistema legal e a conseqüente modernização dos mecanismos de combate à corrupção. [...] Na ótica do Direito Comparado, o projeto guarda inspiração em alguns dos mais bem estruturados diplomas legais de combate à corrupção, notadamente a lei norte-americana, a pioneira, que estabeleceu esse tipo de critério já em 1977, e a paragmática (sic) legislação do Reino Unido, que entregou em vigor em 2011. [...] O Brasil, Sr. Presidente, Sr<sup>as</sup>. e Srs. Senadores, é um dos 29 países signatários da convenção sobre o combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, a chamada, Senador Agripino, Convenção Anticorrupção da OCDE, e um dos únicos remanescentes que ainda não contam com uma lei que responsabiliza pessoas jurídicas por atos de suborno contra autoridades públicas. [...] Vale lembrar que, desde a celebração da Convenção, o Grupo de Trabalho sobre Suborno Transnacional da OCDE monitora a sua eficácia em cada um dos Estados-parte. [...] A fase 2, por sua vez, foi realizada em 2007, e o diagnóstico acerca da aplicação da Convenção no Brasil agravou-se substancialmente. Apesar do reconhecimento do comprometimento do Governo no combate à corrupção, foram destacados alguns desafios a serem enfrentados como responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Em 2014, no mês de junho, será realizada a terceira fase da avaliação do Brasil, e a ausência de resposta do País às recomendações constantes no último relatório – mais especificamente no tocante à Lei de Responsabilização da Pessoa Jurídica – poderá ocasionar uma série de prejuízos à economia nacional.”. (BRASIL. Parecer n. 649, de 2013. De Plenário, em substituição às Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional; e de Constituição, Justiça e Cidadania, sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 39, de 2013 (nº 6.826/2010, na origem), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131960&tp=1>>. Acessado em 29.10.2014, às 04:52.).

Tal referência, embora um tanto quanto dilatada, é de fundamental relevância para compreender o contexto em que adveio a Lei Anticorrupção e seu escopo, ligando-a, indelevelmente, ao compromisso de cunhar sanções diferenciadas e significativas (se possível, criminais) para as pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção, o que, na esteira do quanto desde o início explanado torna relevante sua análise à luz da precaução quanto aos sistemas paralelos, em busca de uma sistematização racional e respeitadora de direitos (sobretudo fundamentais) de seu conteúdo.

Efetivamente, aqui apenas não houve a adoção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois mesmo para aqueles que a entendem como albergada pelo texto constitucional, ela estaria legitimada apenas em hipóteses de crime contra a ordem econômica e crimes contra o meio ambiente. A Nova Lei veicula, é certo, sanções graves, semelhantes a de países que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como bem explanara Leopoldo Pagotto acerca do Projeto 6826/2010 que ensejou a promulgação da Lei 12.846/2013: “Se aprovado, o Brasil terá instrumentos semelhantes aos Estados Unidos e ao Reino Unido para punir as empresas condenadas por suborno de funcionário estrangeiro e outras práticas que atentem contra o patrimônio público nacional ou contra compromissos internacionais”<sup>141</sup>.

Sobre esse aspecto, convém observar o comentário de Sidney Bittencourt acerca da Lei:

Impende sublinhar que a nova Lei sanciona no plano administrativo, e não penal, no tocante às condutas de corrupção ativa. Esse critério punitivo, conforme anotou Modesto Carvalhosa e sustentava o saudoso Marcos Juruena, segue a tendência universal de ampliação e predomínio da jurisdição administrativa sobre a penal, mediante a contínua e crescente criação de agências independentes na gestão pública e crescente criação de agência independentes na gestão pública, que são, ao mesmo tempo, regulatórias e sancionatórias<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> PAGOTTO, Leopoldo. *Op. cit.* p. 35.

<sup>142</sup> BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.



Diante de tal contexto, premente concluir que a Lei Anticorrupção surge para atender compromissos internacionais que impuseram ao Brasil o dever de adotar sanções penais ou “sanções não-penais efetivas”, “sanções proporcionais”, “sanções dissuasivas”, em desfavor das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção<sup>143</sup>.

O histórico da Lei 12.846/2013 permite observar que seu surgimento se deveu a uma situação identificada como de emergência, exatamente, quando o país se viu assolado por manifestações contra a corrupção, tendo sido até mesmo os prédios do Legislativo invadidos. Tal fato é público e notório e, mais do que isso, noticiado e admitido em grande parte dos artigos escritos acerca da Lei 12.846/2013 e, até mesmo, em entrevista de Jorge Hage, Corregedor Geral da União.

O contexto de surgimento da Lei permite ainda concluir que ela se deve a assunção pelo Brasil de compromissos internacionais para combate à corrupção. Tal ponto está demonstrado nos arquivos da produção da Lei 12.846/2013, notadamente, o parecer referido no trabalho, além dos artigos construídos acerca de seu conteúdo, desde que era ainda um Projeto de Lei.

Tais compromissos impõem a adoção da responsabilidade **penal** da pessoa jurídica nos casos de corrupção, salvo se o país signatário não puder se valer desse tipo de responsabilidade para pessoas jurídicas. Nesse caso, devem ser adotadas sanções suficientemente graves para coibir as práticas delitivas, o que, em uma análise do texto, significa dizer que elas devem ser mais graves do que as sanções comumente adotadas no direito administrativo, minimamente, semelhantes às sanções penais destinadas às pessoas jurídicas.

Os mesmos compromissos surgem exatamente para coibir a corrupção no âmbito dos contratos internacionais, tendo sido iniciada a coerção através do FCPA [*Foreign Corrupt Practice Act*]. As discussões sobre o combate eram todas,

---

<sup>143</sup> Além das obras já referidas, FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014, p. 26.

inicialmente, eminentemente econômicas, tendo sido a corrupção por muito tempo encarada, meramente, como uma forma de distribuição de riquezas.

Seu combate global se iniciou com a ideia [também econômica], de que a distribuição por ela praticada era ineficiente.

Vincenzo Ruggiero, sobre este ponto, traça um panorama das discussões econômicas acerca da corrupção:

É por cortesia de uma série de estudos econômicos que a pobreza foi temporariamente retirada do centro das atenções. Esses estudos chamaram atenção para a “escolha”, em que atos individuais são explicados em relação ao objetivo de maximizar o bem-estar desse indivíduo em um ambiente caracterizado pela escassez. A pobreza, e mesmo a moralidade, não possuem um papel significativo em tais escolhas, a única reserva é o custo potencial para os agentes da corrupção em termos de acusação formal. Nessa perspectiva, a corrupção deve ser tolerada caso o seu custo financeiro não supere o custo da repressão policial direcionada para o seu controle (Becker, 1968; Stigler, 1970). A corrupção é tida como um fenômeno muito importante para ser deixada para moralistas: seus custos, especialmente em países menos desenvolvidos, não excedem seus benefícios quando ela “fornece a única solução para um obstáculo importante ao desenvolvimento” (Nye, 1967:425).

A análise ortodoxa custo-benefício é criticada por outros autores, que argumentam que a economia da corrupção é prejudicada por sistemas de alocação de recursos que determinam os preços das mercadorias de forma diferente dos sistemas que operam nos mercados oficiais (Rose-Ackerman, 1978). Existem “incentivos corruptos” específicos que somente podem ser identificados se o tipo de burocracia ou organização em que germinam for profundamente investigado. Ambiente públicos, privados e ilegais diferem em termos de oportunidades e dos impactos das trocas corruptas. Assim também ocorre com as burocracias, que apresentam seus membros com diferentes “incentivos” de acordo com suas estruturas específicas: fragmentadas, seqüenciais, hierárquicas, desorganizadas (Rose-Ackerman, 1978).<sup>144</sup>

Tais constatações não servem para negar os efeitos deletérios da corrupção, sobretudo, no tocante à moralidade, mas para demonstrar a correlação do

---

<sup>144</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *Op. Cit.*, 2008, p. 119-120.

combate à corrupção com o direito penal econômico, com a administrativização do direito penal, com a sociedade de riscos, com o direito penal de emergência.

Não de hoje que corrupção é crime, em verdade, segundo comentário de Nelson Hungria: “Deve reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos”<sup>145-146</sup>.

Do ponto de vista técnico-dogmático, vê-se que o Código Penal promulgado em 1940, já criminalizava a corrupção através do art. 317 [corrupção passiva] e do art. 333 [corrupção ativa], dispositivos que excepcionam a teoria monista, para tipificar, diferentemente, a conduta de quem corrompe e de quem é corrompido ou corrupto:

#### Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

---

<sup>145</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, vol. IX*. Rio de Janeiro, Forense, 1958. p. 365.

<sup>146</sup> Nessa trilha, Nelson Hungria explica: “Cita-a Montesquieu como uma das causas da queda do Império Romano. Atesta a sua prática os preceitos repressivos das mais antigas legislações. A venalidade da justiça, notadamente, era objeto de severas penalidades das leis primitivas. O juiz corruto, pela lei mosaica, era punido com a flagelação, e na Grécia com a morte. Conta a História que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pele foi guarnecer a cadeira onde devia sentar o seu substituto. No antigo direito romano, a pena capital era igualmente cominada aos magistrados que mercadejavam com a função. A Lei das XII Tábuas declarava: “Si judex aut arbiter jure datur ob rem judicandam pecuniam acceperit capite luito”. Da corrupção cuidaram, posteriormente, as Leis Calpúrnica, Servílica, Cornélica e Júlica “de repetundis”. Justiniano dizia que “pecúnias ex officiis conquirere omnium flagitiorum principium est et finis”. [...] Na Idade Média, eram igualmente editadas penas rigorosas não só contra a corrupção dos juizes, a que se dava o nome barataria (explicava Cremani: “nostrates autem ujusmodi crimen Barbara você baractariam nuncupant, quia per illud quoddam veluti baractum, hoc est permutatio cum justitia, intervenit”), como contra a venalidade dos funcionários públicos em geral. Por uma estranha concessão à avidez impenitente, chegava-se, no entanto (a exemplo, aliás, da lei romana), a especificar o que podia ser recebido fora dos proventos do cargo, sem que incorresse em pena, a especificar o que podia ser recebido fora dos proventos do cargo, sem que incorresse em pena. [...] No Brasil, o Código de 1830 incriminava a corrupção sob os nomes de *peita* e *subôrno*, o mesmo fazendo o Código de 1890, que empregava tais termos como sinônimos, reunindo numa única “seção”, sob a rubrica “peita ou subôrno”, as mesmas modalidades de corrupção separadamente contempladas no Código do Império”. (HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.* p. 365-366).

### Corrupção ativa

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)

Tais pontos parecem, em verdade, advogar contra a tese de que o tratamento da corrupção é representação dos novos tempos. Entrementes, é de se observar que, como traçado na leitura das históricas linhas de Nelson Hungria, o tratamento da corrupção, até no tocante a sua aceitação e amplitude foi modificado com o passar dos anos, mesmo porque a noção de coisa pública e dos papéis e fundamentos do Estado foi substancialmente modificada.

De toda sorte, o que de há muito se combatia, através da criminalização da corrupção, jamais se inseriu no que se denomina de bens individuais, bens sem os quais não se pode desenrolar a sociedade. Proteger o Estado da venalidade de seus integrantes é proteger o Estado em si e sua atuação, daí porque Nelson Hungria menciona que “corrupção é a venalidade em torno da função pública”<sup>147</sup> (grifos aditados).

Esta ofensa, hodiernamente, adquire uma amplitude distinta, haja vista a vigência de um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo e as funções estatais são voltadas, primordialmente, à concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Daí porque suas penas se sobrelevaram com modificação legislativa em 2003 [Lei nº 10.763, de 12.11.2003, que, em atecnia, deu à corrupção pena maior do que aquela dada à concussão]. Nesse âmbito também se insere propostas como a de tornar corrupção crime hediondo e, no ano de 2013, a promulgação da Lei Anticorrupção – Lei 12.846 – através da qual se busca criar novos mecanismos para combater a corrupção nesses novos tempos.

Somem-se a tais compromissos o contexto das inúmeras, expressivas e grandiloqüentes manifestações contra a corrupção (para além de outras

---

<sup>147</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.* p. 365.

finalidades) que se apresentarem no Brasil no ano de 2013, sobretudo no período da Copa das Confederações. Deveras, tal contexto permite concluir que a Lei foi promulgada muito para atender os reclamos da população por um combate mais efetivo à corrupção e, talvez para não cortar na própria carne, foi engendrada a legislação que impõe a empresas sanções graves para eventuais atos de corrupção levados a cabo, eventualmente, por funcionários.

Nesse sentido, Orlando Estevens Cames aduz: “Percebe-se que a lei veio como uma resposta às manifestações populares, e, na ansiedade, os parlamentares aprovaram normas mais severas no combate à corrupção”<sup>148</sup>.

Surgem assim as modalidades de responsabilização da Lei Anticorrupção: a responsabilização administrativa e a responsabilização denominada judicial<sup>149</sup>, a fim de atender a exigência por medidas que se enquadrem na seguinte qualificação: “não-penal efetiva” ou “proporcional” ou “dissuasiva”. Deveras, significa dizer que não é qualquer espécie de sanção a que poderia e foi adotada pela Lei, mas sanções que se aproximassem do direito penal, apenas porque o Brasil não permite a responsabilização penal de pessoas jurídicas por atos de corrupção.

O objeto de tais responsabilizações, é dizer, as hipóteses de incidência de sanções a teor da Lei 12.846/2013, estão previstas no art. 5º do diploma, integrante de seu Capítulo II:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> CAMES, Orlando Estevens. *A nova lei anticorrupção*. In: Revista de Direito Empresarial, b. 37, mar-abr/2014, p. 45.

<sup>149</sup> TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção, Revista dos tribunais, Rt 947, Setembro de 2014, p.140.

<sup>150</sup> BRASIL, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013: Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,

Nota-se que o inciso I do referido diploma se refere à conduta compreendida pelo delito de corrupção ativa, contido no art. 333 do Código Penal: “I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;”

O inciso II tipifica a conduta de quem realiza atos preparatórios às demais condutas tipificados nos demais dispositivos do diploma, consistente em financiar, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática das demais condutas previstas na Lei. Observa-se na parte final do dispositivo, assim, elemento a que deve ser aplicado o raciocínio da denominada interpretação analógica do direito penal, é dizer, a expressão “de qualquer modo subvencionar” deve ser interpretada tendo por parâmetro os elementos que a antecedem, consistentes em auxílio material de natureza financeira aos atos previstos no diploma. Eis o teor do dispositivo “II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;”.

O inciso III tipifica, similarmente, conduta que se afigura enquanto de natureza preparatória. Com efeito, tal dispositivo tipifica o comportamento de quem constitui pessoas jurídicas através do uso de “laranjas” ou, na nomenclatura técnica, interpostas pessoas. Trata-se do comportamento de quem detém uma empresa, mas não o faz em nome próprio, senão em nome de terceiro, que apenas aparentemente é proprietário da pessoa jurídica, consoante se lê do enunciado: “III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;”.

Deve-se ter em conta, ainda, muito embora não seja precípuo escopo do trabalho, que tais dispositivos precisam ser analisados à luz do princípio da proporcionalidade, não sendo possível graduar da mesma maneira as penas para quem realizar os atos descritos no inciso II e inciso III (preparatórios) e os demais atos.

---

nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em 12.01.2015, às 20:56.

O inciso IV, por sua vez, tipifica diversas condutas atentatórias às licitações.

De acordo com a letra *a* do dispositivo, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada se funcionário que a integra ou sócio retirar de licitação competitividade, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente. Nessa trilha, positiva-se como ilícito: “a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;”.

Tal dispositivo deve ser lido com cuidado, uma vez que ao valer-se da expressão “qualquer outro expediente”, termina por ser dotado de amplitude talvez excessiva, sendo certo que um ajuste como um consórcio de empresas para que todas juntas apresentem proposta para participar de licitação, não pode afigurar-se ilícito, porquanto permitido pela liberdade de associação.

Assim, nota-se a importância de perquirir o dolo do agente pessoa física para imposição das sanções previstas no diploma, a fim de delimitar a amplitude interpretativa dos tipos previstos no art. 5º, o que se deve frisar, embora não seja objetivo central do trabalho.

A letra *b* do inciso IV torna típico o comportamento de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público: “b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;”. Diferentemente da letra *a*, que proíbe atos que atentem contra a competitividade, ou seja, contra o conteúdo da licitação e seu objetivo, que é obter o melhor custo-benefício para a Administração Pública, a letra *b* proíbe a conduta de quem obsta ou atrapalha atos da licitação, ou seja, viola o procedimento em seu aspecto extrínseco, o agride em relação aos atos procedimentais que o compõem.

A letra *c* nada mais é que um tipo especial da letra *a*, que poderia ser muito bem por esta englobada, pois infringe a competitividade do procedimento licitatório, quem afasta ou procura afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem. Veja-se: “c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;”.

Também tipifica o diploma, através da letra *d*, inciso IV, art. 5º, a conduta de exercitar qualquer fraude em licitação pública ou em contrato dela decorrente, passando a tutelar, também, a relação jurídica que pode vir a ser produto da licitação pública, ou seja, o contrato dela decorrente: “d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;”.

Em tipo específico, art. 5º, IV, e, que não versa acerca da utilização de interposta pessoa para ocultar os beneficiários ou o real interesse da pessoa jurídica, proibida a conduta de se valer de fraude ou qualquer irregularidade para criar pessoa jurídica com o intuito de participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Assim, resta proibido: “e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;”.

A letra *f* proíbe a obtenção de vantagem ou benefício indevido, mediante fraude, em modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública. Trata-se de tipo de leitura truncada e muito extenso, sendo certo, contudo, que é possível destrinchá-lo da seguinte forma: a) resta proibida a conduta de obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento; b) a vantagem de que fala o dispositivo decorre ou advém “de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública”, sem autorização em lei, sem autorização no ato convocatório ou sem autorização nos respectivos instrumentos contratuais. O texto vem com a seguinte redação:

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

A leitura do texto legal permite concluir que a disposição ora examinada é de que a fraude é empregada para a obtenção de vantagem ou benefícios indevidos. Mas isso não basta para que incida a proibição, a vantagem deve ser obtida em modificação e prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, modificações e prorrogações estas não autorizadas pela lei, pelo ato convocatório da licitação pública ou pelos instrumentos contratuais.



A leitura do tipo, assim, passa a impressão de que empregada uma fraude em uma modificação ou prorrogação contratual permitidos pela lei, pelo ato convocatório da licitação pública ou pelos instrumentos contratuais, não incidiria o tipo legal.

Imprescindível concluir, nesse sentido, que não foi empregada a melhor técnica legislativa para formulação do dispositivo, que em verdade deveria proibir a conduta de que seja empregada a fraude para obtenção de modificações e prorrogações indevidas.

Também proíbe a Lei 12.846/2013, no art. 5º, IV, que haja manipulação ou fraude do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública: “g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;”. Trata-se, assim, de, mais uma vez, tutelar a higidez da relação proveniente da licitação, que é o contrato entre o licitante vencedor do certame e a administração pública. Nesse sentido, qualquer manipulação ou fraude a fim de modificar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato resta proibida, a fim de que os contratantes com o poder público não se valham da fraude, para obter revisões contratuais vantajosos, ou até para evitar que ela venha a ocorrer em razão de o contratante buscar evitar o cumprimento integral da avença.

Por derradeiro, se observa que a legislação em análise proíbe a conduta de dificultar a atividade investigativa ou a fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, na forma do art. 5º, V:

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

Para análise desse dispositivo, deve ser analisada acuradamente o *whistleblowing* e a estruturação dos programas de *compliance*, realizadas nos capítulos 4 e 5. Demais disso, é necessário observar que hipóteses de exercício do direito a não auto-incriminação não podem configurar o ilícito referido, uma vez que de tal direito decorre a impossibilidade de atribuição de qualquer efeito

negativo ao exercício do princípio *nemo tenetur se detegere*. De fato, ainda que a sanção seja veiculada por seara diferente da penal, premente observar que acaso haja turbação de investigação, por falta de colaboração, de suspeito que pode vir a ser responsabilizado pessoalmente pelas imputações dirigidas à empresa, não se poderá estabelecer uma punição para a pessoa jurídica a que ele pertence<sup>151</sup>.

Destarte, a leitura de tal dispositivo permite concluir que a denominada Lei Anticorrupção incide em casos que não se enquadram exatamente na hipótese de corrupção positivada pelo Código Penal (corrupção passiva, que é praticada pelo funcionário público corrompido, tipificada pelo art. 317 do Código Penal; corrupção ativa, que é praticada pelo particular corruptor, criminalizada pela positivação do art. 333 ou corrupção ativa em transação comercial internacional, prevista no art. 337-B, do Código Penal). Deveras, o espectro de incidência da Lei é muito mais amplo do que sua nomenclatura, do ponto de vista técnico, poderia fazer concluir. Efetivamente, inclui quaisquer atos lesivos à Administração Pública, na forma do seu art. 5º, dispositivo que deve ser interpretado taxativamente<sup>152</sup>.

Releva, nesse ponto, notar a advertência efetivada por Toshio Mukai, para compreender o espectro de incidência da examinada Lei, informa que esquadrihado pelo art. 2º do diploma, que delimita a possibilidade de a Lei impor sanções apenas aos comportamentos definidos no art. 5º<sup>153</sup>.

De tal advertência se extrai que não é possível simplesmente entender que a Lei se aplica a qualquer ato lesivo à Administração Pública. Com efeito, tal entendimento acertadamente anota que apenas pode haver responsabilização nas hipóteses expressamente previstas no diploma.

---

<sup>151</sup> Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. estabelece: “O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *Nemo Tenetur se Detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009, p. 569).

<sup>152</sup> DIP, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 261.

<sup>153</sup> MUKAI, Toshio. *Comentário à Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013: lei anticorrupção contra pessoa física e jurídica de direito privado*. In: *Revista de Direito Empresarial*, b. 37, mar-abr., 2014, p. 09.

Toda e qualquer pessoa jurídica pode, eventualmente, vir a ser responsabilizada, a teor do que dispõe o diploma em análise, em razão do quanto preconiza o art. 1º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013:

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

A imposição de uma sanção sobre a pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, que responderão na medida de sua culpabilidade (art. 3º da lei). Não se fala, no âmbito da Lei Anticorrupção em dupla imputação necessária, como se fazia (no passado) em relação à responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente, em razão do que positiva o art. 3º, §1º, Lei 12.854/2013. A questão da culpabilidade da pessoa jurídica será examinada no capítulo 5, sendo certo que, neste trabalho, pontua-se que a responsabilização objetiva deve ser mitigada como efeito da adoção de um regime efetivo de *compliance*.

Em hipótese de fusão da pessoa jurídica a ser sancionada por ato ilícito sobre o qual incide a Lei 12.854/2013 a responsabilidade permanece. A responsabilidade, contudo, será apenas patrimonial se houver fusão e incorporação, até o limite do patrimônio transferido, não respondendo a empresa por fatos anteriores à fusão ou incorporação, salvo nesse limite (art. 4º, *caput*, e art. 4º, §1º, Lei 12.846/2013. Sociedades controladoras, controladas e coligadas serão solidariamente responsáveis, restringindo-se tal responsabilidade ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4º, §2º, do diploma referido).

Importa notar que Lei prevê expressamente a possibilidade de a pessoa jurídica vir a ser desconsiderada, em razão de ato ilícito através dela praticado (art. 14). Trata-se de dispositivo que poderia ser expressão, meramente, por referência ao artigo 50 do Código Civil, já que versa acerca da teoria da

desconsideração da personalidade jurídica, teoria esta já albergada pela práxis jurídica pátria<sup>154</sup>.

A Lei, consoante os contornos acima explanados, denota claro contato com a Lei de Improbidade Administrativa com a Lei de Licitações. Efetivamente, os atos descritos no art. 5º do diploma podem encontrar proibição similar em tais diplomas, de sorte que o art. 30 assim versa:

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

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

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

Observando o conteúdo da Lei 12.846/2013 e sua correlação com os diplomas acima mencionados, é possível considerar as manifestações legislativas configuram um sistema de proteção da Administração Pública, razão pela qual Ricardo Dip explica que: “esses diplomas legais emergem e capitaneiam, na ordem subconstitucional, um sistema legal protetivo (e não menos repressivo) em favor da Administração”<sup>155</sup>.

Tal dispositivo deve deixar irrequieto, contudo, o intérprete, quanto à possibilidade de ensejar dupla punição por uma mesma conduta (através dos diferentes diplomas), o que deve ser, em absoluta, evitado, por transgredir o princípio do *ne bis in idem*<sup>156</sup>.

Nesse sentido, Sebastião Tojal pugna pela assunção de que a Lei 12.846/2013 derogou a Lei de Improbidade Administrativa no que tange à sua aplicação às pessoas jurídicas, defendendo que: “a partir do advento da Lei

---

<sup>154</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Procedimento e sanções na lei anticorrupção in Revista dos Tribunais*, RT 947, Setembro de 2014, p.275.

<sup>155</sup> DIP, Ricardo. *Op. Cit.*, p. 258.

<sup>156</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Op. Cit.* p. 288.

12.846/2013, as pessoas jurídicas não respondem mais por ato de improbidade, mas tão somente pelos atos previstos na Lei 12.846/2013, ficando os atos descritos na Lei de Improbidade Administrativa restrito às pessoas naturais”<sup>157</sup>. Demais disso, a Lei de Improbidade não pode ser utilizada subsidiariamente em relação à Lei Anticorrupção para afetar pessoas jurídicas, em razão de: 1) ter sido derogada pela Lei ulterior; 2) nunca ter ela previsto comportamentos e atos referentes a pessoas jurídicas<sup>158</sup>. Premente concordar, de fato, com Sebastião Botto de Barro Tojal quando afirma:

É verdade que sempre se interpretou, diga-se de forma correta, que a pessoa jurídica deveria integrar, obrigatoriamente, o polo passivo da Ação por Ato de Improbidade Administrativa de que trata a Lei Federal 8.429/1992. Entretanto, basta verificar as penalidades (art. 12, Lei 8.429/1993) passíveis de aplicação decorrentes da Lei de Improbidade para se chegar à conclusão de que a Lei fora concebida com foco na responsabilização das pessoas naturais.

Ora, nenhuma pessoa jurídica poderia perder a função pública ou mesmo ter suspensos seus direitos políticos, próprios de pessoas naturais. Não havia nenhuma punição prevista que tivesse por objetivo afetar especificamente a esfera de direitos da pessoa jurídica, salvo o ressarcimento do dano e o impedimento de contratar com a Administração Pública<sup>159</sup>.

Tal entendimento, contudo, apenas se aplica ao inciso I do art. 30, não havendo bis in idem em relação à possibilidade de aplicação de sanções decorrentes da Lei 12.846/2013 e Lei 8.666/2013 e da Lei 12.462/2011.

Observa-se que a Lei de licitações, quanto a seus crimes, não enseja responsabilização da pessoa jurídica, de sorte que há apenas a possibilidade de virem a ser impostas em seu desfavor as sanções contidas na seção II “Das Sanções Administrativas”. Os comportamentos ilícitos definidos, contudo, nos artigos 86 e 87 desse diploma descrevem condutas que não estão previstas, também, no art. 5º da Lei 12.846/2013, tratando-se de comportamentos relativos

---

<sup>157</sup> *Ibid.* p. 284-287.

<sup>158</sup> *Ibid.* p. 290.

<sup>159</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014, p. 282.

ao atraso na execução ou pela inexecução de contrato, tutelando-se, assim, o cumprimento da relação jurídica contratual<sup>160-161</sup>.

Por outro lado, quanto à Lei 12.462/2011, observa-se que seria possível aventar a ocorrência de *bis in idem* no tocante ao art. 47, V, segundo o qual é ilícita a conduta de “fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato”, em razão do quanto preceitua o art. 5º, IV, da Lei 12.846/2013. Quanto aos demais comportamentos proibidos pelo art. 47, não encontram eles correspondência nas proibições do art. 5º, Lei 12.846/2013. Sucede que, de toda sorte, o art. 47, caput, prevê uma sanção específica não prevista, também, pela Lei 12.846/2013, além de mencionar, expressamente, que a sanção ali contida é estabelecida “sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais”<sup>162, 163</sup>.

---

<sup>160</sup> Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (BRASIL, Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em 26.01.2015, às 19:54).

<sup>161</sup> TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Op. Cit.* p. 291.

<sup>162</sup> Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

Assim, tecidos os contornos gerais atinentes ao regramento veiculado pela Lei 12.846/2013, premente debruçar-se por sobre as espécies de responsabilização previstas no diploma<sup>164</sup>.

Serão analisadas, assim, consoante denominação da lei, a responsabilização judicial e a responsabilização administrativa, para além das sanções a elas inerentes.

---

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não manter a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

<sup>163</sup> Nesse sentido, *cf.* TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Op. Cit.*, p. 293.

<sup>164</sup> Acerca das questões processuais atinentes à relação entre os diplomas, Paulo Henrique dos Santos Lucon tece ainda a seguinte e pertinente observação: “O art. 30 da Lei 12.846/2013 dispõe que a aplicação de sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa e de atos ilícitos que violem a lei de licitações ou outros dispositivos que regulam o procedimento licitatório e os contratos com a administração pública. Assim, em favor da tutela da administração pública, as pessoas jurídicas podem ser sancionadas tanto pela prática de atos de improbidade administrativa quanto pela prática de alguma das condutas previstas na Lei Anticorrupção. Necessário, portanto, refletir a respeito da relação que pode existir entre demandas fundadas nessas diversas leis. Caso sejam propostas demandas em separado, é inegável reconhecer a existência de conexão entre essas ações o que justifica a sua reunião no juízo prevento. Também é possível que seja cumulado em uma única demanda pedido de condenação com base em cada uma dessas leis o que pode resultar em uma condenação com fundamento na Lei Anticorrupção, já que o elemento volitivo é dispensado, e uma absolvição com fundamento em outra lei que exige outros elementos para a condenação. Regras atinentes à prejudicialidade interna e externa são também, nesse palco de nítida relação entre demandas, plenamente aplicáveis” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. Cit.* p. 279).

### 3.3. ESPÉCIES DE RESPONSABILIZAÇÃO

Já se fez possível anotar e frisar que a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) alberga duas espécies de responsabilização, são elas: administrativa e judicial.

Premente convir em que “responsabilização” é termo utilizado para referir-se ao ato através do qual alguma autoridade (podendo ser a autoridade administrativa ou o Judiciário, a depender do tipo de sanção) impõe uma consequência jurídica a um comportamento (entendido como lesivo à Administração Pública) de alguém (no caso da Lei 12.846/2013, necessariamente, uma empresa). Nesse sentido, na acepção de Frederico Marques responsabilidade é termo que se refere à obrigação de suportar as consequências da conduta<sup>165</sup>, no caso da Lei 12.846/2013, responsabilidade é a obrigação de suportar as consequências da prática de condutas proibidas pelo art. 5º.

Entrementes, no bojo da dita “responsabilização” são regradas e expostas as sanções que veicula o corpo normativo em análise. Também o processo e procedimento (em linhas gerais e carentes, ainda, de regulamentação) são regulamentados nos tópicos atinentes à dita “responsabilização” a que se refere a Lei.

Tais lições denotam que a legislação em análise padece de criticável estruturação.

Estar-se-ia a expor duas formas de sanção, que podem ser impostas por diferentes poderes: 1) sanção civil: que pode ser imposta pela Administração Pública e pelo Judiciário; 2) sanção administrativa regradada no capítulo destinado ao tratamento da “responsabilização administrativa”: que pode ser imposta pela Administração Pública; 3) sanção administrativa regradada no capítulo destinado ao tratamento da “responsabilização judicial”: que pode ser imposta apenas pelo Judiciário.

---

<sup>165</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. V. 2. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 164.



A terceira delas é diferenciada, singularizada e denominada de maneira diferenciada pelo próprio diploma em análise. Trata-se de responsabilização que, a bem da verdade, não apenas pelo nome, mas por suas características, parece ser representação clara de direito sancionador, conforme defendido pela Escola de Frankfurt, devendo assim ser examinada, até mesmo para que não recaia o jurista na armadilha sobre a qual advertiram Zaffaroni e Nilo Batista<sup>166</sup>, qual seja: a de que estão sendo formados e legitimados sistemas penais paralelos, em que o poder de punir (do direito penal) se espraia, muito embora as garantias não transbordem da mesma maneira. No entanto, premente notar que não apenas as sanções passíveis de “responsabilização judicial” se inserem no rescaldo da adoção de um direito de intervenção ou direito sancionador, como também as demais sanções administrativas, muito embora possam estas ser impostas pela Administração.

Observa-se, assim, que o diploma se refere às sanções que seriam, consoante se entende, integrantes de um sistema de direito de intervenção, como sendo sanções administrativas, de sorte que todo o regramento positivado atinente às sanções passíveis de “responsabilização administrativa” é também aplicável à “responsabilização judicial”, já ambos versam sobre o mesmo espécime de sanções, consoante o direito positivado.

Efetivamente, a Lei 12.846/2013 anota que estaria a tratar de sanções administrativas e civis às empresas por atos lesivos à Administração Pública, sendo, no seu regramento, algumas sanções administrativas passíveis de imposição pela Administração Pública e outras podendo apenas ser impostas pelo Judiciário. Nessa senda, Orlando Estevens Cames anota, acerca do art. 5º da Lei 12.846/2013, o seguinte:

A regra destina um capítulo quanto à responsabilização na esfera administrativa, com penalizações às companhias que podem ficar entre 0,1% e 20% do faturamento bruto do exercício anterior à

---

<sup>166</sup> ZAFFARONI, E.Raúl, BATISTA, Nilo. *Op. Cit.* p. 69. No mesmo sentido: CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para intervenção jurídico-penal.* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 50, p. 237, Set/2004. Disponível: <<https://www.revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 04.12.2015, às 01:08.

instauração do processo; caso seja impossível efetuar o cálculo, a multa pode chegar a R\$ 60 milhões, além da publicidade do ato condenatório.

Ainda no tema das sanções administrativas, a norma positivada vai mais adianta, pois, além de não impedir a imposição de sanções na esfera judicial, ainda prevê multa, perdimento de bens, direitos ou valores, além de suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos<sup>167</sup>.

