

# CRIMINALIDADE EMPRESARIAL E COMPLIANCE: OS CRIMINALISTAS E O SEU NOVO PAPEL DE GERENCIAMENTO DE RISCOS

CORPORATE CRIME AND COMPLIANCE: CRIMINAL LAWYERS AND THE NEW ROLE OF RISK MANAGEMENT

**Débora Motta Cardoso**

Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.  
Professora no Curso de Especialização em *Compliance* da PUC/COGAE.  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3188-8535>

## RESUMO

O presente artigo analisa brevemente as novas possibilidades de atuação do advogado criminalista no cenário empresarial, levando-se em conta os mecanismos de controle impostos pelo *compliance*. Para tanto, ele diferencia *compliance*, de *criminal compliance*, apresentando o ponto de intersecção do instituto com o direito penal. Conclui-se que no ambiente corporativo, as regras de cumprimento normativo possibilitam ao advogado assumir o papel de preservação da reputação da empresa e de seus gestores, na prevenção de crimes e no mapeamento de riscos, ultrapassando-se a ideia clássica de defesa criminal.

**Palavras chave:** Criminal *Compliance*. Crimes empresariais e lavagem de dinheiro. Gerenciamento de riscos. Direito penal.

## ABSTRACT

This article briefly analyzes the new possibilities for the criminal lawyer in the business scenario, considering the control mechanisms imposed by *compliance*. To this end, it differentiates *compliance* from *criminal compliance*, presenting the point of intersection of the institute with criminal law. It is concluded that in the corporate environment, the rules of regulatory *compliance* enable the lawyer to assume the role of preserving the reputation of the company and managers, in preventing crimes and *compliance* risks assessments going beyond the classic idea of criminal defense.

**Keywords:** Criminal Compliance. Corporate crimes and money laundering. Risk management. Criminal law.

É indiscutível a relevância jurídico-penal que o *compliance* adquiriu nos últimos anos, muito embora não se desconheça que instrumentos de controle das atividades empresariais já existem há décadas. Em verdade, trata-se de leituras distintas de um mesmo conceito, que vem se modificando na toada das demandas socioeconômicas.<sup>1</sup> De tal sorte, enquanto o alcance do termo no ambiente empresarial relaciona-se com a certificação de que as atividades rotineiras desempenhadas pelos colaboradores e gestores, *tone from the top*, estão em conformidade com a legalidade em seu sentido amplo, vale dizer, atendem desde as obrigações procedentes da lei até as diretrizes internas, em especial o código de conduta corporativa, no cenário jurídico-penal, ele guarda afinidade direta com a imposição de sanções aos autores de crime, notadamente, àqueles que descumprem seus deveres de garante.<sup>2</sup>

O *compliance* disseminado ao longo dos anos no ambiente corporativo tem sido aplicado rotineiramente nas empresas e se manifesta em programas permanentes de incentivos à prática de condutas éticas em conformidade com o direito e a consequente punição daqueles que as descumprem; em canais de denúncia para que os desvios de condutas possam ser relatados, inclusive de forma anônima; em ferramentas que buscam melhorias operacionais no monitoramento das atividades diárias; como também, em controles internos e auditorias que visam detectar as condutas praticadas em desconformidade com as normas legais e regulamentares, em conjunto com a adoção de medidas preventivas de cometimento

de novas irregularidades. Ocorre, entretanto, que todas essas construções têm passado, em uma medida ou em outra, a orbitar em torno de mecanismos de prevenção à criminalidade empresarial, fomentando o surgimento de um novo mercado.<sup>3</sup>

Avaliando, grosso modo, a motivação para o alargamento do conceito, originariamente comprometido em assegurar transparência e confiabilidade no mundo dos negócios, através da adoção de ações passíveis de garantir segurança aos *stakeholders*<sup>4</sup> e estabilidade econômica<sup>5</sup> para o chamado *compliance* criminal, desponta como causa o incremento da criminalidade empresarial.

