

REFLEXÕES INICIAIS SOBRE CRIMINAL COMPLIANCE⁽¹⁾

Giovani A. Saavedra

O conceito de *compliance* surgiu na década de noventa, mas, apenas nos últimos anos, ele passou a ser objeto de estudos jurídicos. O instituto passou a ter relevância jurídico-penal, principalmente, com a entrada em vigor da Lei 9.613, de 03.03.1998, e da Resolução n. 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional. Desde então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de, respectivamente, colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro (os chamados “deveres de compliance”) e de criar sistemas de controles internos que previnam as práticas de corrupção, de lavagem de dinheiro e de outras condutas que possam colocar em risco a integridade do sistema financeiro.

Em que pese o conceito tenha surgido na década de noventa, o tema ainda não recebeu o merecido destaque no Brasil, sendo praticamente desconhecido na academia e na doutrina jurídico-penal (especialmente no âmbito da Criminologia). Mais: no âmbito empresarial, os potenciais atingidos também parecem não ter se dado conta das fortes consequências jurídico-penais desse novo instituto para o desenvolvimento de suas atividades.

No Brasil, *compliance* tem sido compreendido, de um lado, apenas como parte da implementação das “boas práticas” da *corporate governance*. Nesse caso, *compliance* é entendido como um “mandamento ético”, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado.⁽²⁾ Por outro lado, no âmbito das Ciências Criminais, o significado desse conceito para o Direito Penal e para a Criminologia e os reflexos do seu desenvolvimento para a política criminal ainda não foram devidamente explorados. A exceção digna de nota fica por conta dos debates acerca dos chamados “deveres de compliance”, discutidos como um dos aspectos dos crimes de lavagem de dinheiro.⁽³⁾ Ademais, o debate internacional sobre *criminal compliance* parece ser totalmente desconhecido no Brasil. Com o presente artigo, pretende-se apresentar, muito brevemente, alguns aspectos desse novo ramo de pesquisa das Ciências Criminais.⁽⁴⁾

O objeto de estudo do *criminal compliance* confunde-se, em grande medida, com aquele do Direito Penal Econômico, e, portanto, vários autores procuram diferenciar o espectro de problemas de cada um desses ramos de pesquisa.⁽⁵⁾ De fato, *criminal compliance* não significaria nada de novo se, em seu conceito, fossem subsumidos apenas os elementos que já são encontrados no debate nacional e internacional sobre Direito Penal Econômico. Por outro lado, o surgimento desse novo fenômeno parece diretamente vinculado com

o surgimento de crimes econômicos e da persecução penal de empresários e instituições financeiras, pois, apenas quando os gerentes de empresas e de instituições financeiras passaram a ser investigados e processados criminalmente, surgiu também a necessidade de prevenção criminal no âmbito de suas atividades.⁽⁶⁾

Portanto, a primeira característica atribuída ao termo *criminal compliance* é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional, que está habituado a trabalhar na análise *ex post* de crimes, ou seja, na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram, de forma direta ou indireta, algum bem jurídico digno de tutela penal, o *criminal compliance* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso o objetivo do *criminal compliance* tem sido descrito como a “diminuição ou prevenção de riscos compliance”.⁽⁷⁾ Segundo posição dominante, as empresas de capital aberto e as instituições financeiras deveriam criar os chamados *compliance officers*, que teriam a responsabilidade de avaliar os riscos *compliance* e de criar controles internos com o objetivo de evitar ou diminuir os riscos de sua responsabilização penal.

Por outro lado, os *compliance officers* têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos *compliance officers* e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (*Bundesgerichtshof*) condenou um *compliance officer* por entender que, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, o profissional assume também uma posição de garante e, por isso, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância.⁽⁸⁾

Parece, assim, que o desenvolvimento do *compliance* implica um paradoxo.⁽⁹⁾ O objetivo do *compliance* é claro: a partir de uma série de controles internos, pretende-se prevenir a responsabilização penal. A sua concretização, porém, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, cria as condições para que, dentro da empresa ou instituição financeira, se forme uma cadeia de responsabilização penal. Isso porque as atribuições que têm sido conferidas aos *compliance officers* acabam por colocá-los na posição de garantidores (respondem, portanto, como se tivessem agido

positivamente nas situações em que venham a se omitir). Mais: podem ser considerados garantes também os integrantes do conselho de administração, pois, segundo doutrina majoritária, eles têm o dever de supervisão dos *compliance officers*. Evidencia-se, assim, que toda a administração da empresa é exposta ao risco de uma persecução criminal.