Nos tópicos seguintes, portanto, quando da análise das diferentes espécies de “responsabilização”, estar-se-á atentando para a nomenclatura utilizada no diploma, mas o objetivo precípua é a análise das diferentes formas de sanção, a fim de que seja possível examinar a natureza do corpo normativo examinado, passo imprescindível ao exame do *compliance* e de quais conseqüências jurídicas deve ter ele no bojo de um direito sancionador, considerando sua finalidade e seus contornos.

Outro ponto do diploma que merece ser desde já destacado se refere à possibilidade de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, na forma da Lei, consoante deixa entrever os arts. 1º e 2º:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

---

<sup>167</sup> CAMES, Orlando Stevens. *Op. Cit.*, p. 45.

Nessa trilha, Toshio Mukai explica:

(...) de outro lado, como o art. 1º diz “responsabilização objetiva administrativa e civil”, alguém poderia entender que a responsabilização objetiva seria somente a de cunho administrativo a civil seria de ordem subjetiva, mas o art. 2º deixa claro que tanto a responsabilidade administrativa como a civil serão de natureza objetiva<sup>168</sup>.

Assim, releva notar que a Lei parece não identificar, nesse ponto, a existência de uma terceira hipótese de responsabilização, que ela, ulteriormente, reconhece ao regrá-la quando da regulamentação da “responsabilização judicial”, que difere a “responsabilização administrativa”, no tocante às sanções aplicáveis e ao procedimento para aplicação. É dizer, a Lei reconhece que existem sanções ali que apenas poderão ser impostas por um Juiz, diferentemente de outras que podem ser livremente impostas pela Administração.

Destarte, a Lei não estabelece expressamente a responsabilização “judicial” (consoante denominação do diploma) como sendo objetiva. Releva notar, contudo, que, de fato, consultando o processo legislativo concernente à Lei em análise, que foi vetado o art. 19, §2º, para o qual dependeria da comprovação de dolo ou de culpa a imposição das sanções mais graves, previstas no *caput* do mesmo artigo, a saber: a) suspensão ou interdição parcial de atividades da pessoa jurídica – prevista no inciso II; b) dissolução compulsória da pessoa jurídica – prevista no inciso III; c) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenção, doações e empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 01 (um) e máximo de 05 (cinco) anos.

Sobre o veto, Toshio Mukai explica:

Essa disposição foi vetada com a seguinte razão:

Tal como previsto, o dispositivo contraria a lógica norteadora do projeto de lei, centrado na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que cometa atos contra a Administração Pública. A introdução da responsabilidade subjetiva anularia todos os

---

<sup>168</sup> MUKAI, Toshio. *Op. cit.* p. 10.

avanços apresentados pela nova lei, uma vez que não há que se falar na mensuração de culpabilidade da pessoa jurídica.

Vê-se, assim, que para driblar uma dificuldade concernente à aferição do elemento subjetivo de infrações eventualmente cometidas pelas pessoas jurídicas, o processo legislativo que positivou a Lei Anticorrupção cunhou uma pretensamente irrestrita responsabilidade objetiva, embora não o faça expressamente, a partir da leitura acima explanada dos dispositivos nela positivados.

As questões concernentes à problemática imposição da responsabilização objetiva serão analisadas adiante, já que compõem eixo sobre o qual se discutirá os efeitos do *compliance*.

Nessa linha, bem adverte Sylvio Toshio Mukai que a Lei utilizou-se indiscriminadamente do conceito de responsabilização objetiva para “tratar de forma equivalente temas díspares, quais sejam: o de responsabilização objetiva por ato lesivo e o de sancionamento pela prática dos referidos atos”<sup>169</sup>. E ainda explica, na mesma trilha que versa acerca da diferenciação entre responsabilidade e sanção: “[...]a responsabilização por eventuais danos causados pela prática de atos ilícitos não pode se confundir com a sanção estatal pela violação da ordem legal”<sup>170</sup>.

Toshio Mukai, por outro lado, defende a inconstitucionalidade de se adotar a responsabilidade objetiva, com fulcro nos seguintes fundamentos:

- a) Quando se tratar de aplicar uma sanção administrativa e tão só, não há possibilidade de se aplicar a “responsabilidade objetiva, porque tal fato se constituirá numa clara inconstitucionalidade, porque a ampla defesa prevista no art. 5º, LV, da CF é intocável tanto pela pessoa física como pela jurídica”;
- b) Se, após o processo com o contraditório e a ampla defesa, se concluir eu da sanção a aplicar decorre também o dever de reparar um dano, surge então a responsabilidade objetiva, ou seja, agora sim, para a cobrança de indenização, como o dano será comprovado e o nexos causal também, impõe-se a responsabilidade administrativa objetiva<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> MUKAI, Sylvio Toshio. *Responsabilidade objetiva administrativa na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. In: Revista de Direito Empresarial, b. 37, mar-abr/2014, p. 31.

<sup>170</sup> *Ibid.* p. 31.

<sup>171</sup> MUKAI, Toshio. *Op. Cit.*, p. 17.

Isso porque, independentemente, inclusive, da (i)legitimidade ou (in)constitucionalidade de ser imposta responsabilidade objetiva em sanções previstas em um corpo normativo de direito de intervenção ou direito sancionador, é necessário saber se a adoção do *compliance* pode, inobstante eventual possibilidade de responsabilização objetiva, afastar a imposição da sanção, ante a função da lei, a função que se espera do *compliance*.

Premente, assim, nessa trilha, que sejam examinadas as diferentes hipóteses de responsabilização, a fim de acuradamente entender, de fato, a responsabilização denominada “judicial” e, sobretudo, as sanções a ela inerentes, com o fito de examinar o *compliance* e os efeitos jurídicos que lhe devem ser atribuídos, notadamente, ante a natureza jurídica das sanções e finalidade da Lei em análise.

### 3.3.1. *Responsabilização civil*

A Lei Anticorrupção representa, efetivamente, um corpo normativo robusto, que se direciona à responsabilização de pessoas jurídicas em hipótese de corrupção.

Uma das conseqüências jurídicas impostas a empresas envolvidas em corrupção é a obrigação de reparar o dano. A responsabilidade, assim, por reparar ao Estado o dano sofrido por ato de corrupção de integrante da empresa poderá recair, objetivamente, por sobre a empresa.

A sanção cível cuja responsabilidade recairá, a partir da Lei 12.846/2013, por sobre as empresas envolvidas em casos de corrupção, se refere exatamente ao dever de reparar o dano, veiculando-o.

A responsabilidade civil, como a administrativa, são previstas desde os artigos 1º e 2º do diploma em análise.

O art. 6º, §3º também versa acerca da responsabilidade civil, ao indicar: “§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado”, a denotar a inafastabilidade, independentemente da aplicação de outras sanções, do deveras de reparar dano.

A reparação do dano pode ser determinada em processo administrativo autônomo, consoante se depreende da leitura do art. 13, Lei 12.846/2013:

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

A reparação pode ser ainda objeto da responsabilização judicial, consoante se tratará adianta, consubstanciando um dos pedidos em ação judicial voltada à imposição das sanções mais graves da Lei 12.846/2013.

### *3.3.2. Responsabilização administrativa e sanções a ela atinentes*

A Lei Anticorrupção adotou, como já se pôde adiantar, estruturação dispendo acerca de formas de responsabilização, e subdividindo as sanções entre aquelas que podem ser impostas diretamente pela Administração Pública (daí falar em responsabilização administrativa) e aquelas que podem ser impostas apenas pelo Judiciário (falando, assim, em responsabilização judicial).

A responsabilização administrativa é regrada precipuamente, no art. 6º e ss. da Lei 12.846/2013.

O início do tratamento da dita responsabilização, portanto, é realizado pelo enunciado contido no art. 6º, I, que positiva pena de multa para as pessoas jurídicas envolvidas em nos atos definidos no art. 5º do diploma. O art. 6º, II, por sua vez, trata da pena de imposição da publicação extraordinária:

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

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

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Vê-se, assim, que a Lei iniciou o tratamento da denominada “responsabilização administrativa” a partir do elenco de sanções que seriam atinentes à dita responsabilização, que, aparentemente, seriam também sanções administrativas, muito embora, se deva frisar que a sanção prevista no inciso II parece não se amalgamar ao cariz administrativo, em razão de sua pujança e por ter claro intento estigmatizador o que demonstra o claro contato entre o direito penal e a dita sanção.

De fato, as sanções do art. 6º são muito mais brandas do que aquelas atinentes à denominada “responsabilização judicial”, daí porque o legislador possibilita à Administração Pública, *per se*, impô-las. Inobstante, observa-se do dispositivo que a multa prevista no art. 6º, I, Lei 12.846/2013 é bastante significativa podendo ser de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo.

Observa-se, nessa linha, que no modelo americano, que serviu de base para a promulgação da Lei 12.846/2013, as multas têm um limite máximo, para além de ser calculadas com fundamento no esmiuçado Federal Sentencing Guidelines Manual, texto que positiva, ponto a ponto, os passos, elementos de perquirição e fundamentos necessários para adoção de sanções. Nessa linha, Hillary Rosenberg, Adam S. Kaufmann e Tara J. Plochocki observam que, em um dado

momento, as multas são penalidades criminais (naquela realidade) impostas a pessoas jurídicas e, em casos de violação a provisões anticorrupção<sup>172</sup>.

Premente examinando o dispositivo, indagar se a pena de multa não implicaria *bis in idem* acaso aplicada outra pena de mesmo jaez na esfera penal ou até administrativa, o que deve ser, de todo evitado, como já se pôde tratar ao analisar o art. 30 do diploma, que versa acerca da possibilidade de a Lei de Improbidade Administrativa incidir sobre fatos sobre os quais incida também a Lei Anticorrupção. Demais disso, premente será analisar, quanto a constitucionalidade, a violação à imagem e à proibição de penas vexatórias, com relação à imposição do dever de publicar extraordinariamente decisão condenatória de ordem administrativo que responsabilize empresa por ato lesivo à Administração Pública. Todavia, a análise acurada de tais pontos implicaria afastamento do objeto temática do trabalho, que é exatamente o de perquirir os efeitos jurídicos que se deve atribuir ao *compliance*.

Trata-se, ainda, de larguíssimo espaço para a discricionariedade da administração, o que ocasiona violação clara à ideia de segurança jurídica, que deve perpassar o direito. O único parâmetro existente para aplicação de sanções, até regulamentação do diploma, está previsto no art. 7º, para o qual:

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

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

---

<sup>172</sup> “For each violation of the anti-bribery provisions, corporations ara subject to a US\$ 2 million fine, and individuals ara subjet up to US\$ 100,000 and 5 years in prison. [...] The fine amount and the prison sentence are calculated using the U.S. Sentencing Guidelines Manual, which provides for different penalties depending on different factors including the egregiousness of the conduct, the involvement of high-level personnel within the company, and prior misconduct or obstructive behavior” (ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN; Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. *Op. Cit.*).



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.

Tal dispositivo, contudo, não está próximo de pôr fim à celeuma ora identificada, sendo ainda pendente, inclusive, regulamentação de seu conteúdo, notadamente, para que seja adotado o *compliance*, sobre o qual se tratará adiante (vide art. 7º, VII, Lei 12.846/13) e cujos efeitos são o precípua escopo do trabalho, sobretudo ante a natureza jurídica da novel legislação e as funções a ela inerentes.

A responsabilidade administrativa é aferida, de regra, a teor do art. 8º e ss., da Lei 12.846/2013, através de processo administrativo de responsabilização. Nesse sentido, eis o quanto positivou o legislador:

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

Isso não significa dizer que tais sanções não podem ser impostas pelo Judiciário, pois podem. Significa que a Administração Pública pode fazer com que incidam elas sobre as empresas, diferentemente daquelas previstas quando do regramento da “responsabilização judicial”, porquanto estas apenas podem ser impostas pelo Judiciário.

Algumas sanções, assim, serão objeto de responsabilização judicial, notadamente, por serem sanções mais graves, havendo, inclusive, em relação à responsabilidade por elas, nomenclatura diferente dada pelo próprio legislador.

Muito embora não seja o objetivo precípua do trabalho avançar por sobre toda polêmica que aflige o diploma que é analisado, premente pontuar que a abertura

de atribuição ocasionada pelo art. 8º já é muito criticada pela doutrina, para quem há possibilidade de acontecerem julgamentos múltiplos, decisões contraditórias, em razão de toda e cada autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário poder julgar, administrativamente, ato de corrupção de responsabilidade de pessoa jurídica.

Doutrinariamente, se acredita que se deva regulamentar a Lei quanto a este aspecto, o que, aliás, já realizou o Município de São Paulo, através do Decreto nº 55.107/2014, no qual positivou que à Controladoria Geral do Município incumbirá proceder ao processo administrativo para apuração de responsabilidade administrativa de pessoa jurídica por ato lesivo à Administração Pública, a teor do seu art. 3º:

Art. 3º A Controladoria Geral do Município é o órgão responsável pela instauração da sindicância e do processo administrativo destinado a apurar a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública Municipal Direta e Indireta, nos termos da Lei Federal nº 12.846, de 2013.

Na Lei 12.846/2013 resta lacunoso o tratamento da atribuição. A referência feita à Controladoria Geral da União a insere no rol de “competentes” concorrentes, vide art. 8º, §2º:

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

Poderá ser requerida na esfera administrativa a realização de busca e apreensão, além de outras medidas, não especificando a Lei quais seriam tais medidas:

Art. 10. O processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica será conduzido por comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis.

§ 1º O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o

caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

Não se faz possível, contudo, é certo, inserir nesse rol a obtenção de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico, telemático, etc. Isso porque: 1) possibilitar tais medidas demandaria autorização expressa; 2) medidas que são excepcionalidade até na área penal não podem, legitimamente, sem malferir o princípio da proporcionalidade, ser permitidas em outras áreas.

O próprio tipo legal em análise, ao versar acerca da medida, informe que “inclusive” se pode requerer busca e apreensão, a denotar que tal cautelar, de natureza real, é a diligência mais invasiva de que se pode valer o ente público, através de seu órgão de representação judicial, a pedido da comissão referida no art. 10, *caput*. Note-se que quem pode pedir é o ente público através de seus advogados. É dizer, o Ministério Público não pode requerer qualquer diligência, haja vista que não é representante judicial de qualquer ente público.

De relevo, importa notar que Lei 12.846/2013, permite o denominado acordo de leniência, na forma do art. 16 do diploma, *in verbis*:

Art. 16. 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, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1o O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

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

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

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

No âmbito da União, a CGU é que poderá celebrar o acordo (art. 16, §10º), por simetria, a parca doutrina existente entende que controladorias municipais e estaduais devem ser responsáveis nos demais âmbitos.

### *3.3.3. Responsabilização judicial e sanções a ela atinentes*

Como já se pôde entrever de linhas dantes inscritas, a Lei Anticorrupção seleciona rol de sanções que apenas podem ser impostas pelo Judiciário. Daí falar em um capítulo referente à “responsabilização judicial”, a significar que o Judiciário tornaria os entes “responsáveis” por sanções previstas em tal capítulo, expressão esta que já se pôde criticar, em razão de sua atecnia.

O capítulo tem seu início através do art. 18, que estabelece que a imposição de eventual “responsabilização administrativa” não obsta a denominada “responsabilização judicial”. É dizer, uma não exclui a outra, a significar, em verdade, que a imposição das sanções atinentes à “responsabilização administrativa” não impede a responsabilização judicial. Eis o enunciado: “Art. 18. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”.

Feito esse breve intróito, o capítulo se debruça sobre o ponto que parece ser o nevrágico de seu conteúdo, a saber, o das sanções que são inerentes à “responsabilização judicial”. Com efeito, o legislador separou todo um capítulo para regradar a forma como poderão vir a ser impostas as sanções que elenca no art. 19 do diploma, daí ser possível concluir que a definição de tais sanções é, em essência, o ponto mais importante do capítulo.

Nessa esteira, o art. 19 elenca um rol de sanções diferenciado e muito mais grave do que aquele previsto no art. 6º da Lei 12.846/2013, que apenas pode ser

imposto pelo Judiciário e mediante propositura, diz a Lei, de ação civil pública. Eis o que diz o enunciado, para, após, elencar as sanções:

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

A primeira sanção prevista é o perdimento de bens, que, como consabido, é pena restritiva de direito também prevista no direito penal. A segunda delas é a suspensão ou interdição parcial de atividades, medida esta que é prevista no direito penal e, no direito administrativo, para comportamentos mais graves. Na mesma trilha, há a possibilidade de, com base na Lei Anticorrupção, pôr fim a uma empresa, através da positiva do inciso III do art. 19, o qual possibilita a dissolução compulsória da empresa. Por fim, o inciso IV positiva a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. Premente examinar *in literis* o elenco disposto pelo legislador:

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

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

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

Insta registrar, antes de avançar por sobre a temática, que, efetivamente, a dissolução compulsória não poderá ser imposta sem que se comprove: a) que a pessoa jurídica, **com habitualidade**, foi utilizada para “facilitar ou promover a prática de atos ilícitos”, não bastando, assim, a realização de um único ou até um pluralidade de fatos, sendo imprescindível a demonstração de que os comportamentos ilícitos faziam parte da rotina da empresa; ou b) que a empresa

foi constituída, exatamente, para esconder ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade daqueles que se beneficiam dos atos ilícitos, ou seja, acaso se comprove que a empresa é “laranja”, funciona como interposta pessoa ou foi constituída em nome de interposta pessoa. Isso se deve ao §1º, do art. 19, *in verbis*:

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

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

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

As hipóteses de incidência da regra que possibilita a dissolução compulsória são alternativas, o que se depreende da inserção da conjunção alternativa “ou” entre os incisos constantes do §1º do art. 19.

Como já se pôde adiantar, quando da análise (nos limites permitidos pelo objeto e momento deste trabalho) da responsabilização objetiva na Lei, o art. 19 previa originariamente um §2º, que demandava dolo e culpa nos comportamentos ilícitos das empresas para que se impusessem as sanções constantes do *caput*.

Com efeito, o legislador, originariamente, percebera, ao que tudo indica, que estava a veicular sanções graves e não apenas reparatórias, com o fito, evidentemente, de obter prevenção de comportamentos e punir, com vistas à proteção das atividades conduzidas pela Administração Pública. No entanto, o enunciado foi vetado pelo Presidente em exercício quando da positivação do diploma.

Inobstante, não se entende que a Lei alberga a responsabilidade objetiva em absoluta, embora isso vá ser examinado adiante, considerando mormente a finalidade da legislação e o fato de que a adoção do compliance deve aplicar efeitos jurídicos que concernem exatamente à impossibilidade de simples e objetivamente impor sanções como as previstas no art. 19 pela só demonstração de conduta de um funcionário de uma empresa definida como ato lesivo à Administração Pública, a teor do art. 5º da Lei 12.846/2013.

O §3º do art. 19 positiva que o Juiz pode impor uma, duas ou até mesmo todas sanções previstas no *caput* a uma pessoa jurídica, porquanto podem elas ser impostas isolada ou cumulativamente: “§ 3o As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa”.

O dispositivo, no que incumbe destacar esse trabalho, apenas como inquietação para outras pesquisas, claramente estabelece um grande nível de arbítrio, estabelecendo insegurança jurídica, em razão de possibilitar que as sanções sejam impostas isolada ou cumulativamente, porque não são positivados critérios para determinação das situações em que devem incidir as sanções isoladamente ou, ainda, cumulativamente.

A legitimidade ativa para propositura de ação com o escopo de fazer incidir as sanções do art. 19, *caput*, Lei 12.846/2013 está positivada no art. 19, §4º:

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

Como mencionado na análise das sanções atinentes à “responsabilização administrativa” e desta forma de “responsabilização”, as sanções previstas no art. 6º podem também ser impostas pela via judicial. Contudo, para tanto, a demanda por imposição das sanções do art. 19, *caput*, Lei 12.846/2013 deve ter sido apresentada pelo Ministério Público. Ademais, apenas poderá haver imposição da sanção acaso a Administração Pública tenha se omitido quanto a eventual caso posto à apreciação judicial pelo *parquet*. Isso é o que regra o art. 20 do diploma:

Art. 20. Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6o, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Diante disso, depreende-se que: a) as sanções do art. 6º não poderão ser impostas pela via judicial, acaso tenha havido absolvição na esfera administrativa; b) as sanções do art. 6º não poderão ser impostas pelo Judiciário acaso pendente

procedimento administrativo para apurá-las, porquanto não se tem hipótese de omissão. Deveras, o Judiciário apenas poderá se posicionar se a Administração foi omissa, ou seja, se a Administração Pública nada fez, situação esta que não pode se confundir com eventual absolvição e que inexistente se pendente processo administrativo, ainda que este porventura seja moroso.

O art. 21 é responsável por estabelecer a ação civil pública como sendo a via adequada para veiculação de pretensão (acusatória) por imposição de sanções do art. 19, *caput*, Lei 12.846/2013 (ou ainda das sanções do art. 6º, na forma acima explanada).

Efetivamente, esse é mais um ponto problemático do diploma que não se insere no precípua escopo do trabalho, inobstante a compreensão da novel legislação seja essencial para entender sua natureza (de direito sancionador) e entender quais efeitos se deve atribuir ao denominado *compliance*, que terá estudo minudente adiante.

Contudo, não se pode deixar de observar que a utilização da via cível em Lei que, claramente, tem viés sancionador, viés de Direito de Intervenção ocasionará uma série de problemas e incongruências. Ideal seria que surgisse um sistema processual próprio a esse direito sancionador ou que, mesmo que temporariamente, se valesse ele do processo penal. Aliás, essa é uma ideia defendida, inclusive, no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa<sup>173</sup>.

Ainda analisando o capítulo atinente à denominada “responsabilização judicial”, é certo que a Lei, como, aliás, já acima examinado, possibilita a imposição do dever de reparar o dano (sanção cível) também pela via judicial, a teor do art. 21, parágrafo único: “Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”.

---

<sup>173</sup> Cf. LUZ, Denise. *Improbidade administrativa e o devido processo legal: valorando as garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro*. 2012. 182 fls. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.



É certo que se a reparação já se realizou em razão de qualquer outra espécie de decisão judicial ou administrativa, ou até por iniciativa dos acusados, não se poderá falar em dever de reparar o dano, sob pena de se albergar enriquecimento sem causa para a Administração Pública, o que é absolutamente vedado pelo Código Civil, como dispõem os artigos 884 e seguintes do diploma.

Feita essa análise, premente concluir que, efetivamente, o capítulo atinente à denominada “responsabilização judicial” pretende, precipuamente, veicular as mais graves sanções de que pode se valer o Poder Público no combate aos atos lesivos à Administração Pública definidos pelo art. 5º, Lei 12.846/2013, no tocante à imposição de sanções sobre pessoas jurídicas.

Premente é notar que o próprio legislador admitiu a severidade destas sanções (o que não modifica o quão grave é a multa prevista), ao veicular uma denominada “responsabilização judicial”. Tratam-se de sanções, efetivamente, mais graves até do que aquelas previstas para hipóteses de cometimento de **crime** (se admitido que pessoa jurídica comete crime). É dizer, nem mesmo a responsabilização penal das pessoas jurídicas prevê sanções tão graves, consoante se extrai do único diploma que a regulamento no Brasil, a saber, Lei 9.605/98:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações<sup>174</sup>.

---

<sup>174</sup> BRASIL. Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 13.12.2014, às 12:26.

No particular, observa-se que tais sanções, como bem alude Paulo Henrique dos Santos Lucon, se afiguram como restritivas de direitos, defendendo o autor, assim, que o processo para imposição de tais sanções deve ser mais severo, inclusive no tocante às provas exigidas para a condenação<sup>175</sup>.

Veja-se, ainda, que na experiência portuguesa, segundo descreve Nuno Brandão as penas principais que incidem sobre as pessoas jurídicas são, exatamente, as penas de multa e dissolução, observando que, quanto a esta última, apenas pode ser imposta acaso atendidos pressupostos rígidos, em razão de implicar o fim da pessoa jurídica<sup>176</sup>.

Tão graves sanções, decerto, não podem ser consideradas senão como integrantes de um direito intermediário entre o direito administrativo e o direito penal. Elas excedem, exatamente, o tratamento dado pelo direito administrativo e, no caso específico, até mesmo ao tratamento dado pelo direito penal (que, como será abordado no capítulo 5, não deve, de fato, cuidar da responsabilidade da pessoa jurídica, sendo ela inserida no direito de intervenção).

#### *3.4. A LEI ANTICORRUPÇÃO COMO DIREITO SANCIONADOR OU DIREITO DE INTERVENÇÃO*

Observa-se da análise da denominada Lei Anticorrupção que ela se apresenta com natureza ímpar, singular. Verdadeiramente mista, a Lei Anticorrupção, no bojo do ordenamento jurídico pátrio, representa um corpo híbrido surgido entre o direito penal e o direito administrativo, que acaso não seja

---

<sup>175</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. Cit.* p. 271-272.

<sup>176</sup> BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal, p. 3 e 13. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/regimesancionapcolectnb.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/regimesancionapcolectnb.pdf). Acesso em: 12.02.2015, às 23:59.

assim encarado e sistematizado, terminará por formar um sistema penal paralelo, com graves sanções e garantias esparsas e aleatórias.

Nessa trilha de raciocínio, observa-se a gravidade das sanções da Lei Anticorrupção, que se amalgama exatamente à ideia já acima transcrita de que a Lei apenas não veiculou responsabilização penal, porquanto mesmo para aqueles que a entendem como compatível à Constituição, ela seria permitida apenas para hipóteses de crimes contra a ordem econômica e contra o meio ambiente (existindo apenas quanto a estes, incumbe frisar, conforme Lei 9.605/1998).

As sanções mais graves, observa-se, devem ser impostas por rito próprio (ação civil pública – rito, aliás, comum à Lei de Improbidade Administrativa) e apenas pelo Judiciário.

Marcadamente, tais sanções não podem ser vistas como meras sanções administrativas, o que, aliás, não pode também ser feito no tocante à possibilidade de serem as empresas eventualmente condenadas obrigadas a publicar a condenação, o que tem claramente viés punitivo e estigmatizador, marcas do direito penal, a demonstrar aproximação entre as searas penal e administrativa, o que marca exatamente o chamado direito de intervenção ou direito sancionador, sobre o qual se falará adiante.

Alguns elementos, precipuamente, corroboram tal compreensão, a saber: a) o histórico, o contexto de surgimento da lei e sua finalidade; b) a clara distinção entre “responsabilização administrativa” e “responsabilização judicial” realizada pela Lei; c) a gravidade das sanções previstas para a denominada “responsabilização judicial”; d) a vinculação de tais sanções a comportamentos marcadamente penais ou objetos da incidência de tipos penais, a revelar que se tem a incidência das normas por sobre comportamentos que teriam a denominada dignidade penal, muito embora não se possa falar em prisão, mesmo porque o diploma se volta à punição de pessoas jurídicas.

O reconhecimento da severidade da Lei 12846/2013 e de sua natureza, perpassa ainda a identificação de seu viés preventivo, o que permitirá, ao fim, a

análise dos efeitos da instituição de um regime de *compliance*, como excludente da responsabilidade.

#### 4. O INSTITUTO DO *COMPLIANCE* NA LEI ANTICORRUPÇÃO E SEU CONTORNO APARENTE: O PROBLEMA A SER ENFRENTADO

A Lei Anticorrupção positivou norma através da qual se deve levar em consideração, na aplicação das sanções previstas na Lei: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII, Lei n. 12.846/2013).

Efetivamente, o que está a Lei Anticorrupção a dizer, através de seu conteúdo positivado é que o aplicador do direito, para impor sanções previstas na Lei Anticorrupção, deve avaliar a adoção, pela pessoa jurídica, de uma série de fatores que determinam seu comprometimento em evitar condutas delitivas, inclusive através da adoção de mecanismos de dissuasão de tais práticas com relação a seus funcionários.

O dispositivo referido, assim, veicula a obrigação de que para fins de estabelecimento de sanção à pessoa jurídica, deve ser analisado se foi por ele adotado um regime de *compliance*.

Premente observar que o referido art. 7º se afigura enquanto único dispositivo que pronuncia parâmetros para estabelecimentos das sanções da Lei 12.846/2013 e embora esteja inserido no capítulo relativo à responsabilização administrativa, se aplica também à responsabilização judicial. Isso ocorre não apenas porque se trata do único dispositivo que versa acerca de critério para imposição das sanções, que está contido na Lei 12.846/2013, mas também pelas seguintes razões: a) não há qualquer vedação a sua aplicação em hipótese de responsabilização judicial; b) a separação entre responsabilização administrativa e judicial ocorre apenas para que se reconheçam os entes que poderão impor as sanções respectivas, não havendo fundamentação para que os critérios para a aplicação sejam distintos; c) como se verá no capítulo 5, a verificação do comprometimento ético da empresa (com a adoção de um regime efetivo de *compliance*) deve ser um pressuposto para apenar, de sorte que a adoção de um

regime efetivo de compliance tem por efeito obstar a imposição de responsabilidade-sanção na forma da Lei 12.846/2013, inobstante o legislador tenha pretendido possibilitar a responsabilidade objetiva, consoante seus termos.

#### 4.1. CONCEITO DE COMPLIANCE

O *compliance* exsurge no mundo globalizado, é certo, como uma das novas facetas do controle da economia e da ordenação das atividades estatais voltadas à consecução de direitos, daí sua aproximação com o direito penal econômico, a implicar, inclusive, sua aproximação com o direito de intervenção (como se observará adiante) e a Nova Lei Anticorrupção.

Trata-se da era da globalização, em que surgiu uma sociedade que passou a ser denominada sociedade de riscos, em razão de ser marcada pelo surgimento de riscos globais<sup>177</sup>. O surgimento da sociedade de riscos é acompanhado, ainda, do surgimento de uma sociedade capaz de refletir sobre os riscos e buscar a implementação de medidas para controlar os riscos e superá-los<sup>178</sup>. Daí ser

---

<sup>177</sup> Como bem explanam Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves: “O fenômeno hodierno da globalização é eminentemente econômico, representando, genericamente, um estreitamento das fronteiras para fins de produção, distribuição e circulação de bens e capitais. Se por um lado poder-se-ia dizer que fenômenos globalizantes sempre existiram – basta-se pensar, para cingir-se a um só exemplo, na expansão ultramarina que descobriu e colonizou o continente americano -, o que efetivamente diferencia o constatado desde a segunda metade do século XX é a radicalização de características da sociedade industrial, reconhecida agora pela sociologia como pós-industrial, da informação ou do risco, dentre outras possíveis denominações ao mesmo fenômeno. Citada radicalização significa na prática que os objetivos produtivos são levados às últimas conseqüências, perseguindo-se, no caso do modo de produção capitalista, cada vez maiores lucros mediante menores custos. Para isso, a divisão do trabalho e o incremento tecnológico são exasperados, para fins de que conquista de um mercado econômico de cunho transnacional, isto é, um mercado-mundo. Por via de conseqüência, intensificam-se sobremodo as transações financeiras” (SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Op. Cit.*).

<sup>178</sup> *Ibid.*

observada a expansão do direito penal, até mesmo com recrudescimento do direito administrativo, para atender as demandas da sociedade hodierna.

Notadamente, se observa nesse período cada vez mais e mais tentativas de conter riscos, havendo a preocupação por criação de coerção para condutas que impliquem perigos, ainda que presumidos ou abstratos. O direito administrativo recrudesce, o direito penal se expande e são mitigados princípios desta seara como o da lesividade e da taxatividade. Passa-se a haver a defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica.

Nesse contexto, de novas demandas, é que surge a proposta do Direito de Intervenção que busca retirar do direito penal o tratamento das condutas de perigo abstrato e das novas necessidades dessa chamada sociedade de riscos, para além de admitir a adoção de princípios e direitos distintos que potencializam a proteção da sociedade.

Qual, nessa linha, a correlação entre o *compliance* e o contexto examinado? *Compliance* ou programa de comprometimento é instrumento de contenção de riscos, um meio para evitar perigos, se afigurando enquanto novidade hodierna. Constitui-se, assim, como comprometimento da empresa com o cumprimento do ordenamento, mediante criação de código de conduta ético interno, com vistas a alcançar tal finalidade, através da proibição de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando. Representa exatamente as ideias de prevenção primária e prevenção técnica atinentes ao direito de intervenção e deve ser um elemento central para aferição da responsabilidade de uma empresa por ato definido como ilícito pela Lei 12.846/2013.

É possível encontrar na Lei e na doutrina um conceito de *compliance* que o identifica como a adoção de um comportamento empresarial de compromisso com a Lei, buscando os meios para evitar o cometimento de delitos, através da adoção de códigos de conduta, de investigações internas, de políticas de estímulo a

denúncias, de capacitação dos funcionários para evitar a prática de crimes, de políticas internas de fiscalização e auditoria<sup>179</sup>.

Thomas Rostch, professor do Centro para *Criminal Compliance* da Universidade de Augsburg<sup>180</sup>, observa, assim, que é o *compliance* pode se constituir em um princípio segundo o qual as pessoas jurídicas devem atuar em conformidade ao direito ou estar comprometidos com o direito (*to be in compliance with*), sendo um instrumento de regulação<sup>181</sup>.

Nesse sentido, ainda, Maria Beatriz Martinez alude que os programas de comprometimento devem necessariamente perpassar três vertentes de atuação: “(i) prevenção da prática de infrações; (ii) detecção das eventualmente cometidas no menor prazo possível; (iii) repressão aos atos praticados, com imposição interna de penalidades”<sup>182</sup>.

Trata-se, portanto, da adoção de mecanismos para evitar que os delitos sejam cometidos e, em sendo cometidos, sejam mais facilmente apurados, uma vez que existe um compromisso com o ordenamento, daí surgir o termo *compliance*, como decorrência do verbo *to comply*, que em inglês significa comprometer-se. Nesse sentido, o *compliance*, em tradução livre, pode ser

---

<sup>179</sup> Semelhante conceituação apresentam: Marco Vinício Petrelluzi e Rubens Nama Rizek Júnior (PETRELLUZI, Marco Vinício; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman, *Op. Cit.*, p. 76); Sidney Bittencourt (BITTENCOURT, Sidney. *Op. Cit.*, p. 84-85); José Anacleto Abduch Santos, Matheus Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho (SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; FILHO, Ubiraja Costódio. *Op. Cit.*, p. 186); Eduardo Saad-Diniz (SAAD-DINIZ, Eduardo. *O sentido normativo dos programas de compliance na APN 470/MG*. In: Revista dos Tribunais, vol. 933/2013, p. 151, Jul/2013. Disponível em: [www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br). Acesso em: 04.11.2014, às 10:29); Carla Rahal Benedetti (BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol. 59, p. 303, jan/2013. Disponível em: [www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br). Acesso em: 04.11.2014, às 10:50); Luciano Feldens (FELDENS, Luciano. *Impactos da lei anticorrupção*. In: Revista de direito empresarial, n. 37, mar-abr/2014, p. 43); Fernando Castelo Branco, Frederico Crissiúma de Figueiredo e Gustavo Neves Forte (BRANCO, Fernando Castelo; FIGUEIREDO, Frederico Crissiúma de; FORTE, Gustavo Neves. *Os escritórios de advocacia, a nova Lei Anticorrupção Empresarial e os mecanismos de compliance*. In: CESA-Anuário 2013, p. 60-64, 2013, p. 62).

