

Notas

- (1) Dados de 2017 do Bureau of Justice Statistics. Disponível em: <<https://www.bjs.gov/index.cfm?tid=11&ty=tp>>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (2) Cf. WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2019; EDELMAN, Peter. Not a crime to be poor: the criminalization of poverty in America. New York: The New Press, 2017.
- (3) Cf. ALEXANDER, Michelle. A nova segregação. Racismo e encarceramento em massa. Trad. Pedro Davoglio. São Paulo: Boitempo, 2017; TONRY, Michael. Punishing race: a continuing American dilemma. Oxford: Oxford University Press, 2011; PAGER, Devah. Marked: Race, crime, and finding work in an era of mass incarceration. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.
- (4) Cf. FLEURY-STEINER, Benjamin; LONGAZEL, Jamie. The pains of mass imprisonment. New York: Routledge, 2014.
- (5) Dados disponíveis em: <<https://www.sentencingproject.org/publications/private-prisons-united-states/>>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (6) WACQUANT, Loïc., op. cit., p. 286-287.
- (7) WACQUANT, Loïc., op. cit., p. 294-295.
- (8) Sobre a criminalização dos imigrantes, cf. GOTTSCHALK, Marie. Caught: the prison state and the lockdown of American politics. Princeton: Princeton University Press, 2015, p. 215 e ss.
- (9) Ibid, p. 1.
- (10) Para uma análise desse e outros casos, cf. SIMON, Jonathan. Mass incarceration on trial: a remarkable court decision and the future of prisons in America.

New York: The New Press, 2014.

- (11) WACQUANT, Loïc., op. cit., p. 268.
- (12) Disponível em: <https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB32>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (13) Disponível em: <<https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/80th2019/Bill/6286/Overview>>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (14) Disponível em: <<http://www.ilga.gov/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=101-0020>>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (15) Disponível em: <<https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2019/s5433>>. Acesso em: 07 dez. 2019.
- (16) SELMAN, Donna; LEIGHTON, Paul. Punishment for sale: private prisons, big business and incarceration binge. Mariland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 4. Tradução livre.

Patrick Cacicedo

Doutor e mestre em Direito Penal pela USP.

Defensor Público do Estado de São Paulo.

ORCID: 0000-0002-5623-8224

patrickcacicedo@gmail.com

Recebido em: 09/12/2019

Aprovado em: 09/12/2019

Versão final: 17/01/2020.

A adoção de programas de criminal compliance em acordos de colaboração premiada como ferramenta de enforcement

Adoption of criminal compliance programs in award-winning collaboration agreements as a tool for enforcement

Anna Carolina Faraco Lamy e Décio Franco David

Resumo: Este artigo apresenta a utilização de programas de *compliance* em acordos de colaboração premiada como mecanismo de *enforcement* das leis penais, em especial da lei Anticorrupção. O uso dos programas como requisito à obtenção dos benefícios do acordo aos colaboradores ainda é novo no ordenamento nacional, mas já demonstra ser um bom instrumento para modificação, em delitos empresariais, de um modelo preponderantemente repressivo de justiça penal para um modelo preventivo.

Palavras-chave: *compliance*; colaboração premiada; *enforcement*.

Seguindo a lógica de influência do modelo norte-americano em todos os ramos da vida social e econômica,⁽¹⁾ o Direito - e, por conseguinte, o Direito Penal - acaba por adotar e seguir padrões de normatização estrangeira. Pode-se reconhecer a influência direta de padrões e sistemas internacionais na utilização de instrumentos dogmáticos materiais e processuais, como os acordos de leniência e de colaboração premiada (*plea bargain*), responsabilização penal de pessoas jurídicas, programas de *compliance* e canais de denúncia (*whistleblower*). Dada a delimitação temática deste trabalho, destaca-se, resumidamente, que um “programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa”.⁽²⁾ Essa é a mudança paradigmática preventiva que chama a atuação do sistema jurídico em sua integralidade.⁽³⁾

Essa nova perspectiva direcionada à prevenção das atividades

Abstract: This article presents the use of compliance programs in award-winning collaboration agreements as a mechanism for enforcing criminal laws, especially the Anti-Corruption Act. The use of the programs as an enforceable measure against defendants is still new in the national legal system, but it is already proving to be a good instrument for changing from a repressive paradigm to a preventive model in corporate crimes.

Keywords: *compliance*; award-winning collaboration; *enforcement*.

delitivas reflete sobre todo tipo de mecanismos *importados* à dogmática nacional, notadamente quando se fala de instrumentos premiados,⁽⁴⁾ conforme se verifica expressamente no art. 4º, III, da Lei 12.850/2013. Com isso, é inegável que a colaboração premiada ou o acordo de leniência podem servir de ferramentas ao *enforcement* da lei,⁽⁵⁾ à medida que, nas duas modalidades de acordo, pode estar previsto como requisito de cumprimento do acordo a implantação de programa de *compliance* anticorrupção.