Isso acontece, principalmente, porque o desenvolvimento do *compliance* tem se dado à margem do Direito Penal e da Criminologia. Exatamente por isso há um consenso no âmbito da discussão internacional acerca de *compliance*: a pesquisa e a implementação de *compliance* supõem conhecimentos jurídico-penais para o seu desenvolvimento adequado. Esse novo âmbito de pesquisa tem sido designado pela doutrina jurídico-penal internacional como *criminal compliance*, ou seja, o estudo dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes. Trata-se de um novo campo de pesquisa no âmbito das Ciências Criminais, que tem chamado a atenção de penalistas e criminólogos de todo o mundo e que, espera-se, também o faça no âmbito da pesquisa nacional.

NOTAS

- (1) O presente artigo consiste em versão resumida da palestra proferida pelo autor no 1. *Compliance Tagung. Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, realizada na Universidade de Augsburg, em 03.12.2010, intitulada *Criminal Compliance aus brasilianischer Sicht*. Para a elaboração do artigo, foram levadas em consideração as críticas e as sugestões feitas, na oportunidade, pelos Professores **Bernd Schünemann** (München), **Thomas Rotsch** (Augsburg), **Erik E. Lehmann** (Augsburg), **Enrique Bacigalupo** (Madrid), **Dennis Bock** (Würzburg) e **Mark Deiters** (Münster).
- (2) Ver, a esse respeito: **ABBI** – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; **FEBRABAN** – Federação Brasileira de Bancos, Cartilha *Função de Compliance*, agosto 2003, com atualização em julho de 2009 (Disponível em: www.febraban.com.br); **COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi**. *Manual de compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12 e ss.; **MANZI, Vanessa Alessi**. *Compliance no Brasil. Consolidação e perspectivas*. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 64 e ss.; **ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal**. *Governança corporativa. Fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183 e ss.
- (3) Ver, a esse respeito: **BARBOSA, Daniel Marchionatti**. *Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*, in **HIROSE, Tadaaki; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo** (orgs.). *Curso modular de direito penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, vol. 02, p. 489-510.
- (4) Para um panorama sobre a discussão sobre *compliance* na Alemanha, ver: **ROTSCH, Thomas**. *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale*

- (5) **ROTSCHE, Thomas.** *Criminal Compliance*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, p. 614 e ss.
- (6) *Idem*, p. 616.
- (7) Ver, a esse respeito: **COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi.** *Manual de compliance. Preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35 e ss.
- (8) A decisão referida é a *BGH Entscheidung* von 17.7.2009-5 StR 394/08. Para um panorama sobre a discussão sobre essa decisão na Alemanha, ver a bibliografia citada na nota 4.
- (9) O conceito de paradoxo é empregado aqui no sentido dado por: **HARTMANN, Martin; HONNETH, Axel.** *Paradoxien des Kapitalismus. Ein Untersu-*

chungsprogram, in: *Berliner Debatte Initial* 15 (2004) 1, S. 9.

Giovani A. Saavedra

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe - Universität Frankfurt am Main. Professor do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais e da Comissão Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS).

O (FUTURO) NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UM CÓDIGO DOS RÉUS?

André Machado Maya e Guilherme Rodrigues Abrão

O Senado Federal aprovou, em primeira votação, no último dia 09.11.2010*, o projeto do novo Código de Processo Penal, equivocadamente batizado por alguns, antes mesmo da sua entrada em vigor, de “Código dos réus”. Na mídia, em especial no Estado do Rio Grande do Sul, vários programas propuseram o debate sobre o referido projeto de lei, inclusive com a realização de pesquisas interativas indagando aos ouvintes, leitores e telespectadores se o novo Código é bom ou ruim para a sociedade, viés que, pensamos, deve ser refutado, pois da sociedade também os réus fazem parte. Bom para os réus, bom para a sociedade; ruim para os réus, ruim para a sociedade. Não há um Código *pro reu* ou um Código *pro societate*. O projeto do novo Código está inserido numa lógica que segue os ditames constitucionais e, ao menos em parte, em consonância com o respeito aos direitos e garantias fundamentais que são assegurados a todos os cidadãos.