<sup>180</sup> “Center for Criminal Compliance an der Universität Augsburg”.

<sup>181</sup> ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*, p. 2. Disponível em: [www.indret.com/pdf/876a.pdf](http://www.indret.com/pdf/876a.pdf). Acesso em 15.02.2015.

<sup>182</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*



entendido como programa de comprometimento ou sistema de comprometimento, expressões que serão também utilizadas ao longo do trabalho.

Ainda sobre o conceito de *compliance*, Osvaldo Artaza explica que um programa de comprometimento pode ser identificado com o um conjunto sistemático de esforços realizados por integrantes de uma pessoa jurídica, cujo objetivo é assegurar o cumprimento do ordenamento, ou que as atividades empreendidas pelo ente não violem a legislação concernente a tais atividades, salientando, portanto, que o sistema de comprometimento deve ser pensado levando em consideração legislação e riscos específicos<sup>183</sup>.

Assim, observa-se que o *compliance* tem um caráter dinâmico e aberto, de sorte que a definição, com precisão, de seus elementos, de seu conteúdo, se afigura difícil. É que o *compliance*, como se vê, já que significa exatamente a adoção de medidas para promover um comportamento empresarial em conformidade com o direito, variará de acordo com a atividade desenvolvida pelo ente privado.

Por essa razão, Bruno Carneiro Maeda, sobre o conceito de *compliance*, e se debruçando especificamente sobre o instituto no âmbito da Lei Anticorrupção, explica o seguinte:

Embora a terminologia *Compliance* se aplique, de forma ampla, a diversas áreas de relevância para o cumprimento de normas legais e éticas, o foco do presente artigo será, em linha com o escopo central desta publicação, a criação e a implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados ao combate à corrupção<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Nesse sentido, aduz, literalmente: “*El programa de cumplimiento consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por ésta no vulneren la legislación aplicable. Desde la óptica de la administración empresarial éstos serían un ejemplo de uno de los “sistemas de calidad” que operan en toda actividad empresarial, por lo que contiene aspectos relacionados tanto con la estructura organizacional, distribución de responsabilidades, procedimientos y los recursos utilizados por la empresa para asegurar la calidad de la dirección de ésta*”. (ARTAZA, Osvaldo. Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal in Política criminal. Vol. 8, Nº 16, Dez/2013, p. 544-573, p. 548. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A6.pdf). Acesso em: 24.11.2014 às 22:56).

<sup>184</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais in DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (org.). Temas de anticorrupção e *compliance* Rio de Janeiro, Elsevier, 2013, p. 167-168.

Daí, também, porque, ao tecer considerações acerca do *compliance* no âmbito da defesa à concorrência, Maria Beatriz Martinez o conceitua da seguinte forma:

O “Programa de Compliance” pode ser definido como um conjunto de medidas que visa a reduzir a prática de atos anticoncorrenciais pelos funcionários de uma empresa, incluindo seus dirigentes. Sua efetivação se dá, em grande parte, por meio de treinamentos oferecidos de forma contínua, que alertam sobre as conseqüências previstas na legislação para as infrações à ordem econômica. Esses treinamentos, contudo, não se mostram suficientes, sendo importante o engajamento do departamento jurídico interno da empresa ou de uma assessoria legal externa<sup>185</sup>.

A referida amplitude, todavia, não pode implicar insegurança jurídica, de sorte que devem exsurgir parâmetros para analisar os programas de cumprimento e analisar sua efetiva implementação<sup>186</sup>. Por essa razão, Osvaldo Artaza observa que muito embora o conteúdo concreto dos programas de comprometimento seja variável, certo é que existem exigências mínimas, comuns a qualquer programa, que devem ser atendidas no momento de sua formulação, muito embora possam existir diferenças substanciais de um programa para outro, com base na legislação aplicável, nas características estruturais da empresa e nos riscos a que está ela efetivamente afeita<sup>187</sup>.

Em tal realidade, considerando o regramento atinente à concorrência e sua proteção ante a atuação das pessoas jurídicas no mercado, Maurício Januzzi Santos informa, que os programas de cumprimento: “surgem como uma forma de assegurar que os integrantes da empresa tenham conhecimento do teor de seus documentos estatutários e da legislação antitruste aplicável às suas atividades operacionais...”<sup>188</sup>. Ulteriormente, a autora aduz: “no que diz respeito ao conteúdo do programa, não existe um padrão obrigatório a ser seguido, devendo cada

---

<sup>185</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Programas de compliance e a defesa da concorrência perspectivas para o Brasil*. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 12, p. 153, Jan/2005, DTR\2011\2052. Disponível para assinantes em: [www.revistadotribunais.com.br](http://www.revistadotribunais.com.br). Acesso em: 25.11.2014, às 14:59.

<sup>186</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. Op. Cit. p. 550.

<sup>187</sup> ARTAZA, Osvaldo. Op. Cit. p. 550

<sup>188</sup> SANTOS, Maurício Januzzi. Op. Cit..

empresa adequar os procedimentos a serem instituídos às suas necessidades e recursos financeiros, bem como ao perfil de suas atividades e funcionários”<sup>189</sup>.

Nesse mesmo sentido, acerca do instituto Fernando Castelo Branco, Frederico Crissiúma de Figueiredo e Gustavo Neves Forte, aduzem o seguinte:

O *regulatory compliance*, tão em voga atualmente, é o conjunto de práticas e medidas que buscam garantir que os funcionários e administradores das pessoas jurídicas cumpram as normas legais e regulamentares aplicáveis ao negócio, bem como as medidas adotadas para prevenir, evitar, detectar e lidar com eventuais desvios que possam ocorrer<sup>190</sup>.

O compliance pode advir de determinação legal, que imponha sua adoção, ou ainda decorrer de iniciativa da própria pessoa jurídica, para fins de criação de um sistema de propulsão do comportamento ético e em conformidade com o direito. Daí porque Carla Rahal Benedetti subdivide-o em objetivo e subjetivo, explicando o seguinte:

O instituto do compliance pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com cliente e fornecedores. [...]

No âmbito subjetivo há uma imposição ético-legal implícita, podendo optar a empresa em instituir, ou não, o instituto do compliance; já na faceta objetiva o compliance é exigência legislativa que alcança tanto as pessoas quanto as suas obrigações, bem como as instruções para o seu cumprimento. Vale dizer que, em ambos os casos, tem-se como premissa o caráter preventivo de ilícitos.<sup>191</sup>

A primeira outorga de efeitos jurídicos a algo manifestado como *compliance*, de acordo com Maria Beatriz Martinez, ocorreu nos Estados Unidos, no caso *Holland Furnace Co. v. United States*, caso em que a pessoa jurídica deixou de ser responsabilizada por ato de seu integrante, em razão de ter sido a ele dito expressamente que agisse em conformidade com o direito<sup>192</sup>. Bruno Carneiro Maeda identifica que o estímulo ao *compliance* se afigura enquanto tendência impulsionada pela legislação americana, representando um movimento crescente,

---

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> BRANCO, Fernando Castelo; FIGUEIREDO, Fernando Crissiúma de; FORTE, Gustavo Neves. *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>191</sup> BENEDETTI, Carla Rahal. *Op. Cit.*

<sup>192</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

contudo, no sentido de que seja reconhecido o “papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo e competitivo pautado por princípios éticos e de integridade”<sup>193</sup>.

Nesse sentido, coincidentemente, identifica-se a adoção dos programas de comprometimento, no panorama internacional, com maior força, a partir da positivação Sarbanes-Oxley Act (SOX), nos Estados Unidos da América, como uma resposta a casos de significativa importância, com lesividade para toda coletividade e até para a economia mundial, concernentes ao mercado financeiro daquele país<sup>194</sup>.

Tal diploma versa acerca de: a) necessidade formação de sistemas de controle interno; b) verificação periódica das deficiências do controle interno; c) registro apropriado de informações acerca de instituições financeiras; d) publicação dos registros, que não podem conter informações falsas ou omissões; e) os registros devem conter uma lista com as deficiências constatadas nos sistemas de controle internos e informação acerca de qualquer fraude envolvendo funcionários, que participam das atividades internas<sup>195</sup>.

Nesse quadro, a partir dessa positivação, nota-se que a ideia de *compliance*, com a imposição do dever de adoção de programas de comprometimento, internacionalizou-se. Se, no passado, se percebia uma tímida adoção da ideia de imposição de adoção de programas de comprometimento pelo ordenamento

---

<sup>193</sup> MAEDA, Bruno Carneiro. *Op. Cit.*, p. 168.

<sup>194</sup> A SOX, dentre outras inovações, veiculou, consoante explica Renato de Mello Jorge Silveira: “[...] a obrigatoriedade dos administradores delegados e dos diretores financeiros de incluir nas declarações, semestre anuais, ao controle acionário, o compromisso de retidão de todas aquelas informações, sob pena, de crime de falsidade punido com até 20 anos de reclusão. Visando reforçar a proteção de investidores, passou ela também a obrigar as empresas a verificar e descobrir, rapidamente, todas as irregularidades em matéria contábil, bancária, bem crimes econômicos de maneira geral. Para tanto, mecanismos de instalação e controle internos, aprimorando a transparência e confiabilidade, se mostraram necessários e fundamentais. Estes passaram a se ver previstos através de códigos, princípios éticos e deveres de auto-obrigação”. (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*).

<sup>195</sup> Para maiores informações acerca do ato normativo, premente conferir ainda “A guide to sarbanes-oxley act”, disponível em: <http://www.soxlaw.com/index.htm>. Acesso em 26.02.2015, às 23:47.

pátrio<sup>196</sup>, certo é que com a promulgação da Lei 12.846/2013, ele passou a possuir importância central.

Vê-se que os programas de comprometimento são objeto de preocupação significativa por parte da doutrina, sendo possível observar que pululam textos informando sua adoção, dando conta de sua importância e versando acerca de seus contornos.

Em 06 de agosto de 2013, apenas 05 (cinco) dias após a positivação da Lei, portanto, Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Tamasauskas já escreviam sobre o diploma normativo em coluna no sítio eletrônico Conjur. Não por acaso, o texto se denominava “Nova lei anticorrupção vai estimular compliance”<sup>197</sup>. Naquele momento, entenderam os autores que a adoção de programas de comprometimento implicaria atenuação da pena<sup>198</sup>.

Em 15 de Agosto de 2013, o tema foi retomado no site Conjur, em texto da lavra de Mariana Pimentel Fischer Pacheco, intitulado, exatamente: “Lei anticorrupção estimula redes de governança”<sup>199</sup>. Em tal texto, comenta a autora o seguinte através da Lei 12.846/2013 é estimulada a criação de mecanismos nas próprias empresas, de sorte que a regulação da empresa far-se-ia a todo momento, mediante seus próprios mecanismos internos, expediente que custaria menos do que a instrumentalização e execução de prisões, multas e longos processos penais, consignando ainda que: “Todos devem ser capazes de responsabilizar a todos e cada organização deve ser responsabilizada por indivíduos que dela participam”.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Op. Cit.

<sup>197</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASUSKAS, Igor. *Nova lei anticorrupção vai estimular compliance*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>>. Acesso em 11 de novembro de 2014, às 23:20.

<sup>198</sup> *Ibid.* Acesso em 11 de novembro de 2014, às 23:20.

<sup>199</sup> PACHECO, Mariana Pimentel Rischer. *Lei anticorrupção estimula redes de governança*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/mariana-pacheco-lei-anticorruptao-estimula-formacao-redes-governanca>. Acesso em: 11 de novembro de 2014, às 23:31.

<sup>200</sup> *Ibid.* Acesso em: 11 de novembro de 2014, às 23:38.

Recentemente, na mesma página da rede, Paulo Henrique dos Santos Lucon e José Marcelo Menezes Vigliar escreveram texto sobre a Lei Anticorrupção enfocando, exatamente, este aspecto, no texto “Lei anticorrupção torna relevante comportamento da empresa”, chamando atenção também para o *compliance*.<sup>201</sup>

Avulta assim, notar, que o *compliance* passou a ser uma das principais, senão a principal preocupação dos juristas acerca da nova Lei, tendo sido comentado em artigos e em colunas jurídicas, desde a promulgação da Lei e até recentemente, sendo sempre lembrado como elemento fundamental para entender a Lei e sua função.

Não por acaso os textos se debruçaram sobre o tema, mas porque, efetivamente, o *compliance* parece ser o elemento central referente à Nova Lei Anticorrupção, exatamente por representar a conduta que as empresas podem adotar para evitar o cometimento dos atos de corrupção que tanto se quer evitar. Não por acaso o Controlador Geral da União, Jorge Hage, declarou o seguinte em entrevista à *Corrupteca*<sup>202</sup>:

---

<sup>201</sup> Nesse sentido, aduzem: “Os incisos VII e VIII do artigo 7º da nova lei deixam claro que as sanções considerarão a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações 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 da pessoa jurídica. Claro que a prova da cooperação e existência de procedimentos internos de integridade, auditoria, e incentivo à denúncia de irregularidades, cabe à empresa. Mas, desde que existam, não podem ser descartados e expressamente mencionados na motivação de qualquer decisão condenatória – administrativa e/ou judicial -, pois as sanções que serão aplicadas exigem não apenas a consideração da extensão dos prejuízos causados pelo agente – e dos beneficiários, que a ele se equiparam para fins de sanção – como a existência desses mecanismos de cooperação. Impossível, assim, desconsiderar para os processos pendentes a existência, na estrutura investigadas, de departamentos que se dediquem ao *compliance*. Impossível, a partir da entrada em vigência da Lei de 2013, ignorar e desconsiderar a existência de códigos de ética e de sua efetiva observância, com canais de comunicação interna que demonstrem o compromisso das empresas com a probidade das atividades que seus funcionários e dirigentes desempenham. O papel de colaboração entre o poder público e as empresas está instaurado e passa a nortear, inclusive, a consideração da sanção proporcional, que é um dos postulados previstos na Constituição de 1988”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Lei anticorrupção torna relevante comportamento da empresa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/paulo-lucon-lei-anticorrupteca-torna-relevante-comportamento-empresa>>. Acesso em: 27.12.2014, às 00:45).

<sup>202</sup> Página virtual assim autodefinida: “A *Corrupteca* é uma biblioteca digital especializada em corrupção desenvolvida e mantida pelo Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas (NUPPs) da Universidade de São Paulo. Seu objetivo é fomentar a pesquisa, ampliar a transparência e difundir informações sobre o fenômeno da corrupção, fornecendo subsídios para a formulação de políticas

### O que o sr. destaca nessa lei?

O efeito nas atitudes das empresas e dos empresários diante da corrupção. Mais que a aplicação da multa ou da pena A ou B é o efeito inibidor e o estímulo à adoção de programas de compliance, de integridade, porque isso vai ter uma enorme capacidade preventiva de ocorrerem casos de infração. Especialmente por um fator que eu tenho enorme expectativa: a empresa vai passar a ser o melhor fiscal da conduta de empregados e diretores. A lei instituiu a responsabilidade objetiva da empresa. Essa é a grande mudança. Se a responsabilidade é objetiva, não é necessário demonstrar que o dirigente máximo da empresa ou sua diretoria sabia ou tenha tido a intenção de mandar alguém pagar ou oferecer uma propina ou fraudar uma licitação. Se qualquer pessoa na estrutura da empresa fizer, a empresa responde objetivamente. Isso é de uma importância estratégica extraordinária. Ninguém mais do que a empresa vai ter a preocupação de vigilância total sobre toda a sua estrutura<sup>203</sup>.

Observa-se, assim, a importância dada não apenas pelos juristas, mas pelos próprios órgãos dos quais emanaram a legislação, como um aspecto central da Lei 12.846/2013, exatamente porque a grande finalidade da Lei é impor às empresas o dever de autofiscalização e de dissuasão de condutas delitivas.

O Controlador Geral fala do valor da “responsabilidade objetiva”, nesse contexto, como elemento que, pelo temor, impõe às empresas um dever de vigilância hercúleo, mas sobre esse problema se falará adiante.

O *compliance*, claro, não é invenção nacional e também não é uma novidade da Lei Anticorrupção.

Nos EUA ele de há muito é previsto e aplicado, possuindo papel fulcral para entendimento da regulação Anticorrupção, tendo sido seu esboço delineado, no Sarbanes-Oxley Act.

---

para seu combate por parte de pesquisadores e gestores públicos, para o aumento da qualidade da informação vinculada pela imprensa e para a ação cidadã da população em geral.

Com acervo aberto ao público e formado em sua primeira fase por cerca de 100 mil volumes digitais de texto completo, a Corrupteca reúne a produção científica específica sobre corrupção extraída de 48.567 periódicos científicos, disponíveis em 1.643 universidades e centros de pesquisa de 63 países que fazem parte do consórcio Open Archives Initiative (OAI), além do Acervo de Notícias ou Hemeroteca, que em parceria com o Acervo Digital do jornal O Estado de São Paulo, reúne notícias relativas à corrupção desde o ano de 1875” (Disponível em: <<http://nupps.usp.br/corrupteca/?institutional=a-corrupteca>>. Acesso em 11 de novembro de 2014, às 23:56.

<sup>203</sup> Entrevista com o Controlador Geral da União Jorge Hage. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/corrupteca/?national=jorge-hage-fala-da-lei-anticorruptcao>>. Acesso em: 11 de novembro de 2014, às 23:58.

Acerca, assim, do conceito de *compliance*, Hillary Rosenberg leciona que se trata do sistema de controle interno que todas as pessoas jurídicas devem implementar, desenhado para aferir e mitigar riscos, como os de corrupção. Mesmo se não houve corrupção, uma violação ao sistema interno previsto para a empresa deverá ensejar uma persecução interna e, eventualmente, a imposição de sanção<sup>204</sup>. Philip A. Wellner, por sua vez, e na mesma senda, aduz: “Um programa efetivo de *compliance* é um mecanismo interno implementado por companhias para detectar e prevenir infrações de ocorrer no intercurso das atividades da pessoa jurídica”<sup>205</sup>.

Exemplifica Hillary Rosenberg que a SEC (*Securities and Exchange Commission*<sup>206</sup>) apresentou pretensão em desfavor da empresa Oracle em razão de ter ela falhado na implementação de programa de comprometimento, para controle interno, que identificasse que sua subsidiária indiana mantinha fundos de registro omitido, para realizar pagamentos não autorizados a distribuidores. Inobstante, a SEC jamais aduziu que tal quantia foi utilizada para efetivamente pagar corrupção, tendo sido a Oracle processada com base no FCPA e feito um acordo, no qual pagou US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares) em penalidades<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> Nesse sentido, aduz: “*The one essential internal control that all companies must implement, however, is a compliance program designed to assess and mitigate a particular type of risk, such as corruption. The failure to implement an adequate compliance program will underpin an internal controls prosecution, even if no bribery is alleged*” (ROSENBERG, Hillary. *The U.S. foreign corrupt practices act: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies* in Revista dos Tribunais, vol. 947/2014, p. 399, Set. 2014. Disponível para assinantes em: <[HTTP://WWW.revistadostribunais.com.br](http://WWW.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 12 de novembro de 2014, às 00:26.).

<sup>205</sup> “*An ‘effective’ compliance program is an internal mechanism implemented by companies to detect and prevent criminal conduct from occurring within the corporation*” (WELLNER, Philip A. *Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions*. In: Cardoso Law review, p. 498. Disponível em: [www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf](http://www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf). Acesso em: 12.02.2014, às 00:06.

<sup>206</sup> Em tradução do autor, “*Comissão de Seguradoras e de Valores Mobiliários*”, que se assemelha à Comissão de Valores Mobiliários brasileira. Cf.: <[http://www.sec.gov/marketstructure/index.html#.VO\\_qYPnF\\_T8](http://www.sec.gov/marketstructure/index.html#.VO_qYPnF_T8)>. Acesso em: 27.01.2015, às 00:55.

<sup>207</sup> “For instance, in 2012, the SEC prosecuted Oracle, U.S.- based computer and technology company, under the internal controls provision for failing to implement compliance controls to detect that its Indian subsidiary secretly set aside or “parked” funds to make unauthorized payments to distributors. However, the SEC never alleged that the subsidiary, the distributor, or anyone else



Vê-se, assim papel fulcral que o *compliance* tem, no território americano, desde o ano de 1977, com a edição do FCPA. Depreende-se de seu conteúdo que é essencial o controle interno das corporações, o controle para diminuição de riscos, o que, inclusive, acaso não seja adotado, pode implicar acusação por falta deste controle, como no caso da Oracle.

No Brasil, em texto mais aprofundado sobre a temática, Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Sant'anna Tamasauskas destacam o *compliance* como finalidade precípua da Lei 12.846/2013, ao afirmar que o diploma “modifica o foco da persecução para o corruptor”<sup>208 - 209</sup>. A modificação de foco comentada, efetivamente, é o estímulo a que as pessoas jurídicas se tornem responsáveis por constituir uma esfera de controle e coerção própria, a fim de evitar a ocorrência de infrações.

#### 4.2. O CARÁTER PREVENTIVO DO COMPLIANCE

Com o estímulo a adoção de programas de comprometimento, o que se quer é fazer com que as próprias pessoas jurídicas se tornem responsáveis por conter as condutas arriscadas, através de um código interno de conduta, além de fiscalizar a ocorrência de práticas indevidas, por essa razão, atento ao conceito de

---

made any improper payment to any foreign official. Nevertheless, the SEC brought this FCPA internal controls prosecution against Oracle, which settled and paid US\$2 million in penalties” (ROSENBERG, Hillary. *Op. Cit.*).

<sup>208</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. *A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014, p. 134.

<sup>209</sup> Nessa trilha, aduzem, ainda, “Esse parece ser o objetivo maior da Lei Anticorrupção, ao estabelecer um mecanismo mais contundente para o controle de ilícitos cometidos contra o Estado, e ao deslocar o foco da persecução para o corruptor, trazendo objetivamente à atividade empresarial a necessidade de portar-se de modo ético, sob pena de responder por desvios de conduta de seus colaboradores, funcionários e dirigentes” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. *Op. Cit.*, p. 134).

*compliance*, Eduardo Saad-Diniz alude que serve ele para atender “um modelo básico, que compreende a adoção de política de prevenção à criminalidade empresarial e a implementação de mecanismos de controle interno e também externo, além das estruturas de incentivo ao cumprimento de deveres de colaboração conforme os preceitos estatais”<sup>210</sup>. Efetivamente, consoante observa Enrique Bacigalupo, existe uma tendência para que as empresas assumam uma função preventiva, baseada em programas de comprometimento, o que inclui códigos de conduta e vigilância da legalidade da atuação de seus funcionários<sup>211</sup>.

O viés preventivo do *compliance* já denota importante ruptura com o paradigma penal tradicional, embora sejam claras as aproximações entre a Lei Anticorrupção e o Direito Penal, a demonstrar a que o surgimento de uma seara intermediária entre o Direito Penal e o Administrativo se entremostra necessária, diante do fato de o legislador estar a positivá-la, ainda que intuitivamente. Tal ruptura é identificada por Renato de Mello Jorge Silveira ao aduzir: “Mas, note-se: o ideário do *criminal compliance* é diverso do direito penal tradicional. Enquanto este fundamentalmente atua em uma perspectiva *ex post*, o primeiro atua preventivamente, *ex ante*, no paradoxo recordado e mencionado por Saavedra”<sup>212</sup>. Inobstante, bem observa, ainda, Renato de Mello Jorge Silveira o seguinte, que existe um caráter substancialmente penal na responsabilização da pessoa jurídica a teor da Lei 12.846/2013 (o que fortalece a sua caracterização como direito de intervenção, que deve albergar também elementos do direito penal):

As noções de autorregulação regulada, síntese maior da percepção de *compliance*, tem, de modo geral, uma ampla proximidade com o Direito Penal. Ela gera um sistema de *enforcement* particular que tem, por sua vez, um emparelhamento às noções de *due diligence* exigidas pelo mundo econômico. Pois bem, apesar de se imaginar que a responsabilidade das pessoas jurídicas, no caso brasileiro, não seja de caráter penal, substancialmente o é. Atesta, nesse sentido, Nieto Martín, ao mencionar que ao *compliance* não interessam os complexos debates o Direito Penal Econômico sobre a tipicidade de uma ou de outra conduta. Na realidade, tem-se que o cumprimento dos programas de *compliance* devem se dar em um momento pré-típico, em caráter

---

<sup>210</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Op. Cit.*

<sup>211</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 138.

<sup>212</sup> *Ibid.*

preventivo de crimes. Embora o desenlace da Lei 12.846/2013 não seja penal, ela diz, sim, respeito ao Direito Penal. Isso, para não se falar que, substancialmente, os institutos que regem seu substrato são de Direito Penal.<sup>213</sup>

O faz, de fato, a Lei 12.846/2013, mediante veiculação de sanções graves, apresentando ainda a pretensão legislativa de que a responsabilização seja objetiva, o que, entretanto, restado refutado no presente trabalho, considerando os efeitos que a adoção de um efetivo regime de *compliance* deve possuir.

Nessa linha, observa-se que a Lei Anticorrupção veicula sanções graves, para obrigar as empresas a adotar uma certa linha de comportamento de cuidado com a Administração Pública, obriga a adoção de comportamentos éticos. Por essa razão, Maria Beatriz Martinez assevera:

No tocante à importância desse tipo de programa, esta deriva das inúmeras conseqüências que decorrem de eventual descumprimento da lei, destacando-se a condenação ao pagamento de multas elevadas, prejuízo à imagem da empresa no mercado e redução de seu valor, ações judiciais públicas e privadas para responsabilização pelas infrações, sanções criminais, dentre outras<sup>214</sup>.

Vê-se que hodiernamente, no mundo globalizado, as empresas são elemento central na conjuntura econômica, tendo se tornado os seus principais agentes, razão por que também lhes são veiculadas novas responsabilidades<sup>215</sup>.

Junte-se a isso a própria demanda da sociedade por medidas contra atos lesivos à Administração Pública, que tornam o envolvimento de pessoas e empresas deletérios às pessoas jurídicas, afastando investidores e parceiros. Assim, a adoção de programas de comprometimento ético se entremostra salutar para as empresas, de sorte a evitar a ocorrência de ilicitudes ou, minimamente, demonstra compromisso ético da pessoa jurídico.

Assim, Maurício Januzzi comenta que existe uma expectativa em sociedade de que as empresas atuem em conformidade com o direito, eticamente, e de forma transparente, considerando, assim, que a integridade passou a ser

---

<sup>213</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.* 2013.

<sup>214</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

<sup>215</sup> SANTOS, Maurício Januzzi Santos. *Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 29/2010, p. 231, Jan/2012, DTR\2012\44804.

elemento fulcral para a existência da própria empresa, existindo, portanto, um estímulo à criação de sistemas de comprometimento, enquanto programa contínuo de análise de legalidade e idoneidade das práticas empresariais “evitando, dessa forma, incorrer em fraude, corrupção ou qualquer outra situação capaz de depreciar o nome da empresa”<sup>216</sup>.

A institucionalização dos programas de comprometimento é relevante por implicar a redução das situações em que as empresas se vêem envolvidas com atos que ensejam a responsabilização, já a denotar seu viés preventivo<sup>217</sup>. Nessa mesma linha, Maria Beatriz Martinez aduz que: “Obviamente, o que se busca em primeiro lugar é a prevenção em sua forma pura”<sup>218</sup>.

Destaca, assim, o Osvaldo Artaza, que os programas de comprometimento envolvem dois pontos principais: 1) sistematização de todas as medidas e procedimentos adotados pela empresa com o escopo de assegurar a promoção de comportamentos, por seus integrantes, em conformidade com o ordenamento, o que ocasiona a diminuição de riscos à atividade empresarial, pela diminuição no número de situações em que se vê a empresa açambarcada por eventual atividade ilícita de um de seus integrantes; 2) sistematização de mecanismos adotados pela empresa com o objetivo de capacitá-la à identificação de condutas perigosas, para exatamente evitá-las, antes que desencadeiem resultados lesivos<sup>219</sup>.

A finalidade preventiva do *compliance* resta translúcida na seguinte passagem de Renato de Mello Jorge Silveira, em que se esclarece que através dele se busca informar acerca das regras atinentes à atuação em determinadas áreas e obter o comprometimento com o bom funcionamento delas, a partir da positivação do *Sarbanes-Oxley Act*:

Primeiramente, a estratégia da norma estadunidense era clara, focando a responsabilidade criminal nos administradores das empresas de forma

---

<sup>216</sup> SANTOS, Maurício Januzzi Santos. *Op. Cit.*

<sup>217</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.*

<sup>218</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

<sup>219</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 549

individual. A mensagem era clara: “If you want to get access to our capital market you are kindly invited. Its regulation and the sanctions in case of **non compliance** are decided by us”. Para que uma empresa, destarte, atuasse no mercado mobiliário americano, seria necessário que os seus executivos (Chief Executive Officer – CEO e Chief Financial Officer – CFO) assinassem documentação hábil a demonstrar seu reconhecimento em face das imposições a que ficam submetidos. Assim sendo, assumindo tal responsabilidade, tornam-se responsáveis, mesmo penalmente, também, por irregularidades ali postas (grifo inserto)<sup>220</sup>.

O *compliance*, assim, se fortalece não só como uma exigência legal, mas aparecendo também como elemento de defesa em relação a eventuais atos cometidos por seus integrantes, protegendo a pessoa jurídica, sendo certo que sua adoção pode vir a representar, inclusive, contenção de gastos com contencioso e sanções<sup>221</sup>.

A ideia de programas de comprometimento, efetivamente, insere a ideia de gestão de riscos no âmbito empresarial, aproximando, assim, a decisão das empresas das decisões judiciais, tornando-as comprometidas com as normas concretas. A esse fenômeno, Renato de Mello Jorge Silveira dá o nome de “complementaridade funcional”, a indicar que as empresas passam agora a atuar em conjunto com os órgãos de persecução para evitar práticas infracionais, exercendo autoregulação e colaborando com tais secções do poder estatal<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Nesse sentido, explana Renato de Mello Jorge Silveira que: “Nessa aproximação entre esquemas decisórios propriamente judiciais e os mecanismos administrativos de resolução de conflitos, parece possível repensar o problema da prevenção de delitos com referência ao ordenamento jurídico-penal brasileiro, de tal forma que a correção entre os setores públicos e privado esteja apta a criar alternativas viáveis na regulação de setores estratégicos essenciais à preservação da identidade normativa da sociedade, calibrando os custos relativos à perda da centralidade estatal na prevenção do crime. Assim é que as estruturas normativas peculiares à *compliance* e à boa governança apontam para a uma reorganização da intervenção jurídico-penal no sentido de estabelecer estruturas de atuação no âmbito regulatório, principalmente quando observa a criminalidade econômica. Esse, sem dúvida, um lado positivo da absorção da *compliance* ao ambiente penal. De fato, isso significa que as recomendações de *compliance* determinam, em “complementaridade funcional”, a incorporação na estrutura econômica de mecanismos de controle dos destinos negociais da atividade empresarial, um comportamento próprio da decisão gerencial ou administrativa. Estas sucessivas incorporações advindas dos programas de *compliance* é que viabilizam, em certa medida, modelos de colaboração funcional na “atividade empresarial/intervenção punitiva”. Nisso reside o elevado incremento de racionalidade para o direito penal econômico, já que daí surgem as novas possibilidades de combinação entre as diretrizes da atividade empresarial e a prevenção da criminalidade econômica” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*).

<sup>221</sup> SANTOS, Maurício Januzzi Santos. *Op. Cit.*

<sup>222</sup> SANTOS, Maurício Januzzi Santos. *Op. Cit.*

Nota-se, assim, que a adoção dos sistemas de *compliance* tem por finalidade a aproximação das empresas da atividade de prevenção a condutas delitivas, aproximando seus atos decisórios das decisões jurídicas, porquanto norteados por um sistema de regras de conduta formulado com base nos riscos atinentes às atividades conduzidas pelas pessoas jurídicas e pensado com vistas a evitar tais riscos. Isso implica, inclusive, maior capacidade de conhecimento da proibição, que, como se sabe, no âmbito do direito penal econômico e das atividades empresariais, considerando a fluidez de conceitos e certa confusão legislativa, não é tão difundido quanto com relação aos bens tradicionais<sup>223</sup>.

#### 4.3. ELEMENTOS DO COMPLIANCE

A adoção de um sistema de *compliance* implica passar por etapas diversas, para que sejam perfectibilizados todos os elementos que lhe são atinentes.

O comprometimento com a Lei, evidentemente, é algo que variará de acordo com a atividade da empresa, os riscos singulares que ela enfrenta em razão de sua atividade, enfim, suas peculiaridades<sup>224</sup>. Existem, todavia, elementos que

---

<sup>223</sup> Nessa trilha de raciocínio, é que Renato de Mello Jorge Silveira comenta: "Incontestes que, para além do sistema penal econômico, a recombinação dos elementos procedimentais de intervenção punitiva sugere modelos de repressividade, difundindo-se, desde a fixação de padrões de diligência, a âmbitos como o da tutela penal das relações de trabalho e seguridade social, segurança industrial e também da proteção penal do meio ambiente. Pode-se dizer que a busca pela institucionalização do consenso sugere uma resolução metodológica ao sistema, e seus atores, gerando maior estabilidade normativa pelo incremento das possibilidades de intervenção e comunicação da repressividade. "Um programa efetivo de *compliance* interessa primeiramente à própria empresa", protegendo-lhe, e também seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai mais além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração. Passa-se, pois, a justificar punições – quiçá penais – a partir do pressuposto de *compliance*" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*).