É com esse ideário preventivo e de adoção de uma padronização ética de gestão empresarial corporativa e de responsabilidade social, que ocorre a principal imbricação entre os dois instrumentos, notadamente pelas determinações constitucionais, que autorizam o Estado a intervir diretamente em atividades econômicas para garantir um desenvolvimento mais adequado às finalidades e objetivos estatais traçados na própria carta constitucional.⁽⁶⁾

Embora a temática da colaboração premiada não seja uma pauta tão nova na doutrina brasileira,⁽⁷⁾ parece que, com o advento da *Operação Lava-Jato* e o seu uso mais recorrente pelos atores processuais penais, a sua utilização como eventual ferramenta a serviço do sistema jurídico brasileiro acabou sendo fortalecida.

Paralelamente, é inegável que o conteúdo ético da premiação do colaborador deve ser tema de reflexão⁽⁸⁾ – inclusive, destaca-se que os críticos indicam que se trataria de prova obtida em caráter fraudulento e sigiloso –, de modo que o delatado não toma conhecimento do que foi alegado contra si, restando, assim, prejudicado o exercício do contraditório. Devendo-se consignar, nesse sentido, o entendimento do STF de que os coautores delatados não podem impugnar o conteúdo do acordo formatado com o colaborador (HC 127.483/PR), dando a ele caráter praticamente imutável, posicionamento que acaba fazendo eco à crítica quanto à situação de fragilidade que o delatado encontra em razão do valor atribuído à fala do delator.

Porém, e mesmo em face da relevância e da pertinência da crítica apontada, além de inúmeras outras questões que aqui não cabem ser trazidas, parece ser igualmente importante pensar o instituto a partir de uma ótica pragmática – já que seu uso foi autorizado pelo Supremo Tribunal Federal – até para que possa ser aprimorado, no intuito de se aproximar o máximo possível do ideal constitucional que se almeja em um processo penal democrático. Afinal, o processo penal, enquanto “*caminho necessário para a pena*”⁽⁹⁾, é, como bem pondera Claus Roxin, um sismógrafo da Constituição.⁽¹⁰⁾ Disso decorre a necessidade de respeito máximo às garantias penais e processuais penais não apenas nos acordos a serem celebrados, mas, igualmente, em determinações e regras próprias de programas de *compliance*.

A partir deste recorte, este trabalho insta adentrar na essência do que se visa tratar, que diz respeito ao uso de cláusulas impositivas de programas de *compliance* em colaborações premiadas como ferramenta de *enforcement* da lei, na medida em que os acordos contenham cláusulas preceptivas de que a implantação de programa de *compliance* criminal seja requisito para eficácia do acordo.

Já que os termos do acordo são livres, devendo apenas seguir a legalidade, a proposta pelo Ministério Público de que a implantação de um programa efetivo sirva como fator de diminuição de pena ou obtenção de outros benefícios parece um bom caminho à utilização do *compliance* como mecanismo de controle da criminalidade empresarial.

Obviamente o programa instituído deve ser efetivo, conforme dispõe o art. 41 e seguintes do Decreto 8.420/2015, estabelecendo-se parâmetros que serão avaliados pelo próprio MP, já que cabe a ele a imputação originária e as tratativas a culminar na celebração do acordo – e quiçá por terceiro, que dê neutralidade à efetividade dos controles implementados (pois o Ministério Público é parte na ação em que se propõe o acordo).

Essa prática, que é bastante comum no sistema jurídico norte-americano,⁽¹¹⁾ pode se configurar como um novo paradigma de implementação de propostas verdadeiramente preventivas e de efeito a longo e médio prazos contra a criminalidade econômica.

Com efeito, independentemente da polêmica que gravita ao entorno do instituto da colaboração premiada no Brasil, parece ser ela uma boa ferramenta de confirmação do *compliance*, já havendo registro de acordos de colaboração – e de leniência⁽¹²⁾ – celebrados no âmbito da *Operação Lava-Jato* em que a implementação de programa de *compliance* foi prevista como requisito de cumprimento e obtenção dos benefícios advindos da avença.

Nesse passo, no acordo firmado entre Ministério Público Federal e o acusado/colaborador Ricardo Ribeiro Pessoa⁽¹³⁾ ficou estabelecido que: “*i) Imediatamente após o início de cumprimento da pena, o COLABORADOR deverá dar ciência de sua injunção gerencial*

para a implementação e a evolução do programa de compliance e governança na gestão empresarial das pessoas jurídicas UTC/CONSTRA e subsidiárias, devidamente fiscalizado por empresa independente de auditoria externa semestral, com acompanhamento e comunicação ao Juízo e ao Ministério Público Federal, durante o período de cumprimento da pena estabelecida na letra ‘c’”.