Neste cenário, um dos maiores desafios para o enfrentamento deste tipo de crime,<sup>6</sup> que é praticado no âmbito corporativo, se encontra na delimitação de critérios para imputação da responsabilidade penal dos membros da empresa, já que as teorias tradicionais para imputação de autoria e participação não respondem adequadamente ao problema, em razão das peculiaridades das organizações empresariais, especialmente daquelas mais complexas. Com isso, na prática, o que se tem notado em situações concretas nas quais várias pessoas se veem envolvidas em uma mesma decisão são barreiras à persecução penal complexas de serem ultrapassadas, sendo forçoso reconhecer as dificuldades em se identificar o agente diretamente envolvido com a conduta criminosa, sobretudo se a decisão em questão tiver sido tomada por um órgão colegiado, ou ainda, se o comando decisório, antes de ser validado, tenha percorrido uma longa linha de hierarquia funcional. O lado perverso

disso, que pode ser facilmente constatado em uma breve consulta jurisprudencial é que, muito embora a responsabilidade objetiva seja vedada em direito penal, a responsabilidade pela posição tem sido suficiente para imputar autoria delitiva, causando de forma quase automática a indisciplinada persecução penal em face de sócios, gestores e *compliance officers*, gerando consequentemente prejuízos reputacionais às empresas e aos seus representantes.<sup>7</sup>

Como se não bastasse, as recentes atividades jurisdicionais das cortes superiores têm demonstrado que o descumprimento dos deveres de *compliance* criminal vão muito além de sanções meramente administrativas, e a responsabilidade criminal vem sendo reconhecida com base na omissão de dever, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Ação Penal 470, no qual a condenação pelo delito de lavagem de dinheiro de dirigentes do chamado núcleo financeiro baseou-se em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo.<sup>8</sup> Neste ponto, ainda que se possa argumentar que se trata de um movimento global, que busca responsabilizar de forma mais eficiente os crimes empresariais, é possível conjecturar

que um maior número de condenações contrárias ao direito ocorra, visto a ampliação do espectro sancionatório e o significado punitivista nele contido.

Enfim, a realidade econômica contemporânea e os consequentes avanços na cultura de *compliance* trouxeram significativas mudanças ao cenário jurídico, provocando os criminalistas a reinventarem suas formas de interação com as organizações empresariais. Pelo que se nota, o ambiente corporativo demanda uma advocacia preventiva de gerenciamento de riscos, vale dizer, de identificação sistemática e contínua dos perigos criminais em potencial, associado aos danos e perdas que a empresa pode sofrer em decorrência do *non-compliance*.<sup>9</sup> Com isso, temos por certo que este tipo de prestação de serviços ultrapassa a clássica ideia de defesa criminal para assumir um papel de planejamento societário associado à administração de riscos. Ou seja, ao papel até então desempenhado pelo advogado criminalista, foi somada a importante função de preservar a reputação da empresa e de seus gestores e prevenir a prática de crimes no ambiente empresarial.

## NOTAS

<sup>1</sup> Ver, a esse respeito: NIETO MARTÍN, Adam. O cumprimento normativo. In: *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanc : São Paulo, 2019.

<sup>2</sup> Sobre o tema, ver: CARDOSO, Débora Motta. *Criminal Compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo: LiberArs, 2015. Como abordado por Cardoso, a atribuição da autoria delitiva em razão da omissão nos deveres de garantia é uma temática complexa, que muitas vezes leva a afirmação equivocada de que o *compliance officer* é sempre garantidor. Importante destacar que não se trata disso, pois a posição por ele desempenhada é composta por diversas atividades, que variam muito de empresa para empresa. Assim, é perfeitamente possível que o *compliance officer* não assuma contratualmente o dever de evitar a prática de crimes relacionados à atuação empresária ou tampouco seja ele o garantidor de fato. Em muitos casos, a sua atuação fica limitada a obrigação de avaliar os riscos e sugerir medidas de prevenção.