<sup>224</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.*, p. 168.

devem ser observados para examinar a concretude da adoção de um sistema de controle interno, de sorte que urge a regulamentação da matéria.

Sobre o tema, premente anotar que, de fato, pende a edição e promulgação de legislação que apresente os elementos necessários ao *compliance* no ordenamento pátrio, existindo, contudo, parâmetros internacionais que podem ser observados. Para que isso se fizesse do ponto de vista dogmático, seria necessária a edição da regulamentação do *compliance*, a teor do art. 7º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013: “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”.

Muito embora seja premente a regulamentação da Lei 12.846/2013, certo é que, com base na legislação internacional, é possível examinar elementos que devem integrar os sistemas de comprometimento, sobretudo, porque tais diplomas são substratos para construção da própria Lei Anticorrupção e, também, em razão de a experiência internacional se demonstrar mais robusta, no tocante à análise desses sistemas.

Importa notar, antes disso, contudo, que o Município de São Paulo regulamento a legislação para aplicá-la, entendendo que o *compliance* será aferido de acordo com os seguintes parâmetros, definidos no Decreto n. 60.106/2014:

- a existência de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento, a efetividade dos sistemas de controle interno;
- a utilização de códigos ética e conduta para funcionários e colaboradores;
- a existência de sistemas de recebimento e apuração de denúncias que assegurem o anonimato;
- a adoção de medidas de transparência na relação com o setor público e
- a realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a política interna de integridade.

Isso se observa da leitura do art. 24, parágrafo único, do mencionado Decreto:

Art. 24. Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no artigo 7º, inciso VIII, da Lei Federal nº 12.846, de 2013, serão, no que couber, aqueles estabelecidos no regulamento do Poder Executivo Federal a que alude o parágrafo único do mencionado artigo.

Parágrafo único. Até a publicação, pelo Poder Executivo Federal, do regulamento a que se refere o “caput” deste artigo, considerar-se-á, única e exclusivamente, no âmbito da pessoa jurídica, a existência de mecanismos e procedimentos consistentes de integridade e monitoramento, a efetividade dos sistemas de controle interno, a utilização de códigos ética e conduta para funcionários e colaboradores, a existência de sistemas de recebimento e apuração de denúncias que assegurem o anonimato, a adoção de medidas de transparência na relação com o setor público e a realização periódica de treinamentos com o intuito de promover a política interna de integridade.

Observam-se, em tal diploma, contornos ainda rarefeitos acerca do que devem ou não fazer as empresas para adotar o dito *compliance* em tal disposição, é certo. Trata-se ainda de dispositivo que apenas será aplicado até a edição da regulamentação pela União, conforme trecho grifado. Anote-se que embora o Estado de São Paulo tenha regulamentado a matéria, o fez apenas no tocante ao procedimento para aplicação da Lei 12.846/2013, concernente à denominada “responsabilização administrativa”, consoante se lê do Decreto n. 60.106/2014, mesmo porque não poderia versar sobre a responsabilização judicial.

Inobstante, premente admitir como parâmetro a existência do instituto do *compliance* já positivado no Brasil, até em decorrência do princípio da isonomia. Fazendo-o, recorre o ordenamento pátrio, de fato, à legislação e experiência internacionais para investigação dos elementos que devem integrar um sistema de comprometimento.

Deveras, no âmbito da legislação concorrencial, já há algum tempo se fala em *compliance*, após a positivação do Programa de Prevenção às Infrações da Secretaria de Direito Econômico, adotando-se como elementos essenciais do *compliance* elementos contidos na experiência internacional. Nesse diapasão, observa Maria Martinez Beatriz que:

[...] no Brasil, o “Programa de Compliance” foi inserido formalmente no âmbito específico do direito da concorrência por meio da criação do PPI. Seguindo a experiência norte-americana e européia, são exigidos como seus elementos básicos: (i) criação de padrões e procedimentos claros



com relação à observância da legislação por parte dos funcionários da empresa; (ii) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos; (iii) indicação do grau de delegação e fiscalização dos poderes de negociação e da prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com agentes dos mercados de atuação da empresa; (iv) estabelecimento de mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos em eventuais infrações à ordem econômica. Além disso, deve constar do PPI (i) descrição de todo o material a ser utilizado para a implementação das medidas; (ii) regulamento que contenha o tratamento a ser dado e as penalidades a serem impostas aos eventuais infratores; (iii) regulamento com disposições acerca da destruição de arquivos e documentos; (iv) forma de instauração de sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações; (v) instrumento de contratação de serviços de auditoria; (vi) declarações de conhecimento do conteúdo do PPI por parte dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse da empresa; e (vii) declaração de associações de classe que atestem a não utilização de ações anticoncorrenciais por seus associados. A princípio, portanto, segue-se basicamente o mesmo padrão adotado no exterior, buscando-se implementar as medidas que já se mostraram válidas nos outros sistemas<sup>225</sup>.

A lição acima encartada, consoante se depreende de sua leitura, versa acerca do *compliance* no âmbito específico do Direito Concorrencial, apresentando elementos que não devem ser inerentes a qualquer programa de comprometimento, senão daquelas empresas que tenham por risco, eventualmente, a adoção de condutas que violem a ordem econômica. Nada obstante, observa-se que os elementos essenciais aos programas de comprometimento, a teor da PPI, foram encontrados no direito alienígena. Assim, muito embora não haja regulamentação ainda da Lei 12.846/2013, premente observar que a experiência internacional pode trazer os parâmetros através dos quais se faz possível identificar os elementos do *compliance*.

#### 4.3.1. Elementos do *compliance* com fundamento na experiência internacional

---

<sup>225</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

A investigação dos elementos para um regime de compliance efetivo perpassa, necessariamente o *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* (FSGO), responsável por estabelecer os critérios para sua identificação, com base nas exigências do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA).

Examinando-se tal documento, notadamente, através do *Guidelines sentencing of organizations*<sup>226</sup>, vê-se que interessa a presente pesquisa, principalmente, o capítulo oito, referente, exatamente, à responsabilização de pessoas jurídicas, como é explanado em seu comentário introdutório<sup>227</sup>.

O manual, que se propõe a estabelecer parâmetros para prolação de sentenças, também em sua introdução, já trata do *compliance*, e o estabelece como um dos fatores que mitiga as penalidades impostas às pessoas jurídicas, desde que haja um efetivo programa<sup>228</sup>. Sobre tal texto, convém colacionar a lição de Maria Beatriz Martinez, que bem explana seu objeto e objetivo:

Nos EUA, a base para implementação dos “Programas de Compliance” é estabelecida pelas “Federal Sentencing Guidelines for Organizations” (“Guidelines”), emitidas pela “U.S. Sentencing Commission”. Essas Guidelines configuram a compilação das orientações dadas aos juízes norte-americanos para julgamento de crimes federais praticados por empresas, assinalando as diretrizes a ser seguidas<sup>229</sup>.

Busca-se, assim, a formulação de uma cultura organizacional voltada ao comprometimento com o direito e a positivação de procedimento e mecanismos que garantam o cumprimento deste propósito. Com isto, certo é que possui relevo a formulação de mecanismos para prevenir e detectar delitos<sup>230</sup>, como aludido no

---

<sup>226</sup> UNITED STATES OF AMERICA. 2014 Guidelines Manual. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 25.11.2014, às 22:50.

<sup>227</sup> ““The guidelines and policy statements in this chapter apply when the convicted defendant is an organization” *Ibid*.

<sup>228</sup> “These guidelines offer incentives to organizations to reduce and ultimately eliminate criminal conduct by providing a structural foundation from which an organization may self-police its own conduct through an effective compliance and ethics program. The prevention and detection of criminal conduct, as facilitated by an effective compliance and ethics program, will assist an organization in encouraging ethical conduct and in complying fully with all applicable laws”. (*Ibid*).

<sup>229</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit*.

<sup>230</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit*. p. 551.

2014 Guidelines Manual, especificamente, no §8B2.1., intitulado “Effective Compliance and Ethics Program”.

Tal secção apresenta os elementos necessários para que seja veiculado um efetivo programa de ética e *compliance*, anotando que se faz imprescindível a instrumentalização e execução de sistema para prevenir e detectar condutas infratoras e, além disso, a promoção de uma cultura organização que encoraje o comportamento ético e o comprometimento com o cumprimento do direito<sup>231</sup>.

Muito embora se deva admitir que cada pessoa jurídica deverá formular o programa de *compliance* na medida de suas necessidades específicas, certo é convir em que se faz possível extrair elementos essenciais (mínimos) que devem estar contidos em qualquer sistema de prevenção de ilícitos, de acordo com o FSGO.

Maurício Januzzi Santos explica, nessa senda, que a adoção do *compliance* perpassaria duas grandes etapas, aduzindo o seguinte:

A implementação desse modelo de gestão empresarial é dividida em duas grandes etapas: a primeira refere-se a um levantamento de todas as condutas praticadas pela empresa no campo trabalhista, ambiental, tributário, financeiro, etc. A segunda, na posse do resultado deste levantamento, identificam-se as condutas críticas, as quais podem ensejar o início de investigação ou mesmo ação penal, fazendo-se, em seguida, a adequação das condutas à legislação aplicável, quando possível, e, não sendo, é aconselhada a sua cessação<sup>232</sup>.

De maneira mais esmiuçada, contudo, observa-se que as pessoas jurídicas devem formular um sistema de gerenciamento de riscos que envolve: a) identificação do risco; b) análise quantitativa e qualitativa do risco; c) planejamento da resposta ao risco; d) monitoramento do risco. A etapa da identificação do risco deve ser aquela na qual a pessoa jurídica define as atividades arriscadas em que

---

<sup>231</sup> “§8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program

(a) To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection (b)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation - Organizations), an organization shall—

(1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and

(2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. (*UNITED STATES OF AMERICA, Op. Cit.*)

<sup>232</sup> SANTOS, Maurício Januzzi. *Op. Cit.*

se envolve e os integrantes do ente que nela se envolvem. A segunda fase, de análise quantitativa e qualitativa do risco, envolve o exame por parte das pessoas jurídicas do grau do risco atinente às atividades e às pessoas já identificadas na primeira fase e da probabilidade de que venha a ocorrer. A terceira fase, de planejamento da resposta ao risco, é aquela na qual são gerados os procedimentos e mecanismos adequados ao controle dos riscos.<sup>233</sup>

Esta subdivisão é formulado de acordo com o FSGO, que indica as linhas guias para análise dos programas de *compliance*. Observa-se, nessa linha, que de acordo com FSGO um sistema de *compliance* e ética deve ser desenvolvido, implementado e dotado de meios de coerção, a fim de que tenham razoável eficiência em prevenir e detectar uma infração. Daí a importância da primeira fase, que é exatamente da identificação dos riscos a que está adstrita a pessoa jurídica que pretende implementar o regime de *compliance*.

A segunda etapa, de análise quantitativa e qualitativa do risco, existe exatamente porque a construção do sistema de *compliance* perpassa não apenas a identificação das condutas arriscadas, como também de análise da legislação correlata à atividade desenvolvida, a fim de que sejam atendidas as necessidades específicas da pessoa jurídica. Nessa senda, devem ser examinados a repercussão da eventual transgressão (aspecto qualitativo) e o risco de que venha ela realmente a ocorrer (aspecto quantitativo).

Isso porque, considerando os custos da implantação de um sistema de *compliance*, apenas devem ser objetos de seu tratamento os riscos relevantes, é dizer, as condutas que podem implicar transgressões de significativa gravidade perante o ordenamento e de ocorrência bastante provável, cumprindo-se a dupla finalidade de tutelar o ordenamento e de não gerar custos à empresa que sejam maiores do que os custos que poderiam advir de eventuais sanções.

---

<sup>233</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 557.

Por mais que soe, este ponto, como utilitarista<sup>234</sup>, é relevante notar que, efetivamente, para que valha a pena a implantação do programa de *compliance*, do ponto de vista econômico. Afinal, sobretudo nas sociedades empresariais, o objetivo de lucro é elemento central para sua constituição<sup>235</sup>. Com efeito, inobstante, quanto a outras pessoas jurídicas, como organizações não governamentais, outros aspectos podem até mesmo obter maior importância, no entanto, certo é que os custos não podem implicar solução de continuidade das atividades, sob pena de não ser exigível a implantação do programa de *compliance*, que, como se aborda no capítulo 5, é um instrumento de razoabilidade para aplicação de sanções às pessoas jurídicas, devendo ser exigido com atenção ao princípio da teoria geral do direito segundo o qual não se podem fazer exigências impossíveis de ser atendidas (razão pela qual, inclusive, se defende ulteriormente, no mesmo capítulo, que a imposição de responsabilidade-sanção objetiva é arbítrio, não cumprindo função alguma, devendo ser mitigada, pela análise exatamente do comprometimento da pessoa jurídica com o ordenamento).

---

<sup>234</sup> Sobre o utilitarismo e a análise econômica do direito, insta fazer referência a Richard Posner: “Utilitarismo e economia normativa frequentemente se confundem. O utilitarismo, no sentido mais comum do termo e também o usarei aqui, sustenta que o valor moral de uma ação, conduta, instituição ou lei deve ser julgado por sua eficácia na promoção da felicidade (“o superávit do prazo comparativamente à dor”), acumulada por todos os habitantes (todos os seres sencientes, em algumas versões do utilitarismo) da “sociedade”, a qual pode representar uma única nação ou o mundo inteiro. Por outro lado, para a economia normativa, uma ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social, termo não raro definido de forma tão abrangente que se transforma em sinônimo do conceito utilitarista de felicidade, exceto pelo fato de que geralmente não se inclui, no conceito de bem-estar social, a satisfação de outros seres que não os humanos. A identificação de ciência econômica como utilitarismo foi fortalecida pela tendência a se usar, em economia, o termo “utilidade” como sinônimo de bem-estar, como na expressão “maximização de utilidade”, e também pelo de fato de muitos teóricos utilitaristas famosos, como Bentham, Edgerworth e John Stuart Mill, terem sido importantes economistas” (POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2010, p. 58-59). Cumpre registrar que para Posner utilitarismo e análise econômica são distintas e implicam considerações de ordem ética também distintas, exatamente por pretender ele defender sua análise econômica das críticas dirigidas ao utilitarismo (*Ibid, passim*).

<sup>235</sup> Nesse sentido, faz a seguinte observação: “A atividade empresarial está um passo adiante em termos de organização, sendo planejada e organizada pelo empresário, que suporta os riscos do negócio, contrata os empregados necessários para o vultu da produção pretendida e planeja a distribuição e veiculação dos produtos ou serviços com o escopo de auferir lucro” (ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Noções gerais sobre o direito empresarial*. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito de empresas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 22)

Nessa trilha, um ponto muito importante atinente ao FSGO é que ele estabelece, acuradamente que, eventual falha em prevenir e detectar a ofensa não significa necessariamente que o programa não possui razoável efetividade em preveni-las e detectá-las. Esse é um elemento fulcral para compreensão do instituto, notadamente, quanto à sua veiculação no ordenamento pátrio, a fim de que seja mitigada a responsabilização objetiva, pois, efetivamente, não se pode exigir que todas as infrações sejam prevenidas ou detectadas de quando de sua ocorrência, não podendo sua consumação ser atribuída a uma falha ao sistema *compliance*, se este possui a efetividade razoavelmente passível de exigência.<sup>236</sup>

A fase de planejamento da resposta ao risco também possui tratamento no *2014 Guidelines Manual*, a fim de que sejam declinados os elementos necessários à sua concretização. Diante de tal regramento, é possível extrair as características da mencionada etapa de construção de um programa efetivo de *compliance*. São seis os elementos integrantes da etapa de planejamento da resposta ao risco.

O primeiro desses elementos é o envolvimento da alta direção com a supervisão, controle das atividades e delegação adequada de funções de vigilância. Nesse ponto, se observa que existe grande valorização, quando da análise de programas de comprometimento, do envolvimento direta da alta direção com o programa, exercendo a devida supervisão ou delegando a pessoa capacitada o dever de fazê-lo.

O FSGO alude que a diretoria deve conhecer o conteúdo e os procedimentos do programa de *compliance*, devendo realizar razoável fiscalização da implantação e efetividade deste. Devem ser especificados indivíduos da alta

---

<sup>236</sup> Premente observar o que alude o 2014 Guidelines Manual: “*Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*”.

(b) Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) minimally require the following:

(1) The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct”.

diretoria para, pessoalmente, ter responsabilidade geral pelo programa, que são os chamados *compliance officer*, figuras cujo tratamento será examinado no capítulo 5<sup>237</sup>.

Por outro lado, a específicos funcionários deve se delegada a operação diária do sistema. Estes indivíduos devem ter a responsabilidade de reportar para a diretoria e, se apropriado, para a autoridade governamental, acerca da efetividade do programa de compliance. Tais indivíduos devem ter os recursos e a autoridade necessários para exercer esta atividade e, se for o caso, acesso direta às autoridades governamentais<sup>238</sup>.

Nesse diapasão, é elemento de um programa efetivo, ainda, que se evite a inclusão de pessoas, nos cargos de supervisão, que já tenham adotado comportamentos ilegais ou condutas incongruentes com um sistema efetivo de *compliance*<sup>239</sup>.

O segundo elemento é a comunicação e capacitação contínua dos integrantes da empresa. Deveras, os programas de *compliance* não podem ser apenas engendrados e implantados, fazendo-se de seu conteúdo tabula rasa. As pessoas devem ser continuamente capacitadas para que se comportem em acordo com o programa de comprometimento, de sorte que a existência de treinamento dos integrantes da pessoa jurídica e sua contínua capacitação são

---

<sup>237</sup> (2) (A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program.

(B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program.

<sup>238</sup> (C) *Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority.*

<sup>239</sup> (3) *The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew, or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program.*

elemento essencial para um programa de *compliance*. Tal característica pode ser extraída do seguinte trecho do FSGO, no seu ponto capítulo 8, número 4, segundo o qual as pessoas jurídicas devem adotar, razoavelmente, medidas para comunicar, de maneira prática, os padrões de comportamento e procedimentos do programa de *compliance*, através de programas de treinamento efetivos e outros meios de transmissão da informação para os funcionários, de acordo com os respectivos papéis e responsabilidades<sup>240</sup>.

Sobre esse aspecto do *compliance*, Maria Beatriz Martinez assevera que o tamanho da pessoa jurídica influencia na formalidade do programa, devendo a formalidade acompanhar a grandeza do ente, indicando, ainda, que, de uma maneira geral, os programas de compliance devem ser divulgados através da circulação de um manual impressa, para além da realização de treinamentos e seminários a seu respeito<sup>241</sup>.

Quanto a esse ponto, muito embora isso não seja objeto de preocupação direta da doutrina consultada, premente acrescentar que o programa de *compliance* deve ser pensado para ser inteligível para os funcionários. É dizer, o sistema de *compliance* deve ser compreensível, ele não pode se tornar de tal forma complexo que as diferentes pessoas a que ele se referem não saibam exatamente o que fazer para obedecê-lo, sob pena de se tornar necessária, em última instância, a criação de um programa de *compliance* sobre o programa de *compliance*, ou seja, um sistema para proporcionar o comprometimento com o programa de *compliance* que versa acerca do comprometimento com a legislação.

O terceiro elemento, da fase de planejamento da resposta, é a adoção de mecanismos de monitoramento e análise do programa de *compliance*. Nesse

---

<sup>240</sup> (4) (A) *The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in a practical manner its standards and procedures, and other aspects of the compliance and ethics program, to the individuals referred to in subparagraph (B) by conducting effective training programs and otherwise disseminating information appropriate to such individuals' respective roles and responsibilities.*

(B) *The individuals referred to in subparagraph (A) are the members of the governing authority, high-level personnel, substantial authority personnel, the organization's employees, and, as appropriate, the organization's agents.*

<sup>241</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*



diapensão, observa-se que os programas de comprometimento devem estar sempre sendo analisados, para que seja aferida sua eficácia, através dos seguintes critérios: a adesão às leis aplicáveis a atividade da pessoa jurídica; a suficiência ou idoneidade das medidas adotadas para assegurar uma razoável medida de êxito na prevenção e detecção de condutas delitivas<sup>242</sup>.

O quarto elemento, segundo o FSGO, consiste na existência de sistemas para denúncias internas, a fim de que os integrantes da pessoa jurídica informem atos ilícitos porventura realizados no intercurso das atividades do ente, por um ou mais de seus integrantes<sup>243</sup>.

O quinto elemento é a adoção de mecanismos disciplinares e de incentivo internos, para que sejam sancionados comportamentos em desconformidade com o programa de comprometimento e sejam premiados os comportamentos que sigam os códigos de ética formulados pelas pessoas jurídicas, constante do tópico 6 do FSGO<sup>244</sup>.

O sexto elemento, para o FSGO, é a reação adequada e a atualização permanente do modelo. Quanto a esse ponto, releva notar que identificada a realização de uma conduta ilícita, a empresa deve reagir adequadamente, sendo tal reação prevista pelo programa de comprometimento. Demais disso, o programa

---

<sup>242</sup> (5) *The organization shall take reasonable steps –*

*(A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminal conduct;*

*(B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and.*

<sup>243</sup> (5) *The organization shall take reasonable steps —*

*(C) to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation.*

<sup>244</sup> (6) *The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct.*

não pode permanecer estanque no tempo, devendo ser atualizado, de acordo com as necessidades da pessoa jurídica<sup>245</sup>.

A quarta fase se correlaciona a toda evidência com a ideia de que a atividade empresarial, enquanto mutável, terá por também mutáveis seus riscos, devendo o programa de *compliance* prever mecanismos para sua atualização permanente<sup>246</sup>.

Nesse sentido, esmiuçando o *compliance* quanto à sua preparação, é possível observar que sua formulação perpassaria a teor das lições acima encartadas quatro fases: 1) fase de identificação do risco; 2) fase de análise quantitativa e qualitativa do risco; 3) fase de planejamento da resposta ao risco; 4) fase de monitoramento do risco.

Tecendo considerações de ordem crítica, se observa que tais fases, de fato, são necessárias à formulação do *compliance*, mas não o explicam em essência, salvo pelas fases 3 e 4.

Deveras, as fases de identificação do risco e de análise quantitativa são pressupostos lógicos para formulação do planejamento da resposta a tais riscos. O *compliance*, contudo, é a resposta aos riscos e não a investigação acerca dos riscos que lhe é pressuposta.

O *compliance* é o resultado do planejamento correlacionados aos riscos, de sorte que seus elementos são aquelas listados como necessários no planejamento da terceira fase e quarta fase de elaboração do programa de comprometimento, a saber: 1) fomento a uma cultura organizacional de comprometimento com o cumprimento do ordenamento; 2) estabelecimento de padrões de comportamento e códigos de conduta; 3) comprometimento da alta direção da organização com o programa; 4) comunicação de integrantes da organização acerca do programa e

---

<sup>245</sup> (7) *After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization's compliance and ethics program.*

<sup>246</sup> (c) *In implementing subsection (b), the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process.*

sua capacitação contínua; 5) monitoramento e análise do sistema para sua renovação e correção de seus equívocos; 6) formulação de um sistema para denúncias internas; 7) a adoção de mecanismos disciplinares e de incentivo internos; 8) a reação adequada e a atualização permanente do modelo; 9) formulação de um sistema através do qual se torna possível atualizar e alterar o programa de comprometimento da organização.

Tal divisão é adotada também, e com base no FSGO, em livro eletrônico publicado pela OCED, denominado “Manual de Anticorrupção, Ética e Compliance para Negócios”<sup>247</sup>. A mesma organização publicou ainda um texto menor, denominado “Guia da Boa Prática em Controle Interno, Ética e Compliance”, no qual aponta os mesmos nove pontos acima declinados como elementos de um programa efetivo de *compliance*.<sup>248</sup>

Maria Beatriz Martinez apresenta semelhante subdivisão, assim lecionando:

Em resumo, os sete requisitos a serem observados são os seguintes: (i) estabelecimento de padrões de *compliance* claros e compreensíveis por todos os funcionários da empresa; (ii) designação de altos executivos para supervisionar a implementação e observância do programa, com fixação de responsabilidade total pela tarefa; (iii) atuação com a devida diligência, evitando-se a delegação de responsabilidade a funcionários com propensão à prática de atos ilegais; (iv) adoção de técnicas que permitam a efetiva comunicação dos padrões e procedimentos estabelecidos pelo programa a todos os funcionários; (v) adoção de medidas que permitam que a empresa cumpra os padrões estabelecidos; (vi) instauração de mecanismos disciplinares apropriados, aptos a efetivar o cumprimento dos padrões; e (vii) adoção das providências necessárias em caso de infração, o que inclui eventuais modificações no programa para reduzir os riscos de nova prática ilegal<sup>249</sup>.

À época da construção de tal texto, ainda não havia entrado em vigor o Sarbanes-Oxley Act, de sorte que se deve agregar à formulação a necessidade de formulação de uma cultura organizacional voltada ao comprometimento com o cumprimento do ordenamento.

---

<sup>247</sup> *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>>. Acesso em 01.12.2014, às 21:52.

<sup>248</sup> *Good practice guidance on internal controls, ethics, and compliance*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf>>. Acesso em: 11.12.2014, às 22:00.

<sup>249</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

A implementação de um programa de cumprimento, examinada mais concretamente, considerando exemplo prático de programa adotado por empresa italiana, é subdividida por Osvaldo Artaza, estruturalmente, em três partes: introdução, parte geral e parte especial. Em obediência ao FSGO observa-se que na introdução foram descritos os princípios gerais contidos na Legislação que versa acerca da possibilidade de responsabilização da empresa e as exigências legais para implementação do *compliance*. Na parte geral, foi descrita a estrutura do programa de *compliance*, os princípios gerais de controle interno, os órgãos de vigilância, os mecanismos de difusão do programa de comprometimento, as regras relativas à modificação e atualização do programa, o sistema sancionatório ou disciplinar atinente ao programa. Na parte especial, por fim, foram expostos: a definição das atividades arriscadas; o Código Ético da empresa; a descrição dos procedimentos e protocolos do programa de cumprimento; as regras específicas de prevenção dos delitos, através da descrição dos tipos de delito, dos princípios gerais de comportamento dos integrantes da pessoa jurídica, das atividades arriscadas e das prescrições específicas a elas atinentes e do sistema de delegação do poder<sup>250</sup>.

Nessa trilha, em análise de tal texto e observando a aplicação prática do programa de *compliance* por uma empresa italiana, os programas de *compliance* são subdivididos em níveis.

O primeiro nível consiste no controle do ambiente interno e a importância de fomentar uma cultura organizacional voltada ao cumprimento do ordenamento. Para tanto, premente que sejam adotadas diversas medidas para criar uma cultura organizacional de obediência ao ordenamento, destacando-se a adoção de um código de ética ou conduta. Este código é, em geral, iniciado pelo conjunto de valores e princípios que devem dirigir as atividades dos integrantes da pessoa jurídica. Demais disso, se deve, nesse nível, examinar os riscos da empresa e configurar a ideia de controle do entorno da empresa. O segundo nível resta consubstanciado em regras procedimentais de gestão ou administração do risco.

---

<sup>250</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 551.

Trata-se da inserção, na estrutura da pessoa jurídica, de mecanismos para evitar que seus integrantes empreendam condutas ilícitas. Não se pode conceber, é certo, um sistema de controle abstrato a ser adotado por todas as pessoas jurídicas, devendo elas mesmas identificar como devem ser formulados os sistemas de controle interno, inclusive no tocante aos procedimentos voltados ao impedimento de condutas ilícitas por parte de seus integrantes, considerando as peculiaridades que lhe são inerentes<sup>251</sup>.

Ainda seguindo a mesma linha, Bruno Henrique Maeda informa que são elementos essenciais do *compliance*: “(1) Suporte da Liderança (2) Mapeamento e Análise de Riscos (3) Políticas, Controles e Procedimentos (4) Comunicação e treinamento (5) Monitoramento, Auditoria e Remediação”<sup>252</sup>.

Inobstante, a fim de perquirir de maneira mais acurada os elementos do *compliance*, premente examiná-lo, outrossim, a teor da experiência europeia, examinando seus contornos em alguns países que já o preveem.

Observa-se que na União Europeia não existem diretrizes claras para formulação dos programas de *compliance*, como há nos Estados Unidos da América. Nesse diapasão, as empresas terminam por seguir as diretrizes americanas para formular seus programas. Maria Beatriz Martinez, contudo, veicula quais seriam as características essenciais para um programa de *compliance* na União Europeia vir a ser considerado eficaz:

No âmbito da UE, e na ausência das Guidelines, pode-se concluir pela existência de alguns pontos que devem ser observados, cumprindo reiterar que o programa deve ser especificamente criado para a empresa, em atendimento às suas necessidades. São eles: (i) realização de auditorias legais; (ii) treinamento de funcionários; (iii) realização de investigações; (iv) retenção de documentos e (v) monitoramento de atividades<sup>253</sup>.

Tais elementos, é certo, não representam qualquer novidade em relação àqueles veiculados pela experiência estadunidense. A eles são agregados: a necessidade de o programa de *compliance* ser liderado por pessoa capacitada,

---

<sup>251</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 553-556.

<sup>252</sup> MAEDA, Bruno Henrique. *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>253</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. *Op. Cit.*

normalmente, um advogado do departamento jurídico e a necessidade de a direção da organização se comprometer com a supervisão do programa de comprometimento e com sua obediência, elementos estes já constantes também da experiência americana. Quanto ao treinamento de funcionário, tem-se que o programa pode ter por escopo treinar apenas aqueles em contato atividades arriscadas, que possam causar infrações, cabendo à empresa decidir se treina todos os funcionários ou apenas alguns. O treinamento deve ocorrer através de sessões periódicas de seminários, devem ser práticos e baseados em casos reais e em exemplos que poderiam ocorrer na empresa do funcionário treinado<sup>254</sup>

Esmiuçando o ponto atinente às auditorias, Maria Beatriz Martinez explica o seguinte:

A realização de auditorias por pessoas especializadas permite a identificação de eventuais atos contrários à lei que já estejam em curso, bem como das áreas em que o potencial de ocorrências dessas infrações é maior. Algumas sugestões práticas são (i) entrevistas com funcionários de áreas chave, em que há maior risco de problemas; (ii) identificação dos mercados de produtos em que a empresa pode exercer posição dominante, com conseqüente revisão dos contratos firmados e das práticas adotadas; (iii) análise da natureza dos contatos efetuados pelos funcionários com os concorrentes; (iv) revisão dos contratos firmados com os fornecedores, clientes e parceiros comerciais; (v) revisão de outros documentos importantes, que possam indicar infrações<sup>255</sup>.

Adite-se a estes pontos, concernentes à experiência europeia quanto ao *compliance*, a necessidade de ser monitorada a atividade dos funcionários e a eficácia do programa de comprometimento (o que também está previsto no FSGO e na experiência americana).

Ante tais elementos, premente concluir que a experiência americana é quem melhor contribui para a identificação, com maior segurança jurídica, dos elementos do *compliance*, é dizer, daqueles elementos necessários à existência de um programa de comprometimento verdadeiramente eficaz, a ensejar legitimamente efeitos jurídicos benéficos à pessoa jurídica que o adote.

---

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> *Ibid.*

A regulamentação da Lei Anticorrupção, Lei n. 12846/2013, assim, deve seguir a trilha norteamericana, concedendo segurança jurídica às organizações formadas no território pátrio.

#### 4.4. CRÍTICAS À ADOÇÃO DO COMPLIANCE COMO INSTITUTO JURÍDICO

O *compliance*, como já se pôde examinar, surge no mundo globalizado, notadamente, no âmbito da regulação da economia e das atividades estatais voltadas à efetivação de direito, daí sua aproximação com o direito penal econômico, a implicar, inclusive, sua aproximação com o direito de intervenção e a Nova Lei Anticorrupção.

Thomas Rotsch entende o *compliance* enquanto instituto jurídico, é dizer, enquanto objeto de normas que o prevê e veicula suas conseqüências jurídicas, apresenta alguns problemas fundamentais.

1º) O primeiro problema é a transferência de responsabilidade da alta direção para os funcionários, acaso se pense o programa como forma de evitar a responsabilidade penal, de sorte que o programa, para ser efetivo, deve compreender a empresa como um todo.<sup>256</sup>

2º) O segundo problema é da antevisão da possibilidade de responsabilidade, para a criação de um programa de *compliance*, o que pode se afigurar difícil, considerada a complexa tessitura das decisões jurídicas que por fim consideram um comportamento criminoso. Quanto a este problema, observa-se, que, em verdade, é inerente à essência lingüística do direito e a dificuldade de obtenção de precisão semântica na legislação, sobretudo no direito penal

---

<sup>256</sup> THOMAS ROTSCHE, *Op. Cit.*, p. 5.

econômico, de modo que a apreensão do sentido dos enunciados normativos se torna dificultosa (dificultando, inclusive, a apreensão do sentido de proibição).<sup>257</sup>

Este problema deve ser superado através da assunção de que os enunciados permitem múltiplas interpretações, inclusive por parte da sociedade, de sorte que para fins de aplicação de sanções, o aplicador do direito deve examinar se a interpretação jurídica efetivada pelo indivíduo ou empresa é razoável, de sorte a aplicar punição apenas em hipóteses de inverso jaez. Acaso se tenha uma interpretação razoável, mas incongruente com aquela que deve ser utilizado, ante o entendimento Judiciário, premente que seja aplicada, apenas, uma advertência, medida que se sugere de *lege ferenda*, não havendo disposição normativa que trate desta especificidade.

Em análise, ainda, do texto, mas considerando sua possível aplicação à experiência pátria, através da Lei 12.846/2013, são aludidos, ainda, por Thomas Rotsch como problemas atinentes ao *compliance*: 3º) problemas com a severidade das exigências do regime de compliance, o que, no entanto, não deve existir, acaso se tenha que o sistema de comprometimento deve obedecer o princípio da razoabilidade, não podendo realizar exigências absurdas e, outrossim, não sendo possível exigir de seu conteúdo um resultado perfeito; 4º) problema com relação à indefinição do efeito do *compliance* sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, problema este central a este trabalho, no qual se propõe que o compliance deve ser um dever exigido da pessoa jurídica, sendo sua inexistência (descumprimento do dever) um pressuposto da punição, de sorte que sua adoção terá por efeito a isenção de responsabilidade<sup>258</sup>.