Denota-se que o referido acordo previu a implantação de programa de *compliance* na empresa do colaborador e subsidiárias visando alterar a estrutura da empresa, com o propósito de evitar reiterações da conduta tida como ilegal e apurada nos autos em que se celebrou o alusivo acordo.

Importante destacar que, no aludido caso, o MP acabou atuando como verdadeiro porta-voz dos programas de integridade, dando *enforcement* à lei anticorrupção, na medida em que a implantação efetiva de controles internos e de políticas de conformidade são condições à obtenção dos benefícios almejados pelo colaborador. Além disso, objetivando preservar a devida equidistância necessária para realizar avaliação de efetividade do programa, restou acordado que a fiscalização do programa de *compliance* a ser implementado deve ser feita por empresa independente de auditoria, garantindo maior credibilidade da análise a ser realizada, haja vista que a fiscalização pode depender de visões especializadas em outras áreas do conhecimento (como contabilidade e administração), o que não seria adequadamente averiguado por um jurista – neste caso, membros do Ministério Público Federal.

Logo, parece ser possível propor que a implantação de programa efetivo de *compliance*, cuja qualidade será avaliada e fiscalizada pelo MP – mas também por auditorias independentes, que, em princípio, tenham uma visão mais isenta –, possa servir como ferramenta de *enforcement* normativo (Lei Anticorrupção, Leis penais, etc.), ao passo em que provoca uma alteração na essência da empresa e utiliza, como ensejo, o interesse do colaborador em evitar o cumprimento da pena – que naturalmente decorreria da sua conduta ilícita – ou, no mínimo, a atenuação da punição, seguindo, mais uma vez, o modelo estrangeiro de *deferred prosecution agreements* e *non-prosecution agreements* – não apenas pelas benesses do acordo em si, mas, também, pela forma de assimilação do conteúdo normativo a partir de um paradigma de cumprimento das normas (*enforcement*).⁽¹⁴⁾ Como bem destaca Gimeno Beviá, os *deferred prosecution* e *non-prosecution agreements* têm como característica basilar a revisão e ajuste dos programas de *compliance*, assim como a contratação de supervisores externos especializados em programas de integridade.⁽¹⁵⁾

Assim, a colaboração premiada demonstra ser um terreno fértil ao desenvolvimento do *compliance*, uma vez que os acusados que se propõem a firmar o acordo estão interessados em evitar a concretização da pena prevista ao ilícito imputado. Como o colaborador sabe que o não-cumprimento dos requisitos previstos acarreta a perda dos benefícios que almeja, caso não leve a sério a implantação de programa efetivo de *compliance*, ele pode acabar tendo de cumprir a pena corporal integralmente, substituída ou atenuada por força do acordo.

Por outro lado, é preciso reconhecer que a delimitação de um programa de *compliance* não é algo verdadeiramente novo, uma vez que todos têm o dever de agir em conformidade com as normas que integram o ordenamento jurídico,⁽¹⁶⁾ mas a sua imposição em acordos de colaboração premiada reforça a mudança de paradigma de atuação jurídica tradicionalmente alocada em um espaço contencioso para o campo preventivo e, por conseguinte, reforça-se o *enforcement* normativo.