A tônica dos debates verificados vem se revelando, a nosso ver, por demais reducionista e simplista. Não há motivos para pânico: o novo (quem sabe?) CPP não foi feito para beneficiar os réus, e tal afirmação apenas pode ser resultado do desconhecimento do projeto aprovado no Senado, cujo teor revela, entre outros pontos, a ampliação do prazo das intercepções telefônicas para 360 dias (o prazo atual é de 30 dias), a possibilidade de prisão preventiva com base na gravidade do crime (o que hoje é vedado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) e a possibilidade de aplicação antecipada de pena (punição sem processo) nos casos de crimes cuja pena máxima não supere 08 anos, o que representa quase a totalidade dos delitos tipificados no Código Penal, apenas para citar três exemplos que colocam por terra esse rótulo reducionista imposto por partidários dos discursos punitivistas e do Direito Penal do inimigo.

Por outro lado, verdade é que o projeto do novo CPP introduz no ordenamento jurídico brasileiro alterações significativas, como o juiz de garantias e a vedação da iniciativa probatória do juiz, todas elas seguindo uma tendência mundial de democratização do processo penal. E faz isso com um objetivo

muito claro: legitimar a atuação do Estado na persecução penal e a decisão final do processo, seja ela condenatória, seja ela absolutória. É preciso ter claro que os crimes e as penas são previstas no Código Penal e que o Código de Processo Penal delimita os procedimentos e as regras que devem ser observadas para que, ao final, seja imposta ou não a sanção penal. E, nos ensina **Ferrajoli**, em se tratando de processo penal, as regras são a própria garantia.

Assim, atendendo aos parâmetros de uma sociedade democrática, e ciente de que democracia pressupõe liberdade, direitos e garantias individuais, é que o projeto do novo Código, em uma nítida tendência de alinhamento para com a Constituição Federal de 1988, cria, por exemplo, o juiz de garantias e proíbe o juiz de produzir provas, com o que pretende reforçar a garantia – que a todos nós alcança – de ser julgado por um juiz imparcial. A produção de provas é responsabilidade de quem acusa, do Ministério Público, instituição muito bem estruturada e composta por profissionais muito bem remunerados e preparados para exercer a função acusatória. É muito cômoda, ao Ministério Público, a defesa da iniciativa probatória dos juízes, com o que se desincumbem os promotores de qualquer responsabilidade no processo. Olvida-se o Ministério Público de que o juiz deve ser um terceiro imparcial, fiscal do devido processo penal e, por consequência, tutor do respeito aos direitos individuais do acusado. Não é tarefa do juiz acusar ou, tampouco, defender o réu.

Esse novo Código está longe de ser e servir como o “Código dos réus”. É preciso compreender que numa proposta de reforma muitas são as pressões de instituições e órgãos para que sejam adotados certos posicionamentos, quase sempre motivadas por interesses meramente institucionais. Isso, contudo, não pode se sobrepor a um interesse muito maior e justo: o devido respeito aos preceitos constitucionais arduamente conquistados ao longo da formação do Estado Democrático. Um processo penal justo, igualitário e democrático somente pode ser alcançado trilhando caminhos em conjunto com uma Constituição que respeita as liberdades fundamentais.

O devido processo legal, garantia suprema insculpida na Constituição, não visa beneficiar tão somente os réus ou a sociedade dita “de bem”. É, sim, o devido processo para toda uma sociedade, independentemente de quem esteja no banco dos réus – importante lembrar que, no plano da teoria, não existe essa distinção entre mocinho e bandido, afinal, todos somos iguais perante a lei –, um processo que ainda deve estar em harmonia com o princípio basilar de um Estado Democrático e Constitucional de Direito: a dignidade da pessoa humana. Assim, imperioso que o Código de Processo Penal, novo ou não, reconheça ao acusado sua condição de sujeito de direitos, e não de mero objeto sobre o qual deve recair a sanção penal.

Em síntese, a atualização do Código de Processo Penal não é uma necessidade de hoje; está atrasada há pelo menos 22 anos. Não é mais possível compatibilizar uma Constituição Federal democrática, que se diz cidadã, com um Código de Processo Penal oriundo do Estado Novo de **Getúlio Vargas**, impregnado de conceitos fascistas, na sua maioria influenciados pelo Código Rocco da Itália de **Mussolini**. É preciso entender que a lógica mudou, que o acusado não é o inimigo, nem mesmo mero objeto na relação processual, e que, no processo penal, é fundamental estabelecer que os fins não justificam os meios, mas sim o inverso. Basta assistir ao filme “*Tropa de Elite II*” para entender a importância de um sistema de garantias que, a um só tempo, limite a atuação punitiva do Estado e legitime a condenação daqueles que cometeram crimes.

* Observação: o artigo foi remetido