Ainda quanto ao *compliance*, são formuladas críticas ao denominada expansionismo penal e a regulação da economia pelo direito criminal, incluindo-se o *compliance*<sup>259</sup>. Renato de Mello Jorge Silveira identifica o seguinte quadro:

---

<sup>257</sup> *Ibid.* p. 5

<sup>258</sup> *Ibid.* p. 6-7.

<sup>259</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico in Revista de direito bancário e do mercado de capitais,



O direito penal passa por um momento de alta indagação. Muitas das suas fórmulas tradicionais são postas em xeque, sendo superadas pela inovação do presente. As preocupações com a atual busca de autoria e responsabilidade penal, em especial no campo econômico, são claro exemplo disso. Os limites do ilícito administrativo, hoje, superam a fronteira do crime, sem que os destinatários das normas se dêem conta disso<sup>260</sup>.

Esta crítica, no entanto, não se aplicaria ao Direito de Intervenção, porquanto tal seara não se identificaria com a seara penal, inclusive deixando de adotar a prisão como sanção, o que se entremostra significativo avanço humanitário na cominação das conseqüências dos atos ilícitos. Efetivamente, se tem instrumentalização de medidas de intervenção na economia, mas isso não se faz através do direito penal e mediante enfraquecimento das garantias do direito penal. Isso porque há surgimento de uma nova secção, para tratar de problemas efetivamente existentes, mas em relação aos quais o exercício do direito penal seria ilegítima, seja porque para obter efetividade, implicaria transgressões a princípios inerentes à seara ou porque seria ineficiente.

No particular, tem-se que a proteção a bens coletivos e a contenção de riscos, através da vedação de condutas de perigo abstrato, são uma realidade inexorável, de sorte que sua sistematização e, inclusive, separação do direito penal, para fazer com que este se mantenha coerente com seus princípios e construções históricas, prestam maior serviço às garantias das pessoas físicas e jurídicas que o simples fechar de olhos ou o reverberar de pretensões por extinção do tratamento de tais demandas. O contexto atual é exatamente o identificado por Renato de Mello Jorge Silveira, ao aduzir:

O mundo dos negócios, no início do século XXI, é um mundo com preocupações nitidamente penais. A busca constante por uma alegada segurança acabou por sedimentar o fenômeno da inflação e expansão do direito penal, denunciada por Silva Sánchez. Hoje, com os campos em interação, verifica-se a necessidade de atenção com os riscos das próprias relações comerciais, em uma verdadeira inversão da construção de Beck quanto à sociedade de risco. Consagra-se, sim, um direito penal de perigo. Pode-se gostar ou não dessa realidade. Pode-se apoiá-la ou não, denunciá-la e, mesmo, combatê-la. Entretanto, ela é, de todo modo, realidade mundo afora. A missão penal – e do penalista – nesse sentido

---

vol. 59, p. 281, jan/2013, DTR\2013\2552. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 12.12.2014, às 02:14

<sup>260</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*

é, acima de tudo, não permitir que essa frenética busca de eficiência penal acabe por gerar, ou permitir, abusos de qualquer sorte<sup>261</sup>.

O surgimento de um direito de intervenção no qual, inclusive, estejam claras as garantias dos acusados por atos ilícitos atinentes a essa zona intermediária, retirando-se a proibição do perigo abstrato e a proteção dos novos bens do âmbito do direito penal, proporcionando até mesmo melhor proteção, marcha em desfavor da expansão penal e do fortalecimento do Estado de Polícia.

Fato é que, atualmente, se tem legislações dispersas, tratadas como se cíveis fossem, em que nenhuma das garantias penais é transposta. Na Lei de Improbidade, e.g., em que se aplica o processo civil, não é possível exercitar a autodefesa, pois o depoimento do acusado apenas pode ser determinado pelo juiz ou requerida pela parte autora.

Como se pôde abordar, o *compliance* tem claro escopo preventivo, tratando-se de medida que busca obter dos entes privados ações que impeçam seus integrantes de empreenderem atos caracterizados como corrupção ou como lesivos ao erário. Trata-se, como se vê, de obter das empresas participação ativa e comprometimento com a ética nas relações com o poder público. Nessa trilha, sua adoção, no âmbito do direito penal econômico, é antevista como marca da expansão penal, se sorte que sua adoção é em certa medida criticada. Isso porque, como bem comentam Luciano Anderson de Souza e Regina Cirino Alves Ferreira:

Em verdade, a introdução da criminal compliance revela-se, não só aqui com alhures, ainda bastante tímida, mas já se pode, de antemão, notar uma potencial tendência de introdução nas legislações desse instrumento de prevenção criminal, fundamentalmente em crimes como de corrupção e de lavagem de dinheiro, mormente diante de um movimento de alargamento das fronteiras do direito penal econômico, envolto em significativa antecipação da tutela penal. Essa a tônica inicial da necessária crítica ao instituto

Muito mais que um meio de propagação da ética e da correção no mundo dos negócios, forçoso observar expressamente que a criminal compliance é a porta de entrada para mais intervenção do direito penal no âmbito econômico, de modo ainda pouco seguro e amadurecido. A inicial louvável adoção de boas práticas mediante códigos internos escritos, a serem controladas por *compliance officers*, pode transfigurar-se na fixação de posição de garantidores do cumprimento de tais deveres

---

<sup>261</sup> *Ibid.*

Com isso, a um só tempo, facilitar-se-ia a questão probatória de autoria em estruturas empresariais complexas, recaindo-se a atribuição de responsabilidades sobre o garantidor, bem como se abstrairia da necessidade de identificação de qualquer lesividade concreta<sup>262</sup>.

Observa-se que a adoção do *compliance* em relação à corrupção foi, inclusive, prevista pelos autores citados, sobretudo por se tratar de tendência global, já havendo positivação do instituto em outros países.

A expressão “*criminal compliance*” no texto deriva do fato de ele estar a ser tratado no âmbito do direito penal econômico, no qual foi engendrado, o que, aliás, é mais um ponto de aproximação da Lei Anticorrupção com o direito penal, a revelar o surgimento de uma legislação intermediária entre o direito penal e o direito administrativo. A sua inserção no ordenamento, contudo, é vista com restrições, haja vista que significar uma forma de antecipação da tutela penal, consubstanciando um dever privado de evitar os crimes.

Tal crítica é pertinente, acaso se considere que as empresas têm o dever de evitar o delito e não apenas de adotar no *compliance* o máximo de comprometimento com o ordenamento o que, evidentemente, não obstará que eventualmente crimes venham a acontecer. Isso inclusive violaria o quanto previsto no FSGO que, como visto, é o texto responsável por veicular, de maneira mais acurada, os elementos do *compliance* e regra a aplicação do FCPA, ato normativo que está na base da Lei 12.846/2013.

Demais disso, ainda quanto a tal ponto, pertinente observar que o surgimento da novel legislação, acaso bem sistematizada, em acordo com as ideias atinentes ao direito de intervenção, não significará a expansão do direito penal, mas a adoção de mecanismo distinto e, quiçá, útil e necessário ao tratamento das demandas sociais. Nessa linha, cumpre observar que o caráter preventivo do *compliance*, efetivamente, não variará em razão de estar ele previsto em um corpo normativo de direito de intervenção ou de direito penal. A questão em análise, contudo, quanto à crítica acima formulada, é que ela se refere exatamente à

---

<sup>262</sup> SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Op. Cit.*

administrativização do direito penal, fenômeno que o direito de intervenção pretende exatamente conter, como se vê no capítulo 2.

A Lei Anticorrupção, em verdade, ao tratar de sancionar a simples infração de deveres fora do direito penal, cuidar do perigo abstrato, ter um claro viés preventivo, se afigura um elemento importante para evitar o recrudescimento do direito penal. Veicula, é certo, sanções graves, mas as discussões que lhe são inerentes não devem versar, como se verá, acerca da necessidade de retribuir quaisquer atos lesivos, devendo apenas ser certo o ressarcimento ao erário, existindo sanções apenas para as situações em que não adotado o *compliance*.

Deveras, o direito não pode se furtar à proteção das atividades estatais voltadas à consecução de direitos e o surgimento de uma zona intermediária milita em desfavor da expansão penal. Fosse a Lei Anticorrupção uma legislação de cariz penal estar-se-ia a criticar a sua adoção para tratar de pessoas jurídicas, seria inviável a aplicação do dever de ressarcir no âmbito administrativo, dentre outras medidas.

É claro que a discussão não pode ser sumária e simplesmente retirada do âmbito penal, em decorrência de não se dar à Lei a nomenclatura de penal. O eixo para sistematização dessa Nova Lei, de acordo com o direito de intervenção, consoante se entende, reside exatamente no *compliance*, em razão de exatamente ser a exigência razoável e possível que o direito pode veicular por sobre as empresas, para que sejam evitados atos lesivos à Administração Pública.

Comentando a inserção do *compliance* na Sarbanes-Oxley Act, Renato de Mello Jorge Silveira ainda observa que as novas previsões, ainda com cariz penal, tendentes a impor a adoção de programas de comprometimento, foram duramente criticadas, pois apresentariam um caráter preventivo-dogmático, o que seria “contrário a um direito penal liberal e de cunho individual”<sup>263</sup>. Criticava-se, portanto, a utilização do direito penal como *prima ratio*. Renato de Mello Jorge Silveira retoma tal crítica, ao tecer o seguinte comentário:

---

<sup>263</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*

(...) a prática da *compliance* penal, ademais das questões de fundamentação teórica e posicionamento dela nas estruturas de representação do direito, do Estado e da Economia, apresenta problemas específicos no âmbito jurídico-penal. Um primeiro deles, remonta à determinação das finalidades da própria *compliance*. Ao estabelecer determinados padrões de orientação de comportamento e criar vínculos de confiança entre a burocracia administrativa e a gestão negocial, a *compliance* consagra o objetivo de redução das responsabilidades. Esta redução das responsabilidades, no entanto, pressupõe um comportamento decisório que acaba por antecipar a própria responsabilidade, renunciando o sentido de relevância jurídico-penal de determinadas condutas e a cognição da segurança. Nesse contexto situacional, a *compliance* penal atinge finalidade comunicativa do sentido da intervenção punitiva com base em projeção semântica da extensão da conduta vinculada ao programa objeto do consenso<sup>264</sup>.

Outra crítica apresentada por Renato de Mello Jorge Silveira se refere ao engessamento das atividades empresariais, a partir do conceito de melhor prática da atividade, a partir do qual os entes passariam a temer ousar, ocorrendo uma padronização. Não são raros os casos, aliás, nesse contexto, de empresas que antes de dirigirem suas atividades, consultarem os órgãos reguladores. Em Salvador, aliás, caso ocorreu há pouco tempo, concernente à realização da Fifa Fan Fest, antes da qual a Prefeitura de Salvador realizou consulta ao Ministério Público, para saber se ali haveria ato de improbidade. Analogicamente, pode-se observar nesse caso exatamente a crítica que se faz ao *compliance*, que é veiculada por Renato de Mello Jorge Silveira nos seguintes termos:

De outra ponta, há dúvidas quanto à perda de mobilidade da gestão negocial, no que se conhece como a identificação das *best practices* da atividade empresarial. A proclamação de uma *compliance* penal que não dê conta da funcionalidade específica do comportamento negocial pode acarretar a consequência reversa da autoincriminação no âmbito da empresa, paradoxal a tal ponto, que ela mesma comunica a punibilidade de suas práticas, gerando um paradoxo sociológico. Desde uma perspectiva sistêmica, haveria então o problema da padronização dos resultados obtidos pela atividade empresarial, evidenciando insuficiências de flexibilidade aos modelos de comportamento ajustados ao cumprimento<sup>265</sup>.

Deve-se, é claro, convir em que é necessário evitar que a veiculação de deveres éticos de comprometimento implique responsabilizações penais independentemente da verificação de dolo. Quanto a esse ponto, premente considerar que a aplicação do direito penal, no tocante ao *compliance officer*, não pode prescindir da verificação do dolo, inexistindo, inclusive, consoante o texto

---

<sup>264</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*

<sup>265</sup> *Ibid.*

legal, a previsão de tal figura enquanto garantidora<sup>266</sup>. Demais disso, no tocante às pessoas jurídicas, a verificação da adoção ou não de um regime de comprometimento pode obstar exatamente o arbítrio decorrente da responsabilização objetiva da pessoa jurídica pela responsabilidade-sanção, a teor da Lei 12.846/2013, responsabilização esta que deve ser admitida apenas para a responsabilidade-ressarcimento<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Sobre tal questão, remete-se o leitor ao capítulo 5, em que a figura do *compliance officer* é detidamente examinada.

<sup>267</sup> Sobre esse ponto, premente conferir, outrossim, o capítulo 5 do texto.

## 5. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE NA LEI 12.846/2013: A VEDAÇÃO À RESPONSABILIDADE OBJETIVA E O COMPLIANCE COMO ELEMENTO PARA COMPREENSÃO DA CULPABILIDADE NESSE ÂMBITO

A Lei 12.846/2013 adotou como um de seus institutos, notadamente, em seu art. 7º, a figura do *compliance* ou dos programas de comprometimento.

Deveras, para fins de estabelecimento das sanções às pessoas jurídicas, a ser impostas com fulcro na Lei 12.846/2013, deve a Administração Pública (acaso seja possível a denominada responsabilização administrativa) ou o Magistrado, devem levar em conta a adoção de programas de comprometimento.

A Lei 12.846/2013, contudo, não estabelece expressamente qual deve ser a consequência efetiva da adoção de um programa de comprometimento. É dizer, a Lei não estabelece se o *compliance* deve atenuar a sanção ou, até mesmo, obstar sua imposição. Por outro lado, inequivocamente, o legislador pretendeu veicular hipótese de responsabilização objetiva, através da positivação do diploma, o que obstaria que o *compliance* fosse examinado como elemento que excluísse a responsabilidade.

A doutrina, em sua maioria, nessa trilha, entende que a adoção de programas de comprometimento deve servir como atenuante.

Entrementes, a inquietação científica atinente ao trabalho não segue tal trilha, razão por que se propõe examinar a Lei 12.846/2013 e seu conteúdo.

Efetivamente, a intenção, através da positivação do diploma, é que as pessoas jurídicas sejam punidas independentemente da comprovação do dolo ou da culpa. Isso é inegável.

A documentação atinente à legislação, consoante acima analisado, permite concluir, inclusive, que disposição que excepcionava a responsabilidade objetiva, no tocante à imposição das sanções previstas pelo art. 19, foi vetada, sob o fundamento de que a intenção legislativa era de criar uma responsabilidade objetiva.

A intenção do legislador, todavia, não é o único elemento necessário para que se interprete um diploma, sobretudo quando veicula ele sanções graves e que incidem sobre direitos fundamentais.

Com efeito, entende-se, na doutrina, que a previsão, no art. 7º, VIII, como critério para estabelecimento das sanções, da verificação da existência de programas de *compliance*, veicula que a efetiva adoção do programa implicará uma atenuação da sanção<sup>268</sup>. Tal entendimento parece partir de uma leitura do art. 7º segundo sua disposição literal e topográfica. José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho chegam a fazer, sobre o tema, o seguinte comentário:

A existência de mecanismos de “*compliance*” voltados a evitar ou a reprimir atos lesivos à Administração Pública demonstra diligência e o cumprimento do dever de cuidado inerente à prudência no trato dos negócios e atividades empresariais. No plano subjetivo do processo de imputação de responsabilidade tal diligência afastaria a culpa e o dolo, afastando a responsabilidade. Todavia, a responsabilidade por fato típico previsto na lei, repita-se, é objetiva. Desnecessária e irrelevante para o fim da responsabilização a prova de que não houve ação dolosa ou imprudente por parte da pessoa jurídica a ensejar a infração. Não pode a Administração Pública concluir pela irresponsabilidade da pessoa jurídica sob o argumento de que todos os deveres de cuidado e de prudência orientados a evitar a prática de atos lesivos por parte de empregados e colaboradores foram cumpridos. Tal conclusão não se coadunaria com o perfil jurídico da responsabilidade objetiva. A existência de mecanismos de “*compliance*” não autoriza afastar a responsabilidade da pessoa jurídica por infração à lei.<sup>269</sup>

Nada obstante, Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Sant’Anna Tamasauskas, assim, comentam que, mesmo para os ramos do direito que compreendem a existência

---

<sup>268</sup> Nesse sentido, Luciano Feldens (FELDENS, Luciano. *Op. Cit.*); Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART\\_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al\\_Lei-Anticorruptao.pdf](http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf). Acesso em: 04.10.2014, às 19:41); Sidney Bittencourt (BITTENCOURT, Sidney. *Op. Cit.*, p. 84); Paulo Henrique dos Santos Lucon (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. Cit.* p. 276).

<sup>269</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; FILHO, Ubiraja Costódio. *Op. Cit.*, p. 187-188.



de uma responsabilização objetiva, tem-se que a responsabilidade decorre da assunção do risco pelo agente de vir a ocasionar algum dano:

Como analisado, a construção da responsabilidade objetiva possui assento na ideia do risco da atividade empresarial quando analisada em cotejo com outros atores, como no âmbito consumerista, ambiental, laboral, para ficar nos exemplos mais clássicos. E, verificado o dano em quaisquer dessas hipóteses, emerge o dever de reparação, independentemente de culpa, no que se pode denominar de responsabilidade-reparação<sup>270</sup>.

Diante de tal constatação, os autores observam a responsabilidade objetiva das empresas, com fundamento na Lei 12.846/2013, ultrapassa até mesmo a fundamentação imanente à responsabilização objetiva conforme prevista no direito civil (responsabilidade-reparação), pretendendo impor sanções graves com tal fundamento:

Todavia, a Lei Anticorrupção Administrativa vai além da recomposição do estado anterior aos danos verificados, ao pretender a responsabilidade objetiva, para fins punitivos, da entidade empresarial personificada ou não, de forma independente da perquirição da culpabilidade de seus dirigentes, administradores ou sócios. Pune-se a empresa envolvida em atos ilícitos relacionados à Administração, na qualidade de beneficiária ou interessada. E, mais, pune-se com sanções graves que, avançando em relação à recomposição patrimonial, visam a desestimular a prática de condutas lesivas. É a responsabilidade-sanção que se pretende de forma objetiva<sup>271</sup>.

De fato, as sanções veiculadas pela Lei 12.846/2013 são deveras graves e afetam direitos fundamentais, de sorte que sua sistematização não pode levar em conta apenas a pretensão do legislador, sob pena de restar homenageado um sistema draconiano.

Efetivamente, o direito não alberga qualquer política ou qualquer pretensão legislativa, por melhores que sejam as intenções do legislador, pois às inovações também são impostos freios constitucionais, infralegais e legais. Vale fazer referência, nesse ponto, à inquietação apresentada por Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas:

---

<sup>270</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Op. cit.* p. 147.

<sup>271</sup> *Ibid.* p. 147.

A aceitação desse preceito – a responsabilidade objetiva – deve pautar-se pela ponderação necessária: o Estado já detém poderes magníficos para tutelar seus interesses, a começar pela possibilidade de rever seus próprios atos, impor sanções, executar suas decisões, dentre muitos outros. Admitir-se a ausência de limites para a persecução de impossibilidade poderá redundar em arbítrio rechaçado igualmente pelo direito<sup>272</sup>.

De fato, ao legislador não é dado inovar no sistema jurídico de maneira ilimitada e irrefreável, sendo-lhe aplicável o princípio da proporcionalidade, para fins de observância dos direitos fundamentais, para além de o direito precisar possuir coerência interna.

Com isso se quer dizer que o legislador não pode positivizar quaisquer normas, salvo se se entender o direito como mera estrutura em que tudo cabe. De fato, não se está a falar aqui na possibilidade real e fática de o legislador, em exercício de poder, criar leis draconianas, na possibilidade real e fática de o poder ser exercitado sem freios.

Analise-se o diploma do ponto de vista de sua legitimidade e de sua compatibilidade com uma certa visão do direito, visão esta que insere a Lei 12.846/2013 no âmbito do direito de intervenção e que, acredita-se, decorre do texto constitucional.

De toda sorte, vê-se uma tentativa de aplicar sanções graves às pessoas jurídicas, definidas, conforme o arcabouço histórico de surgimento da Lei 12.846/2013, como suficientemente graves para amainar a impossibilidade de ser adotada a responsabilidade penal da pessoa jurídica. A gama de sanções previstas no diploma é mais grave até mesmo do que as conseqüências jurídico-penais previstas para as hipóteses de cometimento de crime por pessoas jurídicas no ordenamento pátrio.

Sabe-se, no entanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo para aqueles que defendem sua viabilidade é prevista constitucionalmente apenas para as hipóteses de crimes contra o meio ambiente, contra a ordem financeira e a economia popular [ex vi do art. 173, §5º e art. 225, §3º da Constituição Federal]. Contudo, apenas no campo dos crimes contra o meio

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 150.

ambiente é que houve regulamentação da responsabilidade das pessoas jurídicas, através da posituação da Lei 9.605/1998<sup>273</sup>.

No particular, a doutrina muito discute a constitucionalidade e a compatibilidade dogmática da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Com efeito, mesmo seu assento constitucional não é objeto de consenso na doutrina, uma vez que o texto constitucional informa que a pessoa jurídica deve ser objeto de responsabilização compatível com sua natureza. Nessa trilha, a doutrina aduz que responsabilidade penal é incompatível com a natureza da pessoa jurídica. Vê-se que, de fato, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é, assim, muito criticada em razão de sua incompatibilidade com elementos clássicos da dogmática penal e das garantias a ele inerentes.

Inobstante, através da Lei 12.846/2013, se tem tentativa de apenar pessoas jurídicas, através de corpo normativo que não integra (e nem poderia integrar) o direito penal, uma vez que, mesmo para os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ela seria possível, considerando o texto constitucional, apenas em hipóteses de crimes contra o meio ambiente e contra a ordem econômica, existindo regulamentação de tal responsabilidade apenas no tocante àqueles.

A pretensão do legislador ao veicular a Lei 12.846/2013, efetivamente, foi a de nele inserir uma responsabilização objetiva da pessoa jurídica em relação a quaisquer dos atos previstos no diploma e para a imposição de quaisquer das sanções.

Contudo, no presente trabalho, verifica-se que a imposição de responsabilidade-sanção, na forma prevista pelo diploma em análise, não pode ser objetiva, mas deve estar calcada na adoção ou não pela pessoa jurídica de um programa de *compliance* efetivo. Nessa trilha, a implantação de um código de conduta e de uma cultura organizacional voltadas para o cumprimento do ordenamento deve ter por efeito, exatamente, que seja afastada a responsabilidade pelas sanções da Lei 12.846/2013, muito embora isso não seja necessário no tocante à responsabilidade-reparação.

---

<sup>273</sup> Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação *in* GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 131 a 142.

## 5.1. A RESPONSABILIZAÇÃO PRETENSAMENTE OBJETIVA PREVISTA NA LEI EXAMINADA À LUZ DO DIREITO DE INTERVENÇÃO E O COMPLIANCE

Efetivamente, a análise da Lei 12.846/2013 permite observar que se trata de diploma voltado à responsabilização de pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública (conforme previsão do art. 5º). Tal responsabilização seria, conforme pretensão do legislador, supostamente, objetiva, ou seja, bastaria a comprovação da conduta de algum funcionário, enquadrada pelo art. 5º da Lei, e o nexo de causalidade com um ato de lesão à Administração Pública, para que fosse responsabilizada a pessoa jurídica.

Ao longo desse trabalho, se defendeu que a Lei 12.846/2013 é um diploma que deve ser sistematizado como um corpo normativo de Direito de Intervenção. Assim, antes de analisar os efeitos do compliance no âmbito da referida Lei, para fins de mitigar a responsabilidade por conseqüências sancionatórias derivadas de atos definidos como ilícitos pelo art. 5º, necessário perquirir se o Direito de Intervenção pode admitir a responsabilidade de pessoas jurídicas.

### *5.1.1. Cabimento das sanções para pessoas jurídicas no Direito de Intervenção*

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é muito criticada, como visto, em razão da impossibilidade de compatibilizar a dogmática e suas garantias à responsabilização da pessoa jurídica.

Fala-se que a pessoa jurídica não é capaz de perpetrar conduta penal, considerado seu conceito, em razão não lhe ser possível perpetuar um agir livre e consciente<sup>274</sup>. A sanção à pessoa jurídica violaria o princípio da personalidade ou da pessoalidade das penas, porquanto seus efeitos se estenderiam a funcionários, sócios cuja conduta não tenha relevância penal, consumidores, etc.<sup>275</sup>. A pessoa jurídica, ainda, não teria consciência da ilicitude<sup>276</sup> ou, ainda, imputabilidade, uma vez que não possui capacidade de entendimento e autodeterminação<sup>277</sup>, não sendo possível falar em culpabilidade da pessoa jurídica. Demais disso, a responsabilidade da pessoa jurídica teria função meramente retributiva, de sorte que não seriam atendidas as demais funções das penas, dentre as quais a de prevenção<sup>278</sup>.

Por fim, uma das críticas que se faz é a de que a responsabilidade da pessoa jurídica seria inviável, em razão de não ser ela capaz de agir com dolo ou culpa, ou seja, em razão de não ser possível, em seu desfavor, falar em tipicidade subjetiva<sup>279</sup>.

---

<sup>274</sup> MARTÍN, Luís Gracia. *La cuestión de La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, p. 117, in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

<sup>275</sup> LUISI, Luiz. *Reponsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações*. in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

<sup>276</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 286 e 287 in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 274 a 292; MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal* in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 331 a 352. Na doutrina estrangeira, premente conferir no mesmo sentido: JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada, Comares, p. 205; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid, Civitas, 1997, p. 258 a 259.

<sup>277</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*, 2011, p. 286 e 287.

<sup>278</sup> LUISI, Luiz. *Op. Cit.* p. 39.

<sup>279</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Parecer a Nilo Batista sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica* in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 58 e 59;

No âmbito do Direito de Intervenção, contudo, consoante entendimento de Hassemer, se teria uma área exatamente para vicejar a responsabilização da pessoa jurídica, através da aplicação de chamadas medidas preventivas (já que pretende ele a prevenção primária das condutas arriscadas).

Hassemer alude que o direito penal é incompatível com a responsabilidade de pessoas jurídicas, mas que estabelecer conseqüências jurídicas para as condutas adotadas no intercurso das atividades dos entes seria necessário, aduzindo o seguinte:

...necessitamos de instrumentos eficientes contra as pessoas jurídicas, distintos do Direito Penal clássico que está totalmente voltado para o indivíduo, para a pessoa física. E o problema moderno são os grupos, as instituições, são ramos inteiros de organizações sociais. São também grupos dentro do Estado. É necessário que nos concentremos nesse campo do Direito Penal, na criação e divisão de hierarquias, na criação de sistemas de proteção. E é exatamente isso que o Direito Penal que temos não pode fazê-lo. Arrebrandaremos com o Direito penal<sup>280</sup>.

Assim, é que se observa o surgimento de proposta doutrinária segundo a qual exatamente através da criação dessa zona intermediária entre o direito penal e o direito administrativo, seria possível inserir a responsabilidade da pessoa jurídica, que poderia vir a ser objeto de medidas preventivas especiais.

Sabe-se que há alguns autores que defendem que uma responsabilização afastada do âmbito penal seria insuficiente para combater certos atos das pessoas jurídicas, de sorte que a atuação deveria ser conjunta com o direito penal<sup>281-282</sup>.

Contrapõe-se a isso que o direito penal não pode estar afeito e maleável aos influxos utilitaristas das emergências e ao simbolismo, como já se pôde salientar. Nessa trilha, bem adverte Gamil Föppel El Hireche:

---

<sup>280</sup> HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. Coleção Estudos: Escola Superior do Ministério Público. Rio Grande do Sul, 1993.

<sup>281</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <[juridico.visaonet.com.br/artigos/juridica.doc](http://juridico.visaonet.com.br/artigos/juridica.doc)>. Acesso em 14.01.2015, às 23:24.

<sup>282</sup> SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 45.

Deve-se consignar que a preocupação aqui defendida é de estabelecer limites para a intervenção penal, não aceitando a quebra da dogmática – que há de ser vista como função de garantia, pois, do contrário, seria um saber estéril, sem fundamento – por argumentos de terror, de necessidade de se proteger bens. A dogmática existente não pode ser abrandada por exigências da vida prática. O rigor dogmático não pode ceder espaço para as (aparentes) exigências de novos bens culturais. Registre-se, mais uma vez, que não se trata de discurso elitista, em prol das camadas mais abastadas. O que se pretende, neste texto, é proteger a sociedade por meio de um direito verdadeiramente eficaz, sem que se quebrem garantias fundamentais: defender-se-á, pois, para estas novas manifestações de bens jurídicos, criados pelas mutações da cultura, a aplicação de um Direito Sancionador<sup>283</sup>.

Inobstante, não pode o direito penal oferecer quanto às pessoas jurídicas soluções distintas daquelas previstas pelo Direito de Intervenção, como propõe Mir Puig. Demais disso, certo é que quanto aos atos de corrupção ou demais atos definidos no art. 5º da Lei 12.846/2013, do ponto de vista dogmático, como percebeu o legislador pátrio, seria inconstitucional a positivação da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Pesa notar, ainda, que mesmo os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica não entendem ser inviável a adoção de um direito de intermediário, muito embora acreditem, é certo, que ele não seria suficiente.

A ideia de inserir a responsabilidade da pessoa jurídica no direito penal, em verdade, vem efetuando um desserviço a políticas de segurança e de efetivação de direitos, porquanto se tornou um embate teórico entre aqueles que enxergam o direito penal como uma mera estrutura em que cabe qualquer pretensão, de sorte a entender cabível as exigências da modernidade, ainda que para isso seja necessário subverter todo o conteúdo do direito penal ou, ainda, inaugurar um direito penal distinto (de segunda velocidade, nos dizeres de Silva Sanchés), um direito penal dentro do direito penal, com conteúdo e garantias diferentes.

Não se pode crer, contudo, que com a subversão das conseqüências previstas e dos princípios inerentes ao direito penal, que ele continue sendo o

---

<sup>283</sup> HIRECHE, Gamil Föppel El. *Op. Cit.* p. 134.

mesmo. De outro lado, a mera pretensão de que o nome “direito penal” exerça seu simbolismo, se mostra calcada em mera suposição, para além de se afigurar ilegítima.

Querer se valer do efeito estigmatizador do direito penal, para o exercício da coerção, denota traço autoritário, pois intenta a modificação ética da sociedade através do medo da humilhação e do ultraje, como traços de um direito penal que deveria ter sido abandonado em conjunto com as penas infamantes, mas que ainda marca quem porventura delinqüiu, não apenas como alguém que infringiu a ordem jurídica, mas como alguém que cometeu um pecado, com um herege, como um deslocado social.

No fundo, aduzir que o direito penal deve inaugurar uma nova secção para tratar das novas necessidades, com novas conseqüências jurídicas e novas garantias para as infrações, em razão de seu efeito atemorizador, da carga que envolve estar enredado em uma acusação criminal, é pretender dar uma nova seara o nome do direito penal, para que ela tenha o peso que marca o campo, é pretender se valer de efeito acessório e ilegítimo da seara para justificá-la.

Isso porque, se a ideia é exercer prevenção geral negativa, ocasionando o temor através da sanção, pouca importa se o nome da seara será “direito penal” ou “direito de intervenção”, mas que, efetivamente, a sanção seja capaz realizar efetivo efeito dissuasório e que haja algum grau de certeza de sua imposição. Quando se defende a ideia de que se continue a utilizar o direito penal, a pretensão é outra, a pretensão é que além do temor da pena, se tenha o temor de estar envolvido em uma acusação criminal, a verificar-se uma clara, embora escamoteada, legitimação do direito penal de segunda velocidade ou de uma secção do direito penal com nova teoria geral pela pelos efeitos infamantes e estigmatizatórios do direito penal.

A formulação do direito de intervenção permite perceber que, de fato, o que incide é uma nova seara, novos princípios e garantias e novas conseqüências para as infrações.



Sobretudo para a responsabilização de pessoas jurídicas, a formação de uma nova seara permite perceber ainda a importância do Direito de Intervenção para a contenção de sistemas penais paralelos.

Efetivamente, a Lei 12.846/2013 prevê sanções graves para os comportamentos definidos como ilícitos através do seu art. 5º, mas não pode ser intitulada de lei penal, mesmo porque, de sua análise, é possível notar a existência de um corpo híbrido. Ademais, a responsabilização penal não seria admitida para pessoas jurídicas, em hipóteses como as definidas no art. 5º.

Tal situação denota que o surgimento de uma zona intermediária, não apenas é uma proposta importante para a contenção da expansão do direito penal, como também, talvez, uma realidade inexorável, do próprio embate entre a conformação social, as necessidades da sociedade e o direito enquanto estrutura de veiculação dos comportamentos socialmente desejados e aceitos, que contém limites vários, advindos do próprio ordenamento (em razão da positivação de direitos, da pretensão política de se ter um Estado Democrático de Direito, das exigências formais para modificações legislativas).

Deveras, o legislador, ao positivizar a Lei 12.846/2013, veiculou, ante pretensões sociais, sanções graves para comportamentos definidos como lesivos à Administração Pública, mas não se lhe permite veicular a responsabilidade nesse campo de maneira desmedida ou conformar o direito a suas pretensões, se existem direitos fundamentais a atender e um projeto político (democrática e direito a seguir).

Nesse sentido, premente observar que a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito do direito de intervenção não padeceria de críticas quanto a constitucionalidade, em razão de a responsabilidade apenas penal ser excepcional, na Constituição Federal.

Demais disso, no direito de intervenção, o exame da conduta não precisa necessariamente passar a análise da existência de consciência e vontade, inerentes ao direito penal, máxime porque, como consequência da positivação do art. 13 do Código Penal, que implica a adoção da teoria da equivalência dos

antecedentes causais, exsurtem os filtros a esta teoria, dentre os quais o dolo e a culpa, além da previsibilidade do resultado (quando se tratam das concausas).

A sanção, no direito de intervenção, não precisa atender o art. 59, segundo o qual, no direito penal, a pena é formulada também para atender a necessidade de prevenir o delito, pois a finalidade do direito de intervenção é a prevenção primária, de contenção de riscos, não se falando em ressocialização.

O direito de intervenção não precisa atender as exigências de imputabilidade, através do modelo biopsicológico, que são previstas no Código Penal ou ainda de consciência da ilicitude, que emana das disposições que representam a positivação da teoria do erro.