Notas

(1) Essa influência tem sido reconhecida como uma nova forma de imperialismo,

- conforme bem explica MESZÁROS, István. *O século XXI: socialismo ou barbárie?* São Paulo: Boitempo, 2012, p. 11 e 50.
- (2) MENDES, FRANCISCO Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Compliance: concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31.
- (3) Com razão, Paulo César Busato afirma que: “*Não se pode pensar, naturalmente, que o cenário das atividades empresariais cotidianas possa simplesmente desprezar as questões relativas ao sistema de compliance ao debruçar-se sobre temas de matéria penal*” (2017, p. 49). BUSATO, Paulo César. O que não se diz sobre *compliance* em Direito penal. In: BUSATO, Paulo César; COUTINHO, Aldacy Rachid. (Org.). *Aspectos jurídicos do compliance*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- (4) Conforme afirmam Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade: “*Tais programas intraempresariais prevêm exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas ilícitas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado. O arsenal de medidas, talvez ainda distantes de nossa cultura empresarial, tem, dentre outras providências, a adoção da figura do whistleblowers, ou “denunciante cívico”, pessoas que são incentivadas a levar ao conhecimento interno atitudes que ofendam a ética empresarial estabelecidas nos programas de compliance*” (2011, p. 2). SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. *Compliance e o Direito penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, ano 18, nº 222. São Paulo: IBCCRIM, mai./2011.
- (5) Nesse sentido, destaca-se o trabalho de LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. *O criminal compliance como ferramenta de enforcement anticorrupção*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 230.
- (6) “*é essa a compreensão que se extrai da leitura dos artigos 170, 173, 174 e 219 da Constituição Federal quando interpretados pelos filtros dos artigos 1º e 3º do diploma constitucional*” (p. 253). Cf. DAVID, Décio Franco. *Tratamento penal da corrupção privada a partir de um sistema integral de matriz significativa*. 2019. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. No mesmo sentido, GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 75; COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito comercial: com anotações ao projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.
- (7) Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 1, p. 95-106, jan./mar. 2007.
- (8) “*Não obstante o uso crescente desta ferramenta facilitadora da investigação e da prova criminal, grande é a crítica que sobre ela investe. Ataca-se o fundamento moral da premiação ao traidor, incentivando o Estado o agir imoral, renegado em grau extremo pela própria ética de convivência: o alcagete é premiado! Aponta-se a inconstitucionalidade do ato desvirtuador do devido processo legal, desrespeitando o princípio da inocência e do pleno contraditório. Critica-se o exclusivo interesse do acomodado estado-persecutor, a falta de controle sobre o procedimento, realizado sem a participação ou mesmo ciência dos delatados, de modo que não se abrem as pressões e os favores ofertados ao delator, não se conhecem os critérios de escolha dos beneficiados, não se controlam os resultados prometidos ou a exclusão do favor na posterior constatação de falsidades... Criticam-se, ainda, as concretizadas negociações do direito de ação sem suporte legal, sem procedimentos e parâmetros previamente estabelecidos, que pela casuística adaptação tendem ao excesso no uso e nos limites*” (p. 277). CORDEIRO, Néfi. *Delação premiada na legislação brasileira*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 37, n. 117, p. 273-296, jan./mar. 2010.
- (9) LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.
- (10) ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 10.
- (11) Cf. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. El proceso penal de las personas jurídicas. Navarra: Civitas/Aranzadi, 2016, p. 195 e ss.
- (12) Sobre o impacto dos acordos de leniência a partir da *Operação Lava-Jato*: MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro - um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 93-113, ago./2016. Destaca-se ainda que, no acordo de leniência da empresa Andrade Gutierrez, restou determinada a promoção de programa de *compliance* como cláusula obrigatória do acordo. Sobre o tema, a própria Controladoria-Geral da União na área de notícias no seu Portal na Internet. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-de-r-1-49-bilhao-com-a-andrade-gutierrez>>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- (13) Fonte Portal do Estadão, Blog Fausto Macedo. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/12/RPESSOA-1.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2020.
- (14) Sobre a natureza das normas de *compliance* e como elas são assimiladas, DAVID, Décio Franco; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra. Norma de *criminal compliance* como reconstrução da natureza jurídica das normas jurídicas: da valoração e imperatividade à construção do imaginário social. In: Saad-Diniz, Eduardo; BRODT, Luis Augusto; TORRES, Henrique Abi-Ackel; LOPES, Luciano Santos. (Org.). *Direito penal econômico nas ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora Vorto, 2019, p. 125-148. Além disso, como bem destaca Valério Mazzuoli: “*Não somente fruto de uma possível conscientização, senão também imposição inserida no acordo de leniência firmado perante o Ministério Público federal, certo é que não somente em sua página na Internet, mas em todo e qualquer documento ou comunicado expedido pela companhia, sempre que possível reitera-se o compromisso com a ética e com a integridade*” (p. 37). MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; CUNHA, Matheus Lourenço Rodrigues da. *Compliance: de instrumento de sustentabilidade empresarial a mitigador de violações a direitos humanos e fundamentais*. *Revista jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 20, n. 39, p. 13-52, jan./jun. 2018. Tais ideias reforçam, nos termos aqui defendidos, a ideia de *enforcement*.
- (15) GIMENO BEVIÁ, Jordi. op. cit., p. 203.
- (16) KUHLEN, Lothar. Cuestiones Fundamentales de *compliance* y Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 51. Idêntica afirmação presente em PRITWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de. (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 208.

Anna Carolina Faraco Lamy

Doutora em Direito pela UFPR.

Consultora em *Compliance*. Advogada.

ORCID: 0000-0001-9427-7315

anna@lflamy.com

Décio Franco David

Doutor em Ciência Jurídica pela UENP.

Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário.

Presidente do Conselho Estadual do Paraná da

Associação Nacional da Advocacia Criminal.

Advogado.

ORCID: 0000-0001-7284-3910

decio@dfdavid.com

Recebido em: 07/01/2020

Aprovado em: 07/01/2020

Versão final: 17/01/2020



DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif

1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu

2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano

1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo

2.º Secretário: Luís Carlos Valois

1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz

2.º Tesoureiro: Yuri Felix

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDORA

Fabiana Zanatta Viana