<sup>3</sup> As exigências legais decorrentes do *compliance* fomentaram a criação de um novo mercado, no qual estão compreendidos desde serviços como consultorias sobre a criação e implantação de programas de conformidade, palestras e treinamentos de funcionários, até a instalação e manutenção de sofisticados softwares para o monitoramento e identificação de operações suspeitas. Em razão dessa demanda e especialmente pelo temor causado em relação às consequências criminais decorrentes do “não estar em *compliance*”, uma nova indústria surgiu: a indústria do *compliance*. Neste sentido, ver: VERHAGE, Antoinette. Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains. *Journal of Money Laundering Control*, v. 12, n. 2, p. 3, 2009.

<sup>4</sup> *Stakeholders* é o termo que define as partes, pessoas físicas ou jurídicas interessadas na atividade de uma organização em razão de afetarem ou serem afetadas por essa atividade. São *stakeholders* os proprietários, funcionários, gestores, colaboradores, fornecedores, clientes, acionistas, entre outros.

<sup>5</sup> “Entre muchas cosas, há quedado palmariamente demostrado que los mercados financieros de hoy presentan riesgos potenciales muy graves para todas las economías nacionales, así como para todo el sistema económico mundial. Y es que lo que comenzó inicialmente como simples temblores en el mercado hipotecario de alto riesgo de los Estados Unidos, em cuestión de meses se convirtió em uma crisis global em toda regla, que ha estado a punto de incapacitar totalmente el sistema financiero mundial (...).” BERINI, A. G. de L.; SILVA SANCHES, Jesús-María (dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (coord.). *Autorregulación Empresarial, ordenamento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa*. In: *Criminalidad de empresa y compliance*. Barcelona : Atelier Libros Jurídicos, 2013.

<sup>6</sup> Note-se que delitos corporativos são aqueles nos quais os aspectos estruturais típicos de uma empresa são verdadeiramente primordiais para sua ocorrência. Nesse sentido, ver: RIOS, R. S. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, L. R.; DOTI, R. A. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 204.

<sup>7</sup> “Nowadays, a good corporate reputation is one of the main business assets responsible of sustained financial outcomes (Roberts and Dowling, 2002). This strategic is due to its own value-creation capability, and to its intangible character, because it makes corporate reputation quite hard to imitate by competitors, allowing maintaining a superior position [...] Although the intangible nature is a key characteristic in order to grant its relevance, it also makes very hard to perform a conceptual delimitation characterization and measurement.” CASTRO, G. M. de; LOPES, J. E. N.; SÁEZ, P. L. Business and Social Reputation: Exploring the Concept and Main of Main Dimensions of Corporate Reputation. *Journal of Business Ethics*, v. 63, p. 361, 2006.

<sup>8</sup> Saad-Diniz, ao analisar o julgamento da Ação Penal 470, bem ilustra o posicionamento até então inédito do Supremo Tribunal Federal quanto à responsabilização penal decorrente da omissão dos deveres de *compliance*: “Na AP 470, as incriminações dos dirigentes do ‘núcleo financeiro’ aplicaram a equiparação do art. 12 da antiga Lei 9.613/1998, admitindo a hipótese de lavagem e reconhecendo a relevância penal com base em mero descumprimento de obrigações de caráter administrativo. O sentido normativo atribuído à observância do dever de informar foi, de forma pouco convincente, delimitado com base na simples omissão de dever, com referência ao art. 12 da antiga Lei 9.613/1998. De forma indireta, o STF definiu também o sentido criminal dos programas de *compliance*, mas desde uma interpretação duvidosa, porque nem sempre o simples descumprimento significa a prática de um delito, assim como é possível cumprir os deveres e ainda assim realizar uma conduta típica de lavagem.” SAAD-DINIZ, Eduardo. O modelo brasileiro de prevenção à lavagem de dinheiro: as repercussões da Ação Penal 470. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 242, jan./2013.

<sup>9</sup> Discutindo o problema da criminalidade empresarial e do *compliance*, Saad-Diniz pondera que a mentalidade meramente repressora do direito penal tem sido substituída, gradativamente, pela ideia de prevenção às infrações econômicas. Ver: SAAD-DINIZ, E. A criminalidade empresarial e a cultura de *compliance*. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317/10853>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Autora convidada