A responsabilidade da pessoa jurídica é incongruente, assim, efetivamente, não só com a estrutura doutrinária do direito penal, como com a própria estrutura do direito positivo referente à seara, o que não ocorreria no direito de intervenção. No particular da Lei 12.846/2013, a responsabilidade ainda seria constitucionalmente vedada, mesmo para os defensores da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Feitas estas considerações e anotado que a responsabilidade da pessoa jurídica seria possível no Direito de Intervenção, mas que, ao mesmo tempo, este direito, no tocante à responsabilidade-sanção, inadmitiria a denominada responsabilidade objetiva, sendo o princípio da responsabilidade subjetiva integrante de tal seara, premente examinar como se daria a análise da culpabilidade da pessoa jurídica, considerando que, como visto ao longo desse tópico, diversas das críticas que se fazem no direito penal acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica derivam exatamente de os entes não serem culpáveis (consoante o conceito penal de culpabilidade).

#### *5.1.2. A adoção de programas de comprometimento como limite para a responsabilização na Lei 12.846/2013*

A finalidade da Lei 12.846/2013, de fato, é obter prevenção primária em relação ao cometimento de delitos de corrupção, veiculando, como objetivo precípua a obtenção de comprometimento ético das empresas com o referido diploma. Nessa linha, o *compliance* adquire especial relevo, em razão de significar exatamente a adoção pelas empresas de um programa de comprometimento com o ordenamento, através da adoção de um código de conduta, da criação de mecanismos de persecução correlacionados a descumprimentos desse código, de revisão do código, de fiscalização e de denúncia das condutas que o infringem. O código deve ser, ainda, objeto de comprometimento da alta diretoria.

Com a adoção do *compliance*, atinge-se, assim, a finalidade precípua do diploma. Além disso, atinge-se o que é razoável exigir do empresário, no tocante ao cumprimento da Lei 12.846/2013. A ligação entre o *compliance* e a finalidade da Lei 12.846/2013 é bem descrita por Mariana Pimentel Fischer Pacheco:

A experiência internacional mostra que, em vez do foco na punição de poucos, as melhores estratégias de desmonte de redes de corrupção enfatizam a utilização de mecanismos que facilitam a exposição de relações de poder que estão por trás de esquemas. O acento deixa de estar na simples punição e passa a estar na transparência e na responsabilização ininterrupta: é mais barato e mais eficiente garantir que uma empresa (pública ou privada) siga regras de transparência e de responsabilização perante os sócios – que incluem a realização constante de auditorias e a existência de mecanismos internos de incentivo a denúncias – do que regulá-la apenas por meio de prisões, multas e longos e dispendiosos processos judiciais. Perceba-se: no primeiro caso, a empresa é regulada, a todo tempo, por diversos atores estatais e não estatais (Ministério Público, sócios, funcionários, empresas concorrentes, ONGs, universidades, etc.) e, no segundo caso, quase que exclusivamente pelo Estado.

Eis o que demonstram as novas teorias sobre governança em rede: múltiplos atores sociais, não apenas o Estado, devem ser “empoderados” de modo a tornarem-se capazes de vigiar abusos de poder. Todos devem ser capazes de responsabilizar a todos e

cada organização deve ser responsabilizada por indivíduos que dela participam<sup>284</sup>.

De fato, um dever de obstar a prática de crimes não pode ser atribuído ao particular, senão o dever de fazer o possível para evitar que a prática delitiva ocorra, exurgindo a implantação de um programa de comprometimento como medida efetiva de prevenção técnica, na trilha do quanto preconizado por Hassemer, que é exatamente uma das marcas do direito interventivo.

A prevenção técnica atua ao lado ou em substituição à prevenção normativa (efetivada pela norma, através da coerção ocasionada pela positivação de uma sanção) e inova o instrumental de combate às condutas delitivas. Nessa senda, Hassemer explica:

A prevenção organizacional ou técnica permite desonerar consideravelmente a Política Criminal e dar ao Direito penal uma nova chance de concentrar naquilo em que deve se concentrar: a dar uma resposta uniforme e adequada às lesões a bens jurídicos, dispensando o tratamento mais cuidadoso possível a todos os envolvidos. Opor-se à avidez dos políticos envolvidos com segurança, colocando os bons instrumentos de prevenção técnica em pé de igualdade com os normativos e, assim, enriquecer o abundante instrumental repressivo pelo lado da prevenção, é o que propugna o princípio da proporcionalidade: o que pode ser alcançado por meios leves torna os meios mais pesados supérfluos e inoperantes. A prevenção técnica deve cultivar a tendência de substituir a prevenção normativa, não de complementá-la. É tarefa política de uma concepção orientada pela liberdade de lutar pelo desmonte do aparato criado pela prevenção normativa com a mesma rapidez e nas mesmas proporções em que a prevenção organizacional se mostre eficiente. A condição para isso, naturalmente, é a já mencionada prática orientada para os direitos fundamentais: observar atenta e permanentemente os efeitos diretos e colaterais provocados pelos instrumentos empregados<sup>285</sup>.

Um dos pontos já discutidos no tocante à Lei 12.846/2013 e seu enquadramento enquanto direito interventivo concerne exatamente à constatação de que a Lei veicula uma clara finalidade preventiva e o *compliance*, no bojo do art. 7º do diploma é elemento essencial para compreender esse viés.

---

<sup>284</sup> PACHECO, Mariana Pimentel Fischer. Lei anticorrupção estimula redes de governança. RDE, n. 37, mar./abr., 2013.. p. 40.

<sup>285</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. Cit.* p. 309-310.

Como bem observam Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas:

...importa analisar qual grau de diligência exigido da empresa, no sentido de se evitar a prática dos ilícitos contra o Estado, sobretudo pela dicção do art. 3º, do diploma legal, que consigna a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente dos dirigentes, administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ilícito. Parece-nos impensável a que alguém possa vir a ser punido indiscriminadamente por atos que sejam imputados, sem que seja claramente demonstrada a existência do liame entre o dano causado e a conduta questionada, além de um grau mínimo de reprovabilidade em sua conduta ou decorrente de debilidade na organização da estrutura empresarial.

Uma entidade empresarial que disponha de sistema interno de integridade (*compliance*), organizado de forma eficaz e seguindo as melhores práticas possíveis, ainda assim, estará sujeita a um ato intempestivo de qualquer funcionário descuidado ou mal intencionado. Essa exceção ao controle, por mais efetivo e competente que seja, é plenamente plausível de ocorrer. Será que ainda assim, sem o conhecimento da alta direção da companhia, de forma completamente isolada – ou mesmo decorrente de espírito emulativo – a punição seria viável?<sup>286</sup>.

Esta inquietação, partilhada nesse trabalho, é que faz com que os autores compreendam, como aqui se faz, que o *compliance* surge como elemento chave para compreensão da responsabilidade objetiva na Lei 12.846/2013:

O que se pode compreender da novel legislação é que a existência e o funcionamento efetivo do seu sistema de integridade é a chave para compreender aquilo que o artigo 2º denominou responsabilidade objetiva: a organização empresarial deve possuir Standards de comportamento e estruturas, inclusive após a constatação do ilícito, que permitam concluir que o ato lesivo decorreu de um ato individual e isolado de determinado colaborador. Assim, não apenas como prevenção ao ilícito – com treinamentos, estruturas de *whistle-blowing*, regras e códigos de conduta – mas também no momento de colaboração para apuração dos fatos, é que se poderá afirmar se a organização empresarial compactou ou não com o ilícito verificado<sup>287</sup>.

Acredita-se, contudo, que, mais do que isso, a veiculação da possibilidade do programa de comprometimento influir na pena a ser adotada, é fundamental para compreensão do diploma como um todo e sua interpretação enquanto

---

<sup>286</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Op. Cit.*, p. 150.

<sup>287</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Op. Cit.*, p. 151-152.

representante de um sistema que deve adotar também princípios penais, como o da pessoalidade das penas, da razoabilidade, da proporcionalidade, ao veicular graves sanções.

Nessa trilha, a fundamentação para a compreensão dos programas de comprometimento enquanto elementos que obstam a imposição de sanções às pessoas jurídicas, por atos definidos em seu art. 5º, deve ser feita não apenas em razão da natureza de suas sanções, mas em razão de: 1) da gravidade das sanções; 2) da finalidade das sanções e da Lei 12.846/2013, decorrentes de sua análise e posterior enquadramento no direito de intervenção; 3) análise da possibilidade de apenar pessoas jurídicas, nesse âmbito; 4) análise de limites dessa responsabilização.

Efetivamente, a adoção de programas de comprometimento deve obstar a responsabilização pelas sanções atinentes à chamada responsabilização administrativa, assim como da denominada responsabilização judicial. Concorde-se, assim, com Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, nessa trilha, quando distinguem a responsabilidade-sanção, da responsabilidade ressarcimento, e informam que esta última pode decorrer, inclusive, objetivamente, da vedação ao enriquecimento sem causa da empresa<sup>288</sup>. Ainda sobre essa distinção, Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior fazem a seguinte observação, com a qual se concorda: “A reparação do dano é prevista apenas como sanção administrativa. Mas, não é sanção, é consequência da prática de ilícito com resultado material negativo, não constituindo tecnicamente sanção”<sup>289</sup>.

Consoante já se pôde constatar, a finalidade da Lei 12.846/2013 apenas pode ser obter o comprometimento ético das pessoas jurídicas com o cumprimento do ordenamento e, assim sendo, a Lei é teleologicamente orientada para admitir que a adoção de regimes de comprometimento deve obstar a responsabilização.

---

<sup>288</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>289</sup> ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014, p. 307.

Isso porque, a comprometimento das pessoas jurídicas é o que se pode razoavelmente exigir, não sendo possível veicular uma obrigação de impedir a prática de delitos por parte de funcionários.

Nesse sentido, uma responsabilização objetiva, pura simplesmente decorrente da prática de um ato definido no art. 5º do diploma por um funcionário da empresa, para sancionar a pessoa jurídica, é contrária ao sentido teleológico do diploma e a adoção de um referencial ético das pessoas jurídicas. A prevenção primária de que trata o direito de intervenção, ou prevenção técnica, como acima delineada, foi atingida na máxima medida possível, não sendo possível sancionar a pessoa jurídica, de sorte que premente concordar com Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas, quando anotam:

Não parece sequer aderente à natureza jurídica das penas previstas na Lei Anticorrupção – sobretudo dissuasória do comportamento indesejado – que uma punição pudesse decorrer de um ato contrário à vontade de quem deva suportar o sancionamento. Ou até mesmo retributiva, porquanto se estaria a punir quem não provocou o delito – ao revés, colocou em marcha um sistema de prevenção à integridade de suas ações<sup>290</sup>.

A prevenção primária de que trata o direito de intervenção, ou prevenção técnica, como acima delineada, foi atingida na máxima medida possível, não sendo possível sancionar a pessoa jurídica.

Com efeito, é um pressuposto básico e lógico do direito, quando veicula uma norma que positiva uma proibição, que seja possível ao destinatário da norma se comportar de acordo com a disposição que ela enuncia.

O que isso significa? Significa que o direito não pode veicular exigências impossíveis, exigências absurdas. O direito pressupõe a liberdade de poder agir tanto em conformidade com suas disposições, quanto em desconformidade e essa desconformidade é que enseja conseqüências jurídicas aos comportamentos.

A sanção tem poder de coerção, se for possível agir de acordo com o direito, não sendo possível, ela é mero arbítrio, mero exercício, carente de finalidade, do poder de punir.

---

<sup>290</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Op. Cit.*, p. 151.

Uma manifestação tal do poder de punir, não pode ser admitida no direito pátrio e no direito de intervenção. Não se trata, aqui, de simplesmente de ampliar o número de pessoas que pode vir a ser responsabilizado por ressarcir os cofres públicos de eventuais danos. A Lei 12.846/2013 veicula sanções graves, para, exatamente, obter das empresas um determinado comportamento.

Se as normas da Lei 12.846/2013 se referem a pessoas jurídicas, não incidem diretamente para impedir a prática de crimes por pessoas físicas (como fazem as normas penais incriminadoras dos delitos que coincidem com as infrações do art. 5º do diploma), mas para obter das empresas algum comportamento.

E qual comportamento pode ser adotado pela empresa como um todo? O comportamento que se pode exigir é que a empresa se volte a criar mecanismos para impedir que algum funcionário ou sócio pratique uma infração, *ex vi* do art. 5º, Lei 12.846/2013. Sim, porque a empresa não é composta apenas pelo funcionário ou sócio que empreende uma conduta delitativa, mas, ordinariamente, por outros integrantes, outros sócios, outros funcionários, que podem não ter adotado qualquer comportamento delitivo e que serão prejudicados pela conduta de outrem, o que implicaria violação ao princípio de personalidade das penas – princípio este excepcionado apenas para os efeitos cíveis da conduta algum que cometeu um crime e na medida do quinhão hereditário e, destarte, inerente ao Direito de intervenção.

De tais pontos, parece claro que deve ser exigida da empresa um nível culpabilidade, que, no direito de intervenção, não se confunde com a reprovação pessoal do acusado de que fala o direito penal, ao versar acerca da consciência da ilicitude, da exigibilidade de conduta diversa e da imputabilidade.

Trata-se aqui de examinar a culpabilidade da pessoa jurídica sob o viés da responsabilidade social e da assunção do risco, sendo o *compliance* a chave para compreender a novel legislação.

Com a implantação de um regime de *compliance*, a empresa tanto representa o comprometimento com uma responsabilidade social, quanto, realiza conduta que manifesta não assunção do risco de causar um resultado, mas a



adoção de todas condutas para evitá-lo. A abstenção de comportamentos que possam ocasionar o resultado e, inclusive, a adoção de medidas que acarretam custos para evitar sua ocorrência, razão por que se defende que o *compliance* sirva para dar uma compreensão legítima à denominada responsabilidade objetiva da Lei 12.846/2013, servindo como elemento para interpretar os comportamentos empresariais sob um viés valores e não meramente causal.

Tal restrição e perquirição se referiria às sanções previstas nos arts. 6º e 19º da legislação e não ao dever de ressarcir o erário, que, como visto, decorre da vedação ao enriquecimento ilícito. Nessa trilha, concorda-se com a conclusão a que chegam, em *paper*, Pierpaolo Bottini e Igor Tamasauskas<sup>291</sup>.

Considerando os contornos delineados acerca do *compliance*, premente concluir que existe um óbice a uma responsabilização de empresas que adotam o regime de *compliance*, ainda, em razão mesmo de a implantação de um programa efetivo implicar a não assunção do risco e realização de todos os atos possíveis, mesmo porque, está a falar sanções, e não de ressarcimento. Nessa linha, haveria uma incongruência lógica entre a imposição de responsabilização para pessoas jurídicas que adotam o *compliance*, porquanto a responsabilidade objetiva é calcada na teoria do risco<sup>292</sup> e não se teria a assunção do risco de ocorrência do resultado.

Fato é que o criminal *compliance* representa a medida que representa o atingimento da finalidade da Lei 12.846/2013, consistente na obtenção da prevenção de natureza primária, com a evitação de riscos, o que ocorre exatamente porque as empresas, através de tal diploma, se verão estimuladas a formar programas de comprometimento.

Nesse sentido, Sebastião Botto de Barros Tojal comenta:

Já na novel Lei Federal 12.846/2013, a responsabilidade da pessoa jurídica por atos lesivos à Administração Pública é objetiva. Deste modo um ato lesivo que venha a ser praticado por qualquer funcionário, mesmo que à revelia dos dirigentes da Companhia, resultará na responsabilização cível e administrativa da pessoa

---

<sup>291</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna. *Op. Cit.*, p. 152

<sup>292</sup> MUKAI, Sylvio Toshiro. *Op. Cit.*, p. 36.

jurídica, que pode implicar até mesmo na dissolução compulsória da empresa.

O efeito imediato desta nova concepção de responsabilização da pessoa jurídica é o incentivo às políticas de *compliance* e ética corporativa no trato com o Poder Público, o que, por si só, já é bastante elogiável. Nesta perspectiva se trata, por conseguinte, de um documento legislativo meramente punitivo, mas que incentiva a cultura de não corrupção no ambiente corporativo.

Isto porque o legislador, de forma perspicaz, optou por se utilizar do Direito administrativo sancionador para impor penalidades à pessoa jurídica ao invés de intensificar a perseguição penal às pessoas naturais, o que não foi excluído<sup>293</sup>.

Como se sabe, mesmo a responsabilidade objetiva, se fundamenta na teoria do risco, na ideia de que ao empreender uma certa atividade e de dela obter lucro, deve haver assunção dos riscos decorrentes de tal atividade<sup>294</sup>. Ela se refere, no direito e, em geral, à responsabilidade pelo dever de ressarcir por um dano, servindo para facilitar o ressarcimento.

A noção de responsabilidade objetiva com base na teoria do risco é nova. Surge com a insuficiência da teoria clássica da culpa na solução justa para conflitos de dano, como bem apresenta Pablo Stolze<sup>295</sup>, ao afirmar que a teoria do risco ganha pela necessidade de reparação de danos, e pela ineficácia da teoria da culpa em face dos novos desafios do direito. O Código Civil de 2002 abraça a teoria subjetivista na forma do art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nessa mesma linha, Sylvio Toshio Mukai observa que: “a responsabilidade civil está imbricada com a existência de um dano, que origina uma obrigação ao seu causador de repará-lo. Ou seja, a responsabilidade nasce de um dano, e não apenas da ocorrência de um ato ilícito”<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> TOJAL, Sebastião Barros de. *Op. Cit.* p. 282.

<sup>294</sup> MUKAI, Sylvio Toshio. *Op. Cit.* p. 36

<sup>295</sup> STOLZE, Pablo. Responsabilidade dos Bancos por Assaltos em Terminais Eletrônicos. Disponível em: <[http://www.pablostolze.com.br/upload/1219114210\\_47001\\_78094.pdf](http://www.pablostolze.com.br/upload/1219114210_47001_78094.pdf)>. Acesso 26 jun. 2008.

<sup>296</sup> MUKAI, Sylvio Toshio. *Op. Cit.*, p. 32.

No entanto, em seu art. 927, CC-02, prevê possibilidade para obrigação objetiva ao afirmar: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Infere-se então, que um ente jurídico ao exercer sua atividade impõe um risco a outrem, e esta atividade lhe confere lucros, inclusive em cima do risco que lhe é natural, deve ser responsabilizado pelos danos decorrentes de tal ato. É forçoso concluir a unanimidade doutrinária para aplicação da teoria do risco, com fundamento na necessidade de reparação de danos, mas cabe citar a ressalva de Alvino Lima que dá norte a essas posições doutrinárias ao afirmar: “...a teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria<sup>297</sup>”.

A adoção de um programa de comprometimento poderia desvelar de fato a inexistência de assunção do risco, porquanto se tem em sua criação exatamente a formação de mecanismos para evitar riscos. Contudo, certo é que a teoria do risco, aplicada para impor a responsabilidade objetiva, indica que se alguém escolhe empreender certa atividade deve responder por quaisquer danos dela decorrentes, de sorte que a adoção de medidas para diminuir ou evitar o risco seria ignorada. Dessarte, a adoção de programas de comprometimento não poderia obstar a imposição do dever de ressarcir.

A análise de tais pontos e de tais dispositivos é necessária para compreender que: 1) a responsabilidade objetiva, no direito pátrio, é uma excepcionalidade, mesmo para o ressarcimento de danos; 2) decorre desta excepcionalidade, como consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que a responsabilidade objetiva seja aplicável ao direito de intervenção, no que toca a seus elementos sancionatórios.

---

<sup>297</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, pág. 198.

Privilegia-se quando se impõe a responsabilidade objetiva o direito do sujeito passivo de um ato ilícito de ter o dano reparado. Deveras, acaso tenha a empresa lucrado com ato de seu preposto, deve necessariamente ressarcir o erário, em razão de ser vedado o enriquecimento ilícito.

Entrementes, no que concerne à responsabilidade-sanção, a expectativa é que através dela se obtenha um certo comportamento da empresa, o que, a teor da Lei 12.846/2013, apenas pode ser a adoção de um regime razoável de *compliance*, consoante ditames já previstos no FCPA e no FSGO, que devem ser transpostos para a regulamentação do diploma, sendo, inclusive, o Brasil signatário do FCPA, de sorte que tal diploma já integra o ordenamento. Aliás, sobre a sanções administrativas, inclusive, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras observam que: “deve, portanto, ter natureza instrumental, isto é, não se constitui como um fim em si mesmo, mas como um dos meios – e não o único – para se evitar o descumprimento de uma obrigação jurídica e para viabilizar a prossecução do interesse público tutelado”<sup>298</sup>.

Efetivamente, a imposição de uma sanção, sobretudo que verse sobre direitos fundamentais, como as previstas na Lei 12.846/2013, viola a noção de proporcionalidade, acima mencionada, e de razoabilidade, princípios estes integrantes do direito de intervenção e que emanam do próprio texto constitucional, porque não se pode fazer tabula rasa de direitos fundamentais.

Diante disso, premente é considerar que a responsabilização objetiva, para fins de imposição de responsabilidade-sanção, deve ser vedada pelo direito de intervenção, afigurando-se a responsabilidade subjetiva enquanto princípio deste direito.

A responsabilidade da pessoa jurídica seria possível no direito de intervenção, mas ela não pode ser desmedida. Nessa trilha, premente observar que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica objetiva seria vedada no âmbito do Direito de Intervenção, acaso entendida como a possibilidade de a responsabilização (pelas punições) ser uma conseqüência necessária e,

---

<sup>298</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; FREITAS, Rafael Vêras. *Op. Cit.* p. 14.

basicamente, automática (ressalvada a necessidade de o Judiciário e/ou a Administração Pública serem acionados), da ocorrência de quaisquer dos atos previstos no art. 5º do diploma.

Nessa linha de raciocínio, surgem como princípios que devem ser aplicados ao direito de intervenção os seguintes: princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade e princípio da responsabilização subjetiva, a fim de entender o *compliance* enquanto instituto que, acaso adotado, obsta a responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica por punições previstas na Lei 12.846/2013.

Observa-se que no tocante à responsabilidade-sanção, não se pode cogitar legítima a responsabilização objetiva, sob pena de a sanção figurar meramente como arbítrio, diante da finalidade razoavelmente exigível do diploma. A obrigação de observar que o direito não pode fazer exigências desarrazoadas, por sua vez, decorre da máxima da proporcionalidade, uma vez que as sanções previstas no diploma são graves e incidem sobre direitos fundamentais. Daí se concluir que o princípio da responsabilização subjetiva deve ser transposto para o Direito de Intervenção.

De fato, o direito de intervenção não passa ao largo de garantias e finalidades específicas, como toda seara específica. Nessa trilha, premente observar que se o legislador optou por impor às pessoas jurídicas, através da Lei 12.846/2013, sanções graves, mais graves até do que aquelas sanções previstas para as pessoas jurídicas que cometem crimes consoante definição da Lei 9.605/1998, por imposição do princípio da proporcionalidade, devem também ser protegidas garantias das pessoas jurídicas, sob pena de ao direito fundamental ao patrimônio e também da liberdade de associação serem reduzidos a uma medida inconstitucional. Como explica Alexy, as normas de direitos fundamentais são semântica e estruturalmente abertas, razão pela qual o aplicador do direito necessita de normas mais precisas, atribuídas às normas de direitos fundamentais, para aplicar estas. A esse processo, Alexy denomina “relação de

refinamento”<sup>299</sup>. Assim, Alexy informa o seguinte, acerca das colisões entre princípios:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio de, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência<sup>300</sup>.

Essa relação de refinamento, quando ocorre embate entre princípios, demanda aplicação do princípio da proporcionalidade, que, portanto, é um princípio que decorre da própria lógica da aplicação dos direitos fundamentais:

...há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza<sup>301</sup>.

Assim é que, também falando de proporcionalidade, Hassemer assevera o seguinte:

Tratar da criminalidade real de forma bem sucedida e, ao mesmo tempo, preservar os direitos fundamentais é o princípio que norteia toda e qualquer Política criminal orientada pela liberdade. Em um sistema político-criminal, tal princípio está constantemente sob tensão. Fazer política com Direito Penal é fazer política com repressão e osfrimento, e com as conseqüentes incursões na

---

<sup>299</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 70-72

<sup>300</sup> *Ibid.* p. 92.

<sup>301</sup> *Ibid.* p. 116-117.

liberdade individual, algo que nem os melhores pensamentos e intenções podem alterar, nem hoje, nem amanhã, nem depois.

Segue-se necessariamente daí que um dos deveres de qualquer Política criminal é cuidar incessantemente de sua própria superação e procurar alternativas que, de fato, não sejam menos adequadas, mas sejam menos nocivas aos direitos. Em um estado de Direito, qualquer Política criminal é obrigada a observar o princípio da proporcionalidade; mas especialmente uma concepção orientada pela liberdade deve ter o direito de afirmar com ênfase essa obviedade e, então, trabalhar o que hoje, concretamente, pode ser associado a esse princípio<sup>302</sup>.

Diante de tais considerações é de se observar que não se pode pensar que a aplicação da Lei 12.846/2013 pode ser realizada de maneira desmedida e ilimitada, como fosse uma a carta branca para sancionar pessoas jurídicas de maneira objetiva pelos atos definidos no art. 5º do diploma. Nesse sentido, é fundamental a menção à seguinte lição de Jorge de Figueiredo Dias:

Da função do direito penal, por um lado, e da específica natureza das sanções criminais, por outro, derivam os limites materiais do direito penal; limites que ganham particular relevo sob perspectivas várias – desde as jurídico-constitucionais e outras – e que são produtos das especiais exigências da garantia dos direitos dos cidadãos que se fazem sentir em matéria penal. Mas limites que por vezes não são fáceis de traçar e deparam mesmo com graves dificuldade em zonas penumbrosas da distinção. O que tudo deriva da circunstância de também em outros ramos do direito que não o penal – nomeadamente o direito administrativo, no direito disciplinar, no direito processual e mesmo no direito privado (direito civil) – o legislador se servir de “penas”, que todavia assumem o caráter de penas não criminais. Assim se compreende que, em último termo e uma vez mais, seja à natureza das consequências jurídicas, derivada do seu fundamento e das suas finalidades, que terá de se ir buscar a fronteira da delimitação<sup>303</sup>.

A racionalidade do sistema jurídico decorre, como bem identifica Alexy, da própria lógica do sistema constitucional e da aplicação de direitos fundamentais, sob pena de se ter mero arbítrio, mero exercício de poder, o que, decerto, não pode ser finalidade legítima do legislador ou da Administração Pública.

---

<sup>302</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>303</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 166.

Decorre da máxima da proporcionalidade a noção de intervenção necessária e adequada, para além de, evidentemente, decorrerem de sua lógica diversas das garantias que impõem peias ao direito penal, que se afigura enquanto instrumento cirúrgico ou *ultima ratio*. Destarte, também o Direito de Intervenção deve ter suas peias.

Assim, adotados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pelo Direito de Intervenção, necessário atendê-los, a fim de obstar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que implicaria arbítrio, uma vez que não seria capaz de cumprir qualquer finalidade.

Nessa linha, aos direitos fundamentais combalidos pelas sanções impostas a teor da Lei 12.846/2013 não seria contrapostos outros direitos fundamentais passíveis de proteção pela norma, porquanto a imposição de uma responsabilidade objetiva se afigura vazia de sentido, não se mostra orientada à obtenção de qualquer comportamento das empresas, haja vista que elas serão apenas seja qual for o comportamento de seus funcionários. No máximo, a cultura empresarial poderia gerar uma atenuante da sanção, situação na qual nenhum comportamento adotado pela empresa seria capaz de obstar a responsabilização por desvio de funcionário.

Estes princípios devem ser orientados pela finalidade do diploma e, em verdade, deveriam ser adotados, até mesmo, pelo direito chamado administrativo-sancionador. Como delineado ao longo do capítulo 1, entretantes, esta seara, segundo a crítica de Ana Carolina Carlos de Oliveira carece, exatamente, da incorporação de garantias e direitos do Direito Penal em seu bojo. No particular, se observa com Fábio Medina Osório que o denominado direito administrativo-sancionador não alberga o princípio da responsabilidade subjetiva<sup>304</sup>. No entanto, no tocante ao direito de intervenção e as sanções com caráter punitivo que ele albergar, tal princípio deve ser atendido.

A responsabilidade subjetiva é um pressuposto para imposição de uma sanção teleologicamente orientada a obter o cumprimento da norma, pois apenas

---

<sup>304</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Op. Cit.*, p. 346-347.



se pode apenar, nesse caso, quem deliberadamente escolhe violar o ordenamento, sabendo que o está violando. No tocante à pessoa jurídica, não se pode observar estes predicados de natureza psicológica, daí porque, como será abordado adiante, surge a dimensão de responsabilidade social e cultura da empresa, para que seja possível realizar um juízo de desvalor de sua atuação perante a sociedade. No âmbito do direito penal, de fato, se entremostra complicada a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica, por todas as razões supra-expendidas, mesmo considerando esta construção, problema este que não viceja no direito de intervenção.

Premente observar que nos Estados Unidos, a adoção de um regime de *compliance* efetivo, com colaboração da pessoa jurídica em relação às investigações, ocasionou exatamente a isenção de responsabilidade da empresa.

Isso ocorreu por ocasião da apuração de que um executivo da empresa Morgan Stanley, secretamente, adquiriu milhões de dólares em investimentos imobiliários para si e para um diretor da empresa Yongye Enterprise Co., uma empresa estatal chinesa.

O diretor de Morgan Stanley, portanto, aparecia em ambos os pólos da relação contratual, de sorte a obter vantagens para si e, também, para concedê-las ao dirigente chinês. Tais gastos eram contabilizados como se fossem dívidas para com empresas terceirizadas. Em troca, o diretor chinês ajudava o diretor da Morgan, assim como a própria pessoa jurídica, a obter novos negócios no território chinês, inclusive através de auxílio nas aprovações necessárias para empreender na China, negócios estes, por sua vez, que terminavam por recair no mesmo esquema, do qual decorriam lucros ilícitos tanto para o dirigente da Morgan, quanto da Yongye<sup>305</sup>.

Inobstante o caso supramencionado, fato é que, considerando o regime de *compliance* adotado, assim, como a colaboração da pessoa jurídica, optou a

---

<sup>305</sup> Cf.: *SEC Charges Former Morgan Stanley Executive with FCPA Violations and Investment Adviser Fraud*. Disponível em: [http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171488702#.VPOkTfnF\\_T8](http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171488702#.VPOkTfnF_T8). Acesso em: 01.03.2015, às 20:50.

Comissão de Seguradoras e de Comércio por não apresentar a pretensão em desfavor também de Morgan Stanley<sup>306</sup>. Também o Departamento de Justiça (Department of Justice – DOJ), órgão que detém legitimidade para apresentação da pretensão de natureza penal, não se valeu do direito de ação, também, em desfavor da empresa<sup>307</sup>.

Acerca da recentemente albergada responsabilização penal da pessoa jurídica pelo Código Penal Espanhol<sup>308</sup>, observa-se que, de acordo com seu art. 34, 4, *d*, a adoção de um regime de *compliance*, antes do começo do juízo oral, é uma atenuante. De acordo com o art. 31, *bis*, 1, a aplicação de penas às pessoas jurídicas no caso de envolvimento de seus representantes legais ou administradores na conduta delitativa, mesmo adotado o regime de *compliance*, não seria mitigada. De outra banda, não há responsabilidade, se o delito foi cometido por funcionários da empresa e sobre eles não foi exercido o devido controle, atendidas as circunstâncias concretas no caso<sup>309</sup>.

Diante disso, observa-se que o *compliance* obsta a responsabilidade penal da pessoa jurídica na Espanha, a teor do art. 31, *bis*, 1, ao menos no tocante à prática de atos ilícitos por funcionários que não integram a administração.

No particular, entende-se que a adoção de um regime efetivo de *compliance*, em absoluto, deveria implicar ausência de responsabilidade, em decorrência da finalidade preventiva da sanção, a teor do art. 66, *bis*, 1<sup>a</sup>, “a”. De fato, as penas devem ser aplicadas, considerando a responsabilidade de pessoas jurídicas, conforme sua necessidade para prevenir a continuidade da atividade delitativa ou de seus efeitos.

---

<sup>306</sup> Verificar a petição inicial da SEC. Disponível em: < <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf>>. Acesso em 01.03.2015, às 20:54.

<sup>307</sup> Cf.: < <http://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>>. Acesso em 01.03.21:08.

<sup>308</sup> Disponível em: < [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf)>. Acesso em: 12.02.2015, às 22:08.

<sup>309</sup> Mesma interpretação é realizada por Enrique Bacigalupo (BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.* p. 116).

No recente modelo chileno de responsabilização da pessoa jurídica, e. g., a responsabilização objetiva é vedada, razão pela qual, como explica Osvaldo Artaza, dentre as possibilidades de defesa da empresa surge o comportamento por ela adotado antes de sua ocorrência, ou seja, se houve a adoção de medidas para controlar, dentro do razoavelmente exigível, os perigos de ocorrência da infração<sup>310</sup>.

Osvaldo Artaza, ainda, faz observação com a qual se concorda, no sentido de que se o que se quer é obter da empresa medidas para prevenir a ocorrência de infrações, de nada adiantaria simplesmente sancioná-lo sempre que se constatasse a existência de um delito no intercurso de suas atividades, praticado por um funcionário: não haveria, assim, incentivo algum para a adoção das medidas preventivas. Entrementes, observa que não apenas por tal razão, mas para atender ao princípio da culpabilidade, é que entender a violação do dever de comprometimento com o ordenamento como pressuposto da punição se faria necessária. Nessa linha observa que a verificação da obediência do dever de adotar um regime de *compliance* é o meio através do qual há perquirição da culpabilidade da pessoa jurídica.<sup>311</sup>

No particular, entende-se que a importância da responsabilização subjetiva está imbricada com a teleologia do diploma, que não pode simplesmente ser engendrado sem que qualquer função lhe seja inerente, sob pena de afigurar-se apenas como exercício de poder do Estado, o que, entretanto, não se deve admitir. Assim, a adoção de um sistema de *compliance* deve ter por efeito obstar a responsabilização

#### 5.1.2.1. *A adoção do programa de compliance e a culpabilidade da pessoa jurídica conforme a lei 12.846/2013*

---

<sup>310</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 545

<sup>311</sup> *Ibid.* p. 546.

Toma-se este tópico, na trilha do quanto supra analisado, em exame dos capítulos pretéritos e das premissas por ele firmadas, para concluir que a adoção efetiva de um programa de comprometimento deve ser elemento a ser considerado para valorar o comportamento de empresas eventualmente enredadas em acusações por prática de atos lesivos à administração pública (conforme art. 5º, da Lei 12.846/2013).

Assim, o comprometimento ético seria a medida da culpabilidade da pessoa jurídica para fins de responsabilização a teor da Lei 12.846/2013, representando sua responsabilidade social.

Não se teria, nesse âmbito, os óbices impostos pelo direito penal, assim como a ilegítima pretensão de se valer dos efeitos estigmatizadores da seara para fundamentar a responsabilização.

O comprometimento ético, através do programa de *compliance*, implica informar que a empresa não se insere no conceito de organização deficiente, que informa a proposta Günter Heine para formulação da culpabilidade da pessoa jurídica, consoante explica Davi Tangerino:

Günter Heine espousa um modelo de culpabilidade empresarial a partir de uma organização deficiente; a empresa, sendo uma "garante de supervisão", se torna responsável pelos atos delitivos, na medida em que cria perigos empresariais em razão de sua estrutura deficitária ou de déficits existentes em sua organização<sup>312</sup>.

Trata-se de modelo que se assemelha, identifica também o autor, ao formulado por Lampe, e a ideia de lesões decorrentes de filosofia criminógena da empresa, segundo o qual:

A responsabilidade penal com base na filosofia da empresa dar-se-ia quando seu caráter delitivo encontra expressão no

---

<sup>312</sup> TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, p. 36, Set. 2010. Disponível em: <[HTTPS://www.revistadostribunais.com.br](https://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 20.11.2014, às 21:20.

comportamento lesivo de um de seus membros. A responsabilidade com base na estrutura de organização da empresa, por sua vez, seria um injusto sistêmico quando favorecesse seus membros no cometimento de delitos. Concretamente, existiriam quatro causas fundamentais que constituiriam um injusto de sistema de responsabilidade da empresa: a) o potencial perigo utilizado pela empresa para realizar uma dada prestação; b) a estrutura deficitária de sua organização (deficiente Organisationsstruktur), que neutralizaria erroneamente a periculosidade deste potencial; c) uma filosofia empresarial criminosa, que ofereceria aos membros da organização a tentação de levar a cabo ações delitivas; d) a erosão de responsabilidade interna à empresa, nos casos em que esta não possui regras claras e eficientes de responsabilização de seus membros em caso de desvios funcionais<sup>313</sup>.

Entrementes, após análise da figura do *compliance officer*, premente observar que a responsabilidade dos responsáveis pelo programa de comprometimento não pode ser automática, conforme pretende Lampe, mas deve ser individualizada, em razão de exigências do próprio ordenamento, sendo melhor aplicável a teoria sobre culpabilidade da pessoa jurídica formulada por Günter Heine. Acerca da distinção entre as teorias, explica Davi Tangerino o seguinte:

A formulação de Lampe, porém, não dá margem apenas a uma culpabilidade de empresa. Dentro do marco do sistema de injusto, também determinadas pessoas físicas - precisamente as que engendraram os defeitos de organização que a tornaram criminógena - responderão pelos delitos cometidos. Em termos concretos, poderiam ser responsabilizados "aqueles membros obrigados a determinar o espírito da empresa ou, em última instância, que deveriam - com base numa posição de garante - ter impedido infiltrações de mentalidade criminógena", este seria o caso, por exemplo, dos membros responsáveis pelo controle e pela estruturação da organização empresarial.

[...]

O contrário, porém, do quanto sustentado por Lampe, Heine advoga que a imputação do delito à empresa deveria ocorrer de maneira independente daquela feita à pessoa física. Mais do que isso, aliás, deveria se dar em um sistema paralelo ao aplicado aos indivíduos. Assim, Heine fala na "transposição" para as empresas das "categorias de imputação do direito penal individual - desde a

---

<sup>313</sup> *Ibid.*

ação, o domínio do fato e a causalidade até os elementos subjetivos e a culpabilidade<sup>314</sup>.

Nesse sentido, defende-se nesse trabalho, após análise da Lei 12.846/2013 no contexto das discussões acerca da expansão do poder de punir e da necessidade de estender as garantias e conter a expansão, do *compliance*, enquanto elemento central para compreensão do diploma, da responsabilidade pretensamente objetiva e da necessidade de valorar as condutas, quando se fizer presente hipótese de responsabilidade-sancão, que o comprometimento da empresa, através da adoção de um programa de *compliance*, seja o elemento examinado para verificar sua culpabilidade, em uma dimensão de responsabilidade social e de cultura ética da pessoa jurídica, a fim de obstar um sistema draconiano e que não poderia repousar validamente no ordenamento pátrio.

Coaduna-se com esta constatação a conclusão a que chega Julianna Nunes Targino Barbosa, após ampla análise da questão da culpabilidade, com enfoque na culpabilidade da pessoa jurídica e analisando o *compliance* nesse contexto, concluir seu conceito o aproxima das construções teóricas existentes acerca da culpabilidade da pessoa jurídica, de sorte que existe até mesmo uma tendência a que ele venha a ser reconhecido como uma causa de exoneração da responsabilidade da pessoa jurídica<sup>315</sup>.

Assim, efetivamente, não se entende que seja possível interpretar validamente a Lei 12.846/2013 para entender que ela veicula responsabilidade objetiva por todas as sanções nela existentes e que a adoção de um regime efetivo de *compliance* denota a inexistência de culpabilidade da pessoa jurídica e, portanto, de desvalor em seu comportamento, a obstar a possibilidade de se impor sanção.

No Chile, em que é vedada expressamente a responsabilização subjetiva, consoante explica Osvaldo Artaza, é pressuposto para imposição de uma sanção

---

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 207 fls. 2014. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2014, p. 189-190.

à pessoa jurídica o descumprimento do dever de adotar medidas para prevenir, em medida razoável, as possíveis condutas delitivas que possam ocorrer no âmbito das atividades de empreendimento<sup>316</sup>.

Nessa trilha, ante as razões acima expendidas, premente que o dispositivo que veicula a responsabilização objetiva da pessoa jurídica seja interpretado para atender os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, a fim de que à responsabilidade-sanção, a teor da Lei 12.846/2013, seja aplicada a responsabilidade subjetiva.

### 5.1.3. Da figura do *compliance officer* e seu tratamento jurídico-penal

É necessário esclarecer, ainda, nesse contexto de aferição da culpabilidade da pessoa jurídica, para aplicação da Lei 12.846/2013, o papel do chamado *compliance officer*, figura que vem a ser inaugurada, em um novo âmbito, em razão do quanto posto no art. 7º, VIII, do diploma. Nessa linha, premente examinar se a falha tocante à responsabilidade social e a cultura da empresa pode ser imputada ao *compliance officer*.

Efetivamente, a figura do *compliance officer* e o *compliance* em si não são uma novidade no ordenamento, sendo certo que a Lei de Lavagem já os previa. Inobstante, nem mesmo na Lei de Lavagem, diploma de severidade compatível ou até maior do que a Lei 12.846/2013, há a pretensão legislativa de transformar o *compliance officer* em garantidor, existindo sanções específicas para o descumprimento dos deveres atinentes à função.

O programa de comprometimento é criado, efetivamente, por um profissional capacitado ou, por uma equipe, que vem a ser chamado de *compliance officer*. Este profissional deve, ainda, se responsabilizar pela fiscalização do cumprimento

---

<sup>316</sup> ARTAZA, Osvaldo. *Op. Cit.* p. 546.

do programa e sua constante atualização. Para tal mister, além de capacitado, deve ser dotado de poder de ingerência suficiente para cumprir seu papel (única e exclusivamente), devendo existir o comprometimento da diretoria e de todos os colaboradores com o programa, sob pena de ele não ser considerado efetivo. Existe, ainda, a possibilidade do *compliance officer* figurar apenas como consultor, acaso no âmbito da empresa a supervisão do programa seja atribuída a outra pessoa, devendo sua efetiva função ser analisada no caso concreto.

Contudo, eventual falha no programa de *compliance* não pode ser, automaticamente, ensejadora de responsabilização do *compliance officer*, sob pena de ser inaugurada responsabilização penal objetiva, vedada pela ordenamento pátrio, para além de se afigurar violada a legalidade e a razoabilidade.

A exigência dos programas de comprometimento, todavia, não pode ser entendida como veiculação de um dever à empresa de obstar a prática de crimes ou atos lesivos à Administração Pública.

É muito claro que não se pode, razoavelmente, exigir de empresas que impeçam a prática de crimes por seus funcionários. Isso porque não existe qualquer pessoa ou órgão onisciente, que tal qual uma divisão *Pre-crime*, conforme narrada no longametragem *Minority Report*, que simplesmente seja capaz de identificar com exatidão perfeita o risco e o momento de realização de eventual ato lesivo, promovendo a obstaculização de tal ato.

O programa de comprometimento representa, sim, a medida máxima da empresa para exercer uma prevenção primária, obstando as próprias condutas arriscadas e informando aos integrantes da pessoa jurídica os deveres éticos de suas atividades. O *compliance officer*, assim, não é um investigador, mas alguém responsável por implementar esse programa ético e fiscalizar seu cumprimento. Seu dever, assim, é o de sancionar o descumprimento do programa ético que, inclusive, pode não descambar em ato lesivo à Administração Pública.

Exigir o impedimento da prática de crime é uma exigência desarrazoada e, portanto, incabível no direito, que não pode veicular deveres absurdos. Tanto por



isso, consoante se examina no capítulo 4, o principal parâmetro para análise do *compliance* (no âmbito internacional e com base no FCPA, de que é o Brasil signatário), a saber, o FSGO, prescreve que apenas se pode exigir que o programa de *compliance* tenha razoável capacidade de prevenir e identificar a ocorrência de transgressões às normas.

Assim, equivocada é a pretensão de fazer o *compliance officer* figurar como um garantidor da não ocorrência do delito, a partir de uma equivocada leitura do artigo 13 do Código Penal, que versa acerca da relevância da omissão em Direito Criminal (caso em que o sujeito é individual e criminalmente censurado por não ter, quando podia e devia, impedido o crime de acontecer). De fato, os crimes, ordinariamente, existem quando há ações lesivas a bens jurídicos.

Esse tratamento dogmático se faz necessário, exatamente para que se contenha o espraiar do direito penal, sem as devidas garantias, para obstar o fenômeno reconhecido por Eduardo Saad-Diniz no acórdão da ação penal 470, que afirma:

[...] dada a necessária ressalva quanto às dimensões do acórdão publicado, que efetivamente dificultam uma apreensão científica com o rigor necessário, as principais referências aos programas de *compliance* indicam um quadro genérico em que as funções da informação na prevenção à criminalidade econômica acabam por se converter em medidas de repressão penal<sup>317</sup>.

De fato, que um quadro como o explanado, termina por fazer do *compliance* mais uma medida de direito penal que se torna meramente simbólica, com a pulverização das responsabilidades, uma vez que é desarrazoado esperar que alguém assumirá o papel de, em absoluto, prevenir ou identificar a prática de crimes, razão por que Eduardo Saad-Diniz, criticando o tratamento da matéria, ainda, no julgamento da ação penal 470, observa o seguinte:

As incriminações com base em “infração geral de deveres” podem trazer como deletéria consequência a criação de sistemas de delegação de responsabilidade no interior da empresa, que tanto podem representar indesejável “irresponsabilidade organizada”, quanto podem deixar vulneráveis seus empregados. Em um como

---

<sup>317</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Op. Cit.*

em outro caso, o que se tem é a perda do potencial preventivo dos programas de *compliance*.<sup>318</sup>

Ainda sobre o julgamento da ação penal 470 e a necessidade de um tratamento dogmático da figura do *compliance officer*, que obste, inclusive, imposições de obrigações desarrazoadas, Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo observam ainda o seguinte:

A discussão sobre o tema *compliance* ocorrida no STF demonstra a imprescindibilidade da utilização de parâmetros para a avaliação da existência de responsabilidade penal do *compliance officer*. Não se acredita, contudo, ser necessário o estabelecimento de novos critérios, tendo em vista que conceitos já bem discutidos e delineados pela dogmática jurídico-penal são capazes de tratar adequadamente a questão.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que a responsabilidade penal, por ter natureza pessoal e subjetiva, é incompatível com o estabelecimento de presunções ou regras automáticas de imputação de responsabilidade (por exemplo, a concepção de eu o *compliance officer* deve ser sempre ser responsabilizado pela ocorrência de lavagem de dinheiro, por omissão ou culpa). Esse dado ganha ainda mais relevância quando se observa, a partir da multiplicidade de facetas que pode assumir o *compliance* em diferentes empresas, que o *compliance officer* pode ter atribuições, funções e poderes bastante distintos, a depender da formatação conferida pela empresa ao seu *compliance*.

Por isso, deve-se concordar com Nieto Martín quando afirma que se deve deixar de lado todo nominalismo, buscando-se compreender qual o tipo de função e o grau de vigilância que aquele *compliance officer* efetivamente desempenha.<sup>319</sup>

A omissão apenas excepcionalmente é penalmente relevante e alguém apenas pode ser responsabilizado por um ato omissivo se: a) tiver por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. A mencionada regra do Código Penal corresponde, efetivamente, a um tipo penal incriminador, da chamada tipicidade

---

<sup>318</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. *Op. Cit.*

<sup>319</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 106/2014, p. 215, Jan/2014. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 24.12.2014, às 19:14.

indireta ou mediata, razão por que deve ser interpretado restritivamente, sem comportar analogia, pois isso representaria violação à legalidade estrita.

Efetivamente, nenhuma das três hipóteses pode, atualmente, ser correlacionada à figura do *compliance officer*. Premente observar que a Lei 12.846/2013 não estabelece como dever do *compliance officer* obstar a prática de crime, de sorte que não se apresenta a primeira situação em que a omissão poderia vir a ser penalmente relevante.

Como se viu, a legislação carece ainda de Decreto regulamentador, até mesmo para que se saibam os contornos que os programas de comprometimento devem possuir. Quando advier tal regulamentação, uma exigência tal não poderá ser feita, porquanto violaria a o princípio da razoabilidade. O *compliance officer*, ainda, não pode vir a assumir de outra forma a responsabilidade de impedir o resultado, tratando-se de figura criado por Lei e por ela regulamentada.

Sua atuação, por fim, não é criadora do risco do resultado, mas meramente identificadora de sua existência, devendo, a partir desta constatação, partir à criação de mecanismos que o reduza, através de um código de conduta. Trata-se da obtenção de uma prevenção primária do risco, estabelecendo vedações às atividades que podem vir a ser consideradas ilícitas. O descumprimento do código de ética, inclusive, não necessariamente terá o condão de violar a legislação penal ou a regulação da Administração Pública, configurando antes um ilícito interno.

Assim, se tem um problema de legalidade estrita, para considerar o *compliance officer* um garantidor, decorrente de as figuras previstas no art. 13 do Código Penal não o englobarem. Veja-se que o gestor responsável pelo setor de *compliance* não cria riscos, mas busca diminuí-los, também não é, por Lei, obrigado a impedir a prática de crime, mas a criar um sistema de comprometimento da pessoa jurídica com o ordenamento jurídico.

Também da empresa não se pode exigir que impeça que crimes ocorram. Mesmo o Estado, que tem como meta impedir o cometimento de delitos, não é responsabilizado pelos eventuais casos em que segurança pública falha. O ente estatal, de fato, muito embora seja objetivamente responsabilizado por seus atos,

no tocante à omissão não o é. Não se obtém, assim, por exemplo, qualquer indenização do Estado pelo simples fato de um crime ter sido contra si cometido e o Estado não ter impedido sua ocorrência. Pesa notar que, de uma maneira geral, é poder-dever do Estado impedir que crimes ocorram, possuindo ele, para tal mister, largos poderes e instituições, como a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário.

Ler a Lei 12.846/2013, de forma a considerar que através de seu conteúdo se veicula um dever de *compliance officer* ou empresas de impedir que crimes ocorram, configura, assim, um erro hermenêutico e uma interpretação inconstitucional. Considerar o *compliance officer* um garantidor viola, efetivamente, a legalidade estrita. A interpretação pretendida transborda, efetivamente, o limite semântico do artigo 13 do Código Penal. Nada obstante, nem mesmo eventual lei penal nova poderia, legitimamente, estabelecer o *compliance officer* como garantidor, porquanto seria patente a violação ao princípio da razoabilidade.

## 5.2. A RELAÇÃO ENTRE O COMPLIANCE E O ACORDO DE LENIÊNCIA: DA POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AINDA QUE NÃO HAJA O ACORDO

Há quem defenda, efetivamente, que a imposição das sanções deve considerar, em conjunto, a adoção dos programas de comprometimento e a realização de acordos de leniência, confundindo este com a cooperação de que trata o art. 7º, VII, da Lei 12.846/2013.

De fato, dentre os critérios para aplicação de sanções, consta “a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”, isso, no entanto, não se confunde com o acordo de leniência, de que trata o art. 16 do diploma.

Acerca de tal confusão, premente colher o seguinte posicionamento, capitaneado por Paulo Henrique dos Santos Lucon: “Dentre os parâmetros para

aplicação de penas mais brandas aos condenados, destacam-se os incs. VII e VIII que juntos representam exemplo da função promocional do direito que premia determinado comportamento voltado à consecução de um objetivo jurídico almejado”<sup>320</sup>.

Assim, para análise valorativa do comportamento da empresa, dever-se-ia levar em conta não só a adoção do programa de *compliance*, como também a formulação de acordo de leniência, para fins de exclusão da responsabilidade por sanções.

Nessa linha, é premente consignar que programas efetivos de compliance implicam a adoção de medidas que permitam e estimulem a cooperação não só para obstar a prática de comportamentos infracionais, como para denunciá-los e revelá-los. Trata-se do denominado *whistleblowing*.

A cooperação, no entanto, não pode ser confundida com o acordo de leniência, existindo, quando a pessoa jurídica, efetivamente, oferece às autoridades os insumos que obtenha acerca da ocorrência de um ato ilícito, quando requerido pelas autoridades, se o ato ilícito não é por seus mecanismos descoberto, ou mesmo dá início à persecução.

Para tanto, não se faz necessário identificar os demais envolvidos na infração, obter celeremente informações e documentos que comprovem o ilícito, ser o primeiro a se manifestar sobre o interesse em cooperar ou admitir participação no ilícito, como exige o acordo de leniência.

As razões para que a adoção do programa de compliance obste a sanção são anotam a desnecessidade do acordo de leniência, embora a cooperação seja, efetivamente, necessária. De fato, se o comprometimento ou não da empresa com os parâmetros éticos, através da adoção de um regime de *compliance*, é que definirá a existência de desvalor social no comportamento da empresa, certo é que se trata de elemento que, acaso existente, afasta a responsabilidade-sancionatória.

---

<sup>320</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Op. Cit.* p. 276.

O *whistleblowing*, assim entendido, não implica uma violação ao direito a não auto-incriminação<sup>321</sup>, porquanto se teria situações em que a pessoa jurídica as denúncias são efetivadas em favor de sanções a quem efetivamente empreendeu comportamentos delitivos, como parte, inclusive, de programa de comprometimento que obstará a sanção contra si imposta.

O acordo de leniência deve restar reservado para as hipóteses em que a empresa se veja enredada em uma das situações descritas no art. 5º e não tenha adotado um regime de comprometimento, a fim de que venha a afastar a aplicação de pena ou a atenuação, em razão de existir o desvalor da conduta.

Com isso, é certo, mesmo porque não se trata do escopo do trabalho, não se abordam as polêmicas relativas ao acordo de leniência, notadamente no que toca à possibilidade de homenagear a traição, em razão de restrições éticas, morais e mesmo legais, mas se examina a possibilidade de que venha a ser exigido da empresa, para não ser responsabilizada, que formule o acordo, ainda que tenha adotado regime efetivo de *compliance*, o que resta vedado.

---

<sup>321</sup> Consoante adverte Renato de Mello Jorge Silveira: "... a tese relativa ao *whistleblowing* pressupõe uma autolimpeza empresarial que busca o deslinde de atividades criminosas. Ocorre que, nessa busca, e na imposição de regras quanto ao Acordo de leniência, esbarra-se na máxima do princípio do *Nemo tenetur se detegere*. Como, em outras palavras, exigir-se a realização de autoacusações? Ora, isso claramente se resolveria, como se pretende o exemplo nacional, ao estipular regras de abrandamento de sanção ao colaborador, só que isso implicaria, também, em outros problemas, como o fundamento das investigações, os tipos de sanção impostas e a própria dimensão de anistia ou de implicações à empresa" (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. Cit.*).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 1) Nos últimos anos, foi possível observar diversos reclamos de combate à corrupção no país, entendida, tal expressão, para o senso comum, em um sentido amplo, a englobar diversos atos ilícitos praticados em desfavor da Administração Pública, tal como peculato, concussão.
- 2) Nesse contexto, surge a Lei 12.846/2013, com o propósito de apenar pessoas jurídicas que porventura se vejam envolvidas em hipóteses de cometimento, por seus funcionários, de atos definidos como lesivos à Administração Pública.
- 3) A Lei 12.846/2013 teve grande impacto midiático por veicular sanções para pessoas jurídicas nos casos em que por seus integrantes fossem praticados atos lesivos à Administração Pública, passando a ser denominado Lei Anticorrupção, pela mídia e a sociedade em geral.
- 4) Surge, então, a preocupação por sistematização do diploma, tendo este previsto diversas sanções graves, para as pessoas jurídicas, que poderiam vir a ser objetivamente responsabilizadas por atos de seus integrantes.
- 5) No bojo do corpo normativo, desde logo, chamou a atenção a posituação, dentre seus dispositivos, de que a formulação, pelas empresas, de programas de comprometimento com o cumprimento do ordenamento deveriam ser levados em conta no momento da formulação da sanção, ponto este que suscita fulcral atenção.
- 6) O problema que se apresenta, assim, é identificar se é possível admitir a responsabilização objetiva da pessoa jurídica conforme a Lei 12.846/2013, considerando, sobretudo, a inserção do *compliance* no texto positivo e examinando-o enquanto elemento chave para compreensão do diploma. Assim, se afigura enquanto objetivo deste trabalho a análise de quais devem ser os efeitos da adoção de um regime de *compliance* por

uma pessoa jurídica, para fins de responsabilização nas formas previstas pela Lei 12.846/2013.

- 7) A hipótese deste trabalho é de que a adoção de programas efetivos de *compliance* deve, contudo, implicar que não sejam impostas as sanções, é dizer, deve obstar a responsabilização, em razão de: a) sua adoção demonstrar que não houve assunção do risco por parte da pessoa jurídica, o que obstaria até mesmo uma responsabilização objetiva; b) ser o *compliance* a medida razoável que se pode esperar das pessoas jurídicas, sendo vedado ao direito fazer exigências absurdas, como seria a de simplesmente impor as pessoas jurídicas o dever de impedir que seus funcionários cometam crimes; c) ser a responsabilidade objetiva vedada do ponto de vista do Direito de Intervenção, de sorte que o *compliance* deve ser visto como medida da culpabilidade das pessoas jurídicas.
- 8) Nessa contextura, premente realizar análise da Lei Anticorrupção com a preocupação de evitar o arbítrio e que o corpo normativo seja sistematizado de maneira draconiano, representando um sistema recrudescido do direito administrativo, por ser dotado de caracteres do direito penal, mas não contar com as mesmas garantias.
- 9) A análise, assim, perpassa o direito penal moderno, na contextura da sociedade de riscos, para propor que a Lei 12.846/2013 seja interpretada como corpo normativo de Direito de Intervenção.
- 10) A linha condutora desse trabalho e o que o justifica em linha de pesquisa correlacionada à seara penal se refere, exatamente, à constatação de que: a) o direito penal, hodiernamente, para tratar das necessidades surgidas no âmbito da sociedade de riscos, vem sofrendo um processo de expansão promovido pelos Estados; b) outras áreas vêm passando ainda por um recrudescimento de seus contornos, também promovidos pelos Estados, por vezes até adotando medidas de ordem penal (como demonstrado acerca da Lei 12.846/2013), sem que, contudo, haja sistematização desses corpos normativos, com estabelecimento das



devidas garantias; c) existem construções teóricas que denotam a possibilidade de surgirem sistemas normativos distintos para cuidar das novas necessidades de que vem se ocupando o direito penal.

- 11) A expressão sociedade de riscos, designa a sociedade atual como permeada pelo risco e pelo medo. O risco de que se fala se correlaciona com as atividades empreendidas atualmente em sociedade e à globalização, que faz com que as sociedades estejam imbricadas, interligadas, de sorte que a afetação direta de uma comunidade termina por afetar várias outras no globo terrestre.
- 12) Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um direito penal para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal.
- 13) Assim, são frutos da sociedade de riscos a antecipação da proteção e a tutela de novos bens.
- 14) A globalização, em tal contexto, surge para sobrelevar os riscos, haja vista que as nações estão imbricadas e correlacionadas de uma forma tal que as atividades de uma, em significativas vezes, impactam nas outras.
- 15) Nesse âmbito, de surgimento de riscos e novas demandas, o direito penal se manifesta, muitas vezes, como um direito penal de emergência ou como direito penal simbólico, figuras que, embora apresentem interseções, não se confundem.
- 16) Direito penal de emergência é a expressão através da qual a doutrina designa o surgimento, quase sempre, de pedidos por normas incriminadoras e endurecimento de penas todas as vezes que surge uma situação de emergência na sociedade.
- 17) O direito penal de emergência não é exclusividade ou produção da sociedade de riscos, mas aparece constantemente em seu intercurso, em razão exatamente de os riscos assustarem e virem acompanhados de pedidos por novas legislações.

- 18)Efetivamente, o direito penal se apresenta como remédio “ideal” todas as vezes que alguns fatos assombram a sociedade, pois o Estado, ao revés de se ocupar da adoção de políticas para efetiva resolução dos problemas, se vale de normas penais, passando uma imagem de força, trabalho e empenho.
- 19)Tem-se, então, nesse sentido, a chamada legislação simbólica, na medida em que a legislação penal surge não para solucionar os problemas, mas como mero símbolo.
- 20)O direito penal incorpora as necessidades da sociedade de riscos, o que, no entanto, impõe criminalizações através de tipos mais abertos, normas penais em branco e tipos de perigo.
- 21)Os meios de comunicação de massa se tornam um importante vetor na retroalimentação do sistema penal, uma vez que em geral insufla a adoção, sempre, do recrudescimento penal, como meio para solução dos problemas sociais, seja através da adoção de novas leis penais, do endurecimento das penas ou da redução da maioria penal.
- 22)Observa-se, ainda, nesse contexto, o recrudescimento de outras áreas do direito, notadamente, o direito administrativo, com o surgimento de sistemas penais paralelos, com sanções graves, mas sem as mesmas garantias do direito penal.
- 23)Assim, o direito penal, cada vez mais, servir a tutelar atividades estatais ou intervir no auxílio a tais atividades, sendo prescindível que proteja, diretamente, bens jurídicos de violações. Surgem, assim, exponencialmente, normas de perigo abstrato, normas penais em branco, o que desnatura o direito penal quanto à exigência de lesividade e de taxatividade.
- 24)As normas penais em branco, em geral complementadas pela Administração Pública (e à revelia da legalidade estrita, sendo então denominadas de normas penais em branco heterogêneas), permitem

adaptações rápidas à fluidez dos conceitos das novas necessidades, bem como às necessidades emergentes da Administração.

- 25) Os crimes de perigo abstrato são marca da sociedade de riscos e da incapacidade de gestão pela Administração de certas atividades, de sorte que surgem proibições a condutas que não representam, a priori, lesões a bens jurídicos ou até riscos reais. Proíbem-se, assim, as atividades arriscadas e não a criação do risco concreto.
- 26) As críticas realizadas, além da sua pertinência, se amalgamam mais à adoção de um direito penal mínimo, do que a uma defesa por incidência do direito penal apenas em relação à violência ordinariamente praticada pelas classes mais baixas.
- 27) A Escola de Frankfurt critica o direito penal hodierno e sua expansão acima abordada, que perpassa as questões atinentes aos riscos da sociedade contemporânea, o direito penal de emergência e o direito penal simbólico.
- 28) A Escola de Frankfurt sustenta que o direito penal atual se afigura insustentável.
- 29) A Escola de Frankfurt propugna que o direito penal dos novos tempos é marcado pela criação de tipos penais cujo escopo é proteger bens supraindividuais, de imprecisa definição, surgindo, assim, com abundância, normas penais que criminalizam condutas de perigo abstrato.
- 30) Surge, então, a ideia de que seja transferida para o direito administrativo parcela da tutela penal, mas seria uma tutela reforçada, a denotar a intenção, em verdade, de que seja criado um direito intermediário entre o direito administrativo e o direito penal (incluindo-se o direito administrativo sancionador). Essa expansão do direito penal deve ser contida, de sorte que Hassemer defende a criação do Direito de Intervenção.
- 31) Trata-se de teoria que anota a necessidade de criação de uma via sancionadora alternativa (daí denominá-la Direito de Intervenção), em

razão da própria incapacidade inerente ao direito penal em tratar determinados assuntos.

32) Hassemer traz a proposta de que o Direito Penal se ocupe dos aspectos centrais, ou seja, da tutela dos bens jurídicos relacionados à civilização, punindo condutas individuais que efetivamente causem lesão ou perigo concreto para o bem jurídico (crimes de dano).

33) A proposta desenhada por Hassemer se justifica na medida em que busca a eficiência no tratamento das novas necessidades, sugerindo que haja abstenção do uso do direito penal para dá-las tratar. Assim o faz para evitar que ocorram uma das duas alternativas a seguir: a) que o direito penal tenha ceifados os direitos e garantias conquistados ao longo da história e que protegem o cidadão do arbítrio estatal; b) que os direitos e garantias conquistados pelo cidadão, no âmbito do direito penal, não tornem inócuos os esforços para tutela das novas áreas.

34) As diferenças entre Direito Penal e Direito de Intervenção, como acima mencionado, se dirigem: a) o objeto da tutela: enquanto o direito penal deve cuidar dos bens individuais (e isso não significa que, necessariamente, deva se valer da prisão), o Direito de Intervenção deve cuidar dos bens supraindividuais; b) o momento da tutela: o direito penal deve intervir nas situações em que já há perigo concreto ou uma lesão a um bem jurídico; o direito de intervenção, por sua vez, deve atuar nas situações em que há perigo abstrato; c) função das sanções: no direito penal a sanção tem finalidade preventiva e também retributiva; o Direito de Intervenção tem finalidade preventiva, mas a prevenção aqui é primária é uma prevenção de contenção de riscos, realizada também através de prevenção técnica.

35) A prevenção primária se dá quando a preocupação for evitar comportamentos arriscados.

36) Prevenção técnica é voltada à obtenção da prevenção dos riscos não apenas pelo temor da sanção, como, sobretudo, pelo estímulo à adoção

de instrumentais e técnicas, na condução de certas atividades, que evitem condutas arriscadas.

- 37) O Direito de Intervenção se assemelha com o que vem sendo chamado no direito pátrio de “direito administrativo sancionador” ou “direito administrativo disciplinar”. Deveras, observa-se que, em verdade, o fortalecimento do direito administrativo já vem ocorrendo em diversas frentes, de sorte que a doutrina já identifica que tal seara não pode ser encarada da mesma forma que o direito administrativo em geral.
- 38) No tocante às diferenças que podem ser estabelecidas entre Direito de Intervenção e Direito Administrativo-Sancionador, é possível observar que este considera a manifestação de vontade do legislador para realizar o enquadramento de um corpo normativo, além de não possuir uma sistematização das garantias e direito aplicáveis a seu campo e manifestar diferente finalidade preventiva, meramente de prevenção especial, através da disciplina gerada pela sanção.
- 39) A análise acerca do direito administrativo, em alguns de seus pontos, para denominá-lo direito administrativo sancionador, poderia, assim, representar a concretização do Direito de Intervenção.
- 40) A consagração da expressão “Direito de Intervenção” ou da expressão “Direito Administrativo-Sancionador”, assim, é de menor relevo, considerada a importância de sistematização do campo para fins de garantias de direitos dos cidadãos e das pessoas jurídicas.
- 41) Semelhantemente, Jorge de Figueiredo Dias identifica a existência de um direito de mera ordenação social, incongruente com o movimento de minimização do direito penal. De fato, identifica Figueiredo Dias que o direito penal passou a cuidar de questões que eram objeto do poder de polícia da Administração Pública. Esse direito de mera ordenação social seria análogo ao direito das contravenções penais e é considerado um direito penal secundário. Este fenômeno adquire maior amplitude hodiernamente, com a expansão do direito penal, a fundamentar

propostas como a do Direito de Intervenção, porquanto, cada vez mais, se espraia o direito penal.

42)A teoria de Hassemer, como se observa, segue, assim, tendência que incorpora elemento quantitativo, mas também qualitativo, pois entende que apenas bens coletivos, derivados da ascensão da sociedade de riscos, podem ser objeto do direito de intervenção, reservando-se o direito penal para bens individuais e, excepcionalmente, a bens coletivos orientados por bens individuais. Inobstante e sobretudo, Hassemer está preocupado com a função a ser desempenhada pelo “Direito de Intervenção”, máxime em razão de a proposta surgir, dentre outras razões, da incapacidade do direito penal tratar das novas exigências da sociedade de riscos, de sorte que se pode falar em distinção funcional ou operativa.

43)A criar proposta bastante semelhante, todavia, Silva Sánchez entende que não deve se formada uma secção do direito, mas, meramente, um direito penal distinto, ao qual ele denomina de Direito Penal de Segunda Velocidade.

44)A ideia de Silva Sanchez é de que o Direito Penal atue a duas velocidades: (I) a primeira velocidade, destinada às condutas para as quais seria cominada a pena privativa de liberdade, devendo ser previstos os mesmos direitos e mesmas garantias históricos do direito penal; (II) a segunda velocidade voltada aos ilícitos que seriam apenados com sanções outras, que não a privativa de liberdade, sendo também admitida a flexibilização de garantias e regras de imputação.

45)Assim, no tocante às alternativas sancionatórias propostas pelo Direito Penal de Segunda Velocidade, Silva Sanchez defende que poderiam aproximar-se, exatamente, das sanções administrativas, de penas restritivas de direitos e multas.

46)A distinção possível entre o Direito de Intervenção e o Direito Penal de Duas Velocidades parece, pois, residir no fato de que este entender ser desnecessária a criação de um novo ramo jurídico para eliminar a

possibilidade de pena privativa de liberdade para determinados comportamentos.

- 47) Para Silva Sanchez, contudo, não há qualquer dificuldade em admitir a proposta de Hassemer dentro do próprio direito penal.
- 48) Entrementes, com todas as vênias, não se observa na estigmatização uma expectativa legítima ao direito penal, sob a ótica de nenhuma das teses que o legitimam. Se o direito penal se legitima, de acordo com as teorias que o fundamentam, na retribuição do mal do crime e na recuperação do delinqüente, a estigmatização não é um efeito legítimo de tal intervenção: a) porque, pretensamente, o apenado já “pagou” pelo mal do crime; b) porque o apenado, aparentemente, teria sido reeducado pelo sistema punitivo.
- 49) Desde o início do trabalho um dos veículos motrizes de seu surgimento é a preocupação com o transbordar do direito penal para outras searas, sem que com isso sejam também transferidas garantias, de sorte a surgirem sistemas penais paralelos. De antemão, não se observa que tal crítica se dirigiria exatamente ao Direito de Intervenção, servindo este último, em verdade, para evitar que surjam os sistemas penais paralelos.
- 50) A tese construída por Hassemer propugna exatamente pela criação de um sistema sancionador em que, de fato, não se terá as mesmas garantias que o direito penal, mas haverá garantias transpostas do direito penal, sendo, inclusive, a relação entre as searas uma marca desta proposta.
- 51) Outra crítica formulada ao denominado Direito de Intervenção é a de que ele implicaria um retorno ao denominado direito penal de classes, reservando-se a severidade das sanções penais para prestidigitadores simples e, no entanto, resguardando o Direito de Intervenção para os delinqüentes econômicos.
- 52) Contudo, a distinção realizada por uma proposta que dê aos bens supraindividuais tratamento distinto daquele dado ao direito penal

tradicional, não se faz com fundamento na qualidade dos agentes que praticam os delitos. Da análise da proposta de Hassemer premente observar que a distinção realizada é feita base no objeto da tutela, nas conseqüências jurídicas, na necessidade da intervenção penal, na eficiência da intervenção penal e, sobretudo, na compatibilidade dos direitos e garantias do direito penal com a intervenção tocante a estes novos bens, em que surge, por exemplo, a necessidade de apenar pessoas jurídicas.

- 53)A teoria seria, ainda, para os críticos, individualista e representante do pensamento liberal burguês, o que se amalgama à crítica concernente à pretensa formação de um direito penal de classes.
- 54)Sucedo que, como se pode delinear acerca da teoria que defende o direito de intervenção, não preconiza Hassemer que os interesses transindividuais ou universais deixem de ser tutelados, mas que sejam tutelados através da via mais adequada, sem que haja sacrifícios das garantias e direitos conquistados ao longo da história do direito penal. Também não existe a defesa de que a crimes patrimoniais esteja reservada a prisão, mas que o direito penal continue a proteger os bens individuais, o que implica a aplicação também do princípio da proporcionalidade, devendo o cárcere ter sua necessidade também avaliada, por conseguinte.
- 55)A análise da Lei 12.846/2013 permite concluir que ela surgiu para apenar pessoas jurídicas por atos de corrupção, veiculando uma série de sanções graves (de caráter mais grave do que as sanções, tradicionalmente, de natureza administrativa), adotando institutos de ordem penal (acordo de leniência e *compliance*).
- 56)A Lei 12.846/2013 não versa apenas acerca dos delitos de corrupção previstos no Código Penal, mas sobre atos lesivos à administração pública, estendendo-se por sobre fatos que serão tipificados através da Lei 8.666 ou de outros diplomas, como o Decreto-Lei 201/67 e o próprio Código Penal.



- 57) Busca-se, ainda, através da Nova Lei, exercitar uma função preventiva, uma atuação pretérita ao cometimento dos atos ilícitos (através do instituto que se examina precipuamente no trabalho – o *compliance*), razão pela qual se percebe a estratégia de gestão de riscos.
- 58) Trata-se de uma lei que surgiu em uma situação de emergência e que não veicula responsabilização penal apenas porque o Brasil não a admite na hipótese.
- 59) A finalidade da Lei, diferente de uma Lei penal (vide artigo 59, do Código Penal, que estipula que a pena deve ser pensada para que retribua e previna devidamente o delito), não é a de obter punição proporcional ao delito ou reinserir quem quer que seja, mas: a) como toda norma com natureza de sanção negativa, dissuadir comportamentos indevidos; b) veicular um dever às pessoas jurídicas de evitar riscos, através da adoção de programas de *compliance*, de sorte a evitar, *ex ante*, a prática de delitos.
- 60) Considerando a crítica segundo a qual o direito penal está se espraiando e o pensamento de que o direito administrativo-sancionador pode se constituir em direito de intervenção, desde que seja sistematizado, inclusive com a previsão das devidas garantias, se tem, mais do que uma constatação da natureza da legislação, uma necessidade inerente à proteção do Estado do Direito de manifestações punitivas excessivas e desarrazoadas.
- 61) Alguns elementos, precipuamente, corroboram tal compreensão, a saber: a) o histórico, o contexto de surgimento da lei e sua finalidade; b) a clara distinção entre “responsabilização administrativa” e “responsabilização judicial” realizada pela Lei; c) a gravidade das sanções previstas para a denominada “responsabilização judicial”; d) a vinculação de tais sanções a comportamentos marcadamente penais ou objetos da incidência de tipos penais, a revelar que se tem a incidência das normas por sobre comportamentos que teriam a denominada dignidade penal, muito

embora não se possa falar em prisão, mesmo porque o diploma se volta à punição de pessoas jurídicas.

- 62) Distinguindo-se, ainda, os âmbitos através da proposta de Hassemer, ao propor o direito de intervenção, tem-se que a nova legislação não prevê a prisão, possui viés preventivo primário e técnico, além de congregar normas de diversos matizes, havendo interrelação entre normas cujo conteúdo remete a diversas searas em seu bojo.
- 63) Efetivamente, não se tem na adoção da nomenclatura para a seara como “direito administrativo-sancionador” ou “direito sancionador”, efetivamente, um problema, conquanto seja a aplicação da Lei sistematizada considerando a necessidade de que sejam observadas certas garantias e direitos, inerentes ao direito penal, ante o conteúdo sancionatório severo que o diploma carrega.
- 64) O reconhecimento da severidade da Lei 12846/2013 e de sua natureza, perpassa ainda a identificação de seu viés preventivo, o que permite a análise dos efeitos da instituição de um regime de *compliance*, como excludente de responsabilidade consoante o referido diploma.
- 65) Observa-se na Lei 12.846/2013 que existe a previsão do dever de reparar a Administração Pública, acaso haja prática de atos descritos pelo art. 5º, assim como de imposição de sanções graves.
- 66) As graves sanções previstas na Lei 12.846/2013 se subdividem entre as que podem ser aplicadas pela própria Administração Pública e Judiciário (multa e publicação da decisão condenatória), e aquelas que apenas podem ser aplicadas pelo Judiciário (e. g., dissolução da pessoa jurídica).
- 67) A Lei Anticorrupção positivou norma através da qual se deve levar em consideração, na aplicação das sanções previstas na Lei: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade e aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” (art. 7º, VIII, Lei n. 12.846/2013).

- 68) Efetivamente, o que está a Lei Anticorrupção a dizer, através de seu conteúdo positivado é que o aplicador do direito, para impor sanções previstas na Lei Anticorrupção, deve avaliar a adoção, pela pessoa jurídica, de uma série de fatores que determinam seu comprometimento em evitar condutas delitivas, inclusive através da adoção de mecanismos de dissuasão de tais práticas com relação a seus funcionários.
- 69) O dispositivo referido, assim, veicula a obrigação de que para fins de estabelecimento de sanção à pessoa jurídica, deve ser analisado se foi por ele adotado um regime de *compliance*.
- 70) *Compliance* ou programa de comprometimento é instrumento de contenção de riscos, um meio para evitar perigos, se afigurando enquanto novidade hodierna. Constitui-se, assim, como comprometimento da empresa com o cumprimento do ordenamento, mediante criação de código de conduta ético interno, com vistas a alcançar tal finalidade, através da proibição de condutas arriscadas e estruturação de cultura ética na empresa, apurando os comportamentos desviados e os sancionando. Representa exatamente as ideias de prevenção primária e prevenção técnica atinentes ao direito de intervenção e deve ser um elemento central para aferição da responsabilidade de uma empresa por ato definido como ilícito pela Lei 12.846/2013.
- 71) Com o estímulo a adoção de programas de comprometimento, o que se quer é fazer com que as próprias pessoas jurídicas se tornem responsáveis por conter as condutas arriscadas, através de um código interno de conduta, além de fiscalizar a ocorrência de práticas indevidas, por essa razão, atento ao conceito de *compliance*.
- 72) O *compliance* é o resultado do planejamento correlacionados aos riscos, de sorte que seus elementos são aquelas listados como necessários no planejamento da terceira fase e quarta fase de elaboração do programa de comprometimento, a saber: a) fomento a uma cultura organizacional de comprometimento com o cumprimento do ordenamento; b) estabelecimento de padrões de comportamento e códigos de conduta; c)

comprometimento da alta direção da organização com o programa; d) comunicação de integrantes da organização acerca do programa e sua capacitação contínua; e) monitoramento e análise do sistema para sua renovação e correção de seus equívocos; f) formulação de um sistema para denúncias internas; g) a adoção de mecanismos disciplinares e de incentivo internos; h) a reação adequada e a atualização permanente do modelo; i) formulação de um sistema através do qual se torna possível atualizar e alterar o programa de comprometimento da organização.

73) A Lei 12.846/2013 não estabelece expressamente qual deve ser a consequência efetiva da adoção de um programa de comprometimento. É dizer, a Lei não estabelece se o *compliance* deve atenuar a sanção ou, até mesmo, obstar sua imposição. Por outro lado, inequivocamente, o legislador pretendeu veicular hipótese de responsabilização objetiva, através da positivação do diploma, o que obstaria que o *compliance* fosse examinado como elemento que excluísse a responsabilidade.

74) A doutrina, em sua maioria entende que a adoção de programas de comprometimento deve servir como atenuante. Com efeito, entende-se, que a previsão, no art. 7º, VIII, como critério para estabelecimento das sanções, da verificação da existência de programas de *compliance*, veicula que a efetiva adoção do programa implicará uma atenuação da sanção

75) A documentação atinente à legislação, consoante acima analisado, permite concluir, inclusive, que disposição que excepcionava a responsabilidade objetiva, no tocante à imposição das sanções previstas pelo art. 19, foi vetada, sob o fundamento de que a intenção legislativa era de criar uma responsabilidade objetiva.

76) A intenção do legislador não é o único elemento necessário para que se interprete um diploma, sobretudo quando veicula ele sanções graves e que incidem sobre direitos fundamentais.

77) Efetivamente, o direito não alberga qualquer política ou qualquer pretensão legislativa, por melhores que sejam as intenções do legislador,

pois às inovações também são impostos freios constitucionais, infralegais e legais.

78) De fato, ao legislador não é dado inovar no sistema jurídico de maneira ilimitada e irrefreável, sendo-lhe aplicável o princípio da proporcionalidade, para fins de observância dos direitos fundamentais, para além de o direito precisar possuir coerência interna.

79) Efetivamente, a análise da Lei 12.846/2013 permite observar que se trata de diploma voltado à responsabilização de pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública (conforme previsão do art. 5º). Tal responsabilização seria, conforme pretensão do legislador, supostamente, objetiva, ou seja, bastaria a comprovação da conduta de algum funcionário, enquadrada pelo art. 5º da Lei, e o nexo de causalidade com um ato de lesão à Administração Pública, para que fosse responsabilizada a pessoa jurídica.

80) Identifica-se que não há óbice para a responsabilização de pessoas jurídicas em um corpo normativo de Direito de Intervenção, muito embora seja muito criticada na doutrina a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

81) A finalidade da Lei 12.846/2013, de fato, é obter prevenção primária em relação ao cometimento de delitos de corrupção, veiculando, como objetivo precípuo a obtenção de comprometimento ético das empresas com o referido diploma. Nessa linha, o *compliance* adquire especial relevo, em razão de significar exatamente a adoção pelas empresas de um programa de comprometimento com o ordenamento, através da adoção de um código de conduta, da criação de mecanismos de persecução correlacionados a descumprimentos desse código, de revisão do código, de fiscalização e de denúncia das condutas que o infringem. O código deve ser, ainda, objeto de comprometimento da alta diretoria.

82) De fato, um dever de obstar a prática de crimes não pode ser atribuído ao particular, senão o dever de fazer o possível para evitar que a prática delitativa ocorra, exurgindo a implantação de um programa de

comprometimento como medida efetiva de prevenção técnica, na trilha do quanto preconizado por Hassemer, que é exatamente uma das marcas do direito interventivo.

- 83) A fundamentação para a compreensão dos programas de comprometimento enquanto elementos que obstam a imposição de sanções às pessoas jurídicas, por atos definidos em seu art. 5º, deve ser feita não apenas em razão da natureza de suas sanções, mas em razão de: a) da gravidade das sanções; b) da finalidade das sanções e da Lei 12.846/2013, decorrentes de sua análise e posterior enquadramento no direito de intervenção; c) análise da possibilidade de apenar pessoas jurídicas, nesse âmbito; d) análise de limites dessa responsabilização.
- 84) Efetivamente, a adoção de programas de comprometimento deve obstar a responsabilização pelas sanções atinentes à chamada responsabilização administrativa, assim como da denominada responsabilização judicial.
- 85) Consoante já se pôde constatar, a finalidade da Lei 12.846/2013 apenas pode ser obter o comprometimento ético das pessoas jurídicas com o cumprimento do ordenamento e, assim sendo, a Lei é teleologicamente orientada para admitir que a adoção de regimes de comprometimento deve obstar a responsabilização. Isso porque, a comprometimento das pessoas jurídicas é o que se pode razoavelmente exigir, não sendo possível veicular uma obrigação de impedir a prática de delitos por parte de funcionários.
- 86) Nesse sentido, uma responsabilização objetiva, pura simplesmente decorrente da prática de um ato definido no art. 5º do diploma por um funcionário da empresa, para sancionar a pessoa jurídica, é contrária ao sentido teleológico do diploma e a adoção de um referencial ético das pessoas jurídicas. A prevenção primária de que trata o direito de intervenção, ou prevenção técnica, como acima delineada, foi atingida na máxima medida possível, não sendo possível sancionar a pessoa jurídica.

- 87)A sanção tem poder de coerção, se for possível agir de acordo com o direito, não sendo possível, ela é mero arbítrio, mero exercício, carente de finalidade, do poder de punir.
- 88)Considerando os contornos delineados acerca do *compliance*, premente concluir que existe um óbice a uma responsabilização de empresas que adotam o regime de *compliance*, ainda, em razão mesmo de a implantação de um programa efetivo implicar a não assunção do risco e realização de todos os atos possíveis, mesmo porque, está a falar sanções, e não de ressarcimento. Nessa linha, haveria uma incongruência lógica entre a imposição de responsabilização para pessoas jurídicas que adotam o *compliance*, porquanto a responsabilidade objetiva é calcada na teoria do risco.
- 89)De fato: a) a responsabilidade objetiva, no direito pátrio, é uma excepcionalidade, mesmo para o ressarcimento de danos; b) decorre desta excepcionalidade, como consequência da aplicação do princípio da proporcionalidade, que a responsabilidade objetiva seja aplicável ao direito de intervenção, no que toca a seus elementos sancionatórios.
- 90)Privilegia-se quando se impõe a responsabilidade objetiva o direito do sujeito passivo de um ato ilícito de ter o dano reparado. Deveras, acaso tenha a empresa lucrado com ato de seu preposto, deve necessariamente ressarcir o erário, em razão de ser vedado o enriquecimento ilícito.
- 91)Entretantes, no que concerne à responsabilidade-sanção, a expectativa é que através dela se obtenha um certo comportamento da empresa, o que, a teor da Lei 12.846/2013, apenas pode ser a adoção de um regime razoável de *compliance*.
- 92)Diante disso, premente é considerar que a responsabilização objetiva, para fins de imposição de responsabilidade-sanção, deve ser vedada pelo direito de intervenção, afigurando-se a responsabilidade subjetiva enquanto princípio deste direito.
- 93)Nessa trilha, premente observar que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica objetiva seria vedada no âmbito do Direito de Intervenção,

acaso entendida como a possibilidade de a responsabilização (pelas punições) ser uma conseqüência necessária e, basicamente, automática (ressalvada a necessidade de o Judiciário e/ou a Administração Pública serem acionados), da ocorrência de quaisquer dos atos previstos no art. 5º do diploma.

94) Surgem como princípios que devem ser aplicados ao direito de intervenção os seguintes: princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade e princípio da responsabilização subjetiva, a fim de entender o *compliance* enquanto instituto que, acaso adotado, obsta a responsabilização (objetiva) da pessoa jurídica por punições previstas na Lei 12.846/2013.

95) Nessa linha, observa-se que no tocante à responsabilidade-sanção, não se pode cogitar legítima a responsabilização objetiva, sob pena de a sanção figurar meramente como arbítrio, diante da finalidade razoavelmente exigível do diploma. A obrigação de observar que o direito não pode fazer exigências desarrazoadas, por sua vez, decorre da máxima da proporcionalidade, uma vez que as sanções previstas no diploma são graves e incidem sobre direitos fundamentais. Daí se concluir que o princípio da responsabilização subjetiva deve ser transposto para o Direito de Intervenção.

96) De fato, o direito de intervenção não passa ao largo de garantias e finalidades específicas, como toda seara específica. Nessa trilha, premente observar que se o legislador optou por impor às pessoas jurídicas, através da Lei 12.846/2013, sanções graves, mais graves até do que aquelas sanções previstas para as pessoas jurídicas que cometem crimes consoante definição da Lei 9.605/1998, por imposição do princípio da proporcionalidade, devem também ser protegidas garantias das pessoas jurídicas, sob pena de ao direito fundamental ao patrimônio e também da liberdade de associação serem reduzidos a uma medida inconstitucional.



- 97) Decorre da máxima da proporcionalidade a noção de intervenção necessária e adequada, para além de, evidentemente, decorrerem de sua lógica diversas das garantias que impõem peias ao direito penal, que se afigura enquanto instrumento cirúrgico ou *ultima ratio*. Destarte, também o Direito de Intervenção deve ter suas peias.
- 98) Assim, adotados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade pelo Direito de Intervenção, necessário atendê-los, a fim de obstar a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, que implicaria arbítrio, uma vez que não seria capaz de cumprir qualquer finalidade.
- 99) A responsabilidade subjetiva é um pressuposto para imposição de uma sanção teleologicamente orientada a obter o cumprimento da norma, pois apenas se pode apenar, nesse caso, quem deliberadamente escolhe violar o ordenamento, sabendo que o está violando. No tocante à pessoa jurídica, não se pode observar estes predicados de natureza psicológica, daí porque, como será abordado adiante, surge a dimensão de responsabilidade social e cultura da empresa, para que seja possível realizar um juízo de desvalor de sua atuação perante a sociedade. No âmbito do direito penal, de fato, se entremostra complicada a adoção da responsabilidade da pessoa jurídica, por todas as razões supra-expendidas, mesmo considerando esta construção, problema este que não viceja no direito de intervenção.
- 100) Nesse sentido, defende-se nesse trabalho, após análise da Lei 12.846/2013 no contexto das discussões acerca da expansão do poder de punir e da necessidade de estender as garantias e conter a expansão, do *compliance*, enquanto elemento central para compreensão do diploma, da responsabilidade pretensamente objetiva e da necessidade de valorar as condutas, quando se fizer presente hipótese de responsabilidade-sancão, que o comprometimento da empresa, através da adoção de um programa de *compliance*, seja o elemento examinado para verificar sua culpabilidade, em uma dimensão de responsabilidade social e de cultura

ética da pessoa jurídica, a fim de obstar um sistema draconiano e que não poderia repousar validamente no ordenamento pátrio.

- 101) As razões para que a adoção do programa de *compliance* obste a sanção são anotam a desnecessidade do acordo de leniência, embora a cooperação seja, efetivamente, necessária. De fato, se o comprometimento ou não da empresa com os parâmetros éticos, através da adoção de um regime de *compliance*, é que definirá a existência de desvalor social no comportamento da empresa, certo é que se trata de elemento que, acaso existente, afasta a responsabilidade-sancionatória.
- 102) O acordo de leniência deve restar reservado para as hipóteses em que a empresa se veja enredada em uma das situações descritas no art. 5º e não tenha adotado um regime de comprometimento, a fim de que venha a afastar a aplicação de pena ou a atenuação, em razão de existir o desvalor da conduta.
- 103) O *compliance officer* não pode ser entendido como garantidor e, ainda que haja culpabilidade no comportamento da pessoa jurídica, entendida como responsabilidade social e cultura, o que seria possível no âmbito do Direito de Intervenção, não pode ser objeto da intervenção penal.
- 104) Eventual falha no programa de *compliance* não pode ser, automaticamente, ensejadora de responsabilização do *compliance officer*, sob pena de ser inaugurada responsabilização penal objetiva, vedada pelo ordenamento pátrio, para além de se afigurar violada a legalidade e a razoabilidade.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2001

ARAÚJO, Vaneska Donato de. *Noções gerais sobre o direito empresarial*. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Direito de empresas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008

ARTAZA, Osvaldo. *Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal in Política criminal*. Vol. 8, Nº 16, Dez/2013, p. 544-573, p. 548. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/vol\\_08/n\\_16/Vol8N16A6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A6.pdf). Acesso em: 24.11.2014 às 22:56

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal: prevención de la responsabilidad penal de directivos y de empresas*. Buenos Aires, Hammurabi, 2012

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002

BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. In: Revista do IBCCrim, ano 2, 1994

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. *A culpabilidade na responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 207 fls. 2014. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2014

BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol. 59, p. 303, jan/2013. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br)

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção: Lei 12.846/2013*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. *A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. *Nova lei anticorrupção vai estimular compliance*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-06/direito-defesa-lei-anticorruptao-estimular-compliance>>. Acesso em 11 de novembro de 2014, às 23:20.

BRANCO, Fernando Castelo; FIGUEIREDO, Frederico Crissiúma de; FORTE, Gustavo Neves. *Os escritório de advocacia, a nova Lei Anticorrupção Empresarial e os mecanismos de compliance*. In: CESA-Anuário 2013, p. 60-64, 2013

BRANDÃO, Nuno. O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal, p. 3 e 13. Disponível em: [www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/regimesancionapcolectnb.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/regimesancionapcolectnb.pdf). Acesso em: 12.02.2015, às 23:59.

BRASIL, Decreto n. 3678 de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm). Acesso em: 28.10.2014 às 23:11.

BRASIL, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013: Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm)>. Acesso em 12.01.2015, às 20:56

BRASIL, Projeto de lei da câmara nº 39, de 2013 (nº 6.826/2010, na Casa de origem). Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1>>. Acesso em 29.10.2014 às 04:30.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998: dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 13.12.2014, às 12:26.

CAMES, Orlando Stevens. *A nova lei anticorrupção*. In: Revista de Direito Empresarial, b. 37, mar-abr/2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de direito. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>. Acesso em 19.02.2015, às 16:03

CARDOSO, Fernando Navarro. *Infracción administrativ y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Madrid, Colex, 2001

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 4 ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011

\_\_\_\_\_. *Observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea*. In: Criminologia e Subjetividade. Rio de Janeiro: lúmen júris, 2005

CHOUKR, Hassan Fauzi. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2002.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para intervenção jurídico-penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 50, p. 237, Set/2004. Disponível: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 04.12.2015, às 01:08

CORACINI, Celso Eduardo Faria. *Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para intervenção jurídico-penal*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 50, p. 237, Set/2004. Disponível: <<https://www.revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 04.12.2015, às 01:08

COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance e o julgamento da APN 470*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.

106/2014, p. 215, Jan/2014. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 24.12.2014, às 19:14.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999

DIP, Ricardo. *Tipo objetivo e personalização penal*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014

DOS SANTOS, Juarez Cirino, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, p. 286 e 287 in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá. *As funções da pena para as pessoas jurídicas: a responsabilização penal da pessoa jurídica analisada à da teoria dialético-unificadora*. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (org.). Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Vol. 2. São Paulo, FECOMÉRCIOSP, 2014

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Panorama crítico da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014

FELDENS, Luciano. *Impactos da lei anticorrupção*. In: Revista de direito empresarial, n. 37, mar-abr/2014

FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. In: Discursos sediciosos crime, Direito e Sociedade. ano 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011

HASSEMER, Winfried, *Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal*. In: Revista de estudos criminais, 2008

\_\_\_\_\_. *Características e crises do moderno direito penal*. In: Revista de Estudos Criminais, Ano 2, 2003, n. 8, 54-66, PUC-RS

\_\_\_\_\_. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008

\_\_\_\_\_. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. In: Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: RT, 08, pg.49, outubro/1994

\_\_\_\_\_. *Três Temas de Direito Penal*. Coleção Estudos: Escola Superior do Ministério Público. Rio Grande do Sul, 1993.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Da (des)legitimação da tutela penal da ordem econômica: simbolismo, ineficiência e desnecessidade do direito penal econômico*. 432 fls. 2011. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. Recife. 2011

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal, vol. IX*. Rio de Janeiro, Forense, 1958

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Granada, Comares, p. 205; ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid, Civitas, 1997

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Porto Alegre: Ed. Lumen Juris. 2º. Ed. 2009

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Procedimento e sanções na lei anticorrupção in Revista dos Tribunais*, RT 947, Setembro de 2014

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Lei anticorrupção torna relevante comportamento da empresa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-01/paulo-lucon-lei-anticorruptcao-torna-relevante-comportamento-empresa>>. Acesso em: 27.12.2014, às 00:45

LUIZI, Luiz. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações*. in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade*



*penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

LUZ, Denise. *Improbidade administrativa e o devido processo legal: valorando as garantias constitucionais penais para a composição de um espaço próprio no direito administrativo sancionador brasileiro*. 2012. 182 fls. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012

LUZ, Yuri Corrêa da. *O combate à corrupção entre direito penal e direito administrativo sancionador*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 89, p. 429, mar/2011. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 05.12.2014, às 00:16

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais in DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (org.). Temas de anticorrupção e *compliance* Rio de Janeiro, Elsevier, 2013

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. V. 2. São Paulo, Saraiva, 1956

MARTÍN, Luís Gracia. *La cuestión de La responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, p. 117, in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

\_\_\_\_\_. *Prolegômenos para luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 2006

MARTINEZ, Maria Beatriz. *Programas de compliance e a defesa da concorrência perspectivas para o Brasil*. In: Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 12, p. 153, Jan/2005, DTR\2011\2052. Disponível para assinantes em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em: 25.11.2014

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007

MORAES, Maurício Zanóide. *O problema da tipicidade nos crimes contra as relações de consumo*. In SALOMÃO, Heloísa Estelita (coordenadora). *Direito penal empresarial*. São Paulo: Dialética, 2001

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 331 a 352

MUKAI, Sylvio Toshiro. *Responsabilidade objetiva administrativa na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. In: *Revista de Direito Empresarial*, b. 37, mar-abr/2014

MUKAI, Toshio. *Comentário à Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013: lei anticorrupção contra pessoa física e jurídica de direito privado*. In: *Revista de Direito Empresarial*, b. 37, mar-abr., 2014

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira; FREITAS, Rafael Vêras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART\\_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al\\_Lei-Anticorruptao.pdf](http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptao.pdf). Acesso em: 04.10.2014

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo, Quartier Latin, 2006

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro*. 256 fls. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. 256 fls. 2012

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005

PACHECO, Mariana Pimentel Rischer. Lei anticorrupção estimula redes de governança. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/mariana-pacheco-lei-anticorruptao-estimula-formacao-redes-governanca>. Acesso em: 11 de novembro de 2014, às 23:31.

PAGOTTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil in* DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro, Elsevir, 2013

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo, Saraiva, 2014

POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2010

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. In: *Revista do IBCCrim*. São Paulo: março-abril de 2004, nº 47

QUEIROZ, Paulo. *Por que defendo um direito penal mínimo*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/por-que-defendo-um-direito-penal-minimo/>>. Acesso em 20.02.2015, às 04:28.

RODRÍGUEZ, Laura Zuñiga. *Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ?hacia una “administrativización”del derecho penal o una “penalización”del derecho administrativo sancionador?* In MARTIN, Adán Nieto (coordinador). *Homenaje Al Dr. Marino Barbero Santos*. In *Memorian*. Cuenca, 2001

ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Estudo comparativo entre as Leis 8.429/1992 e 12.846/2013*. In: *Revista dos Tribunais*, RT 947, Setembro de 2014

ROSENBERG, Hillary. *The U.S. foreign corrupt practices act: eradicating corruption in U.S. and non-U.S. companies in* *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 399, Set. 2014. Disponível para assinantes em:<<HTTP://WWW.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 12 de novembro de 2014, às 00:26

ROSENBERG, Hillary; KAUFMANN; Adam S.; PLOCHOCKI, Tara J. *The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: eradicating corruption in U.S. and non U.S. companies*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947, p. 399, Set/2014. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 01.11.2015

ROTSCH, Thomas. *Criminal compliance*, p. 2. Disponível em: [www.indret.com/pdf/876a.pdf](http://www.indret.com/pdf/876a.pdf). Acesso em 15.02.2015

- ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid, Civitas, 1997
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008
- RUGGIERO, Vincenzo. RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008
- SAAD-DINIZ, Eduardo. *O sentido normativo dos programas de compliance na APN 470/MG*. In: Revista dos Tribunais, vol. 933/2013, p. 151, Jul/2013. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em: 04.11.2014, às 10:29
- SANCHEZ, Bernardo Feijoo. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI*. Disponível em: < [http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/84-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/84-ARTIGO)>. Acesso em: 20.02.2015, às 04:03
- SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *A expansão do direito penal*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011
- SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999
- SANTANA, Selma Pereira de. *A tensão dialética entre os ideais de ‘garantia’, ‘eficiência’ e ‘funcionalidade’*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, n. 52, jan./fev. 2005
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Matheus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013*. 1 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014
- SANTOS, Maurício Januzzi Santos. *Criminal compliance: o direito penal aplicado em seu viés preventivo*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 29/2010, p. 231, Jan/2012, DTR\2012\44804.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996

SEVERIN, Carlos Versele. *A cifra dourada da delinqüência*. In: Revista de direito penal, n. 27, v. 1, Rio de Janeiro, Forense, Jan-Jun, 1979.

SHAKESPEARE, William. Romeu e Julieta. Disponível em: <http://www.psb40.org.br/bib/b367.pdf>. Acesso em: 20.02.2015, às 02:26.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e nossa recente legislação *in* GOMES, Luiz Flávio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro*. In Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol. 56/2012, p. 293, Abr/2012, DTR\2012\44739. Disponível para assinantes em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 25.11.2014, às 10:09.

\_\_\_\_\_. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: < [juridico.visaonet.com.br/artigos/juridica.doc](http://juridico.visaonet.com.br/artigos/juridica.doc)>. Acesso em 14.01.2015, às 23:24.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminal compliance e as novas feições do direito penal econômico in Revista de direito bancário e do mercado de capitais, vol. 59, p. 281, jan/2013, DTR\2013\2552. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br](http://www.revistadostribunais.com.br). Acesso em 12.12.2014, às 02:14

STOLZE, Pablo. Responsabilidade dos Bancos por Assaltos em Terminais Eletrônicos. Disponível em: <[http://www.pablostolze.com.br/upload/1219114210\\_47001\\_78094.pdf](http://www.pablostolze.com.br/upload/1219114210_47001_78094.pdf)>. Acesso 26 jun. 2008.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção, Revista dos tribunais, Rt 947, Setembro de 2014

TANGERINO, Davi de Paiva. *Culpabilidade e responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 86, p. 36, Set. 2010. Disponível em: <[HTTPS:\www.revistadostribunais.com.br](https://www.revistadostribunais.com.br)>. Acesso em 20.11.2014, às 21:20.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2002

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima, Grijley, 2007

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013*. In: Revista dos Tribunais, RT 947, Setembro de 2014

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo*. Espanha, Aranzadi, 2008

UNITED STATES OF AMERICA. 2014 Guidelines Manual. Disponível em: <<http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf>>. Acesso em: 25.11.2014, às 22:50.

WELLNER, Philip A. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. In: Cardoso Law review, p. 498. Disponível em: [www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf](http://www.friedfrank.com/sitefiles/publications/cdb6714353b1b712d3a5db85f508483e.pdf). Acesso em: 12.02.2014, às 00:06.

ZAFFARONI, E.Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del derecho penal*. 1ª. ed. Buenos Aires, Ediar, 2009

\_\_\_\_\_. *Hacia un realismo juridico-penal marginal*. Caracas, Monte Ávila, 1993

\_\_\_\_\_. Parecer a Nilo Batista sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Responsabilidade penal da*

*pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

\_\_\_\_\_. *Parecer a Nilo Batista sobre responsabilidade penal da pessoa jurídica in PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3 ed. rev. e atua.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo, Palas Athena, 2008

#### **SITES:**

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131960&tp=1>

<http://nupps.usp.br/corrupteca/?institutional=a-corrupteca>

<http://www.soqlaw.com/index.htm>

<http://nupps.usp.br/corrupteca/?national=jorge-hage-fala-da-lei-anticorruptcao>

[http://www.sec.gov/marketstructure/index.html#.VO\\_qYPnF\\_T8](http://www.sec.gov/marketstructure/index.html#.VO_qYPnF_T8)

*Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook*. Disponível em: <

<http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>>.

Acesso em 01.12.2014, às 21:52.

*Good practice guidance on internal controls, ethics, and compliance*. Disponível

em: < [http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-](http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf)

[briberyconvention/44884389.pdf](http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf)>. Acesso em: 11.12.2014, às 22:00.

[http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171488702#.VPOkTfnF\\_T8](http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171488702#.VPOkTfnF_T8)

<http://www.sec.gov/litigation/complaints/2012/comp-pr2012-78.pdf>

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20121008\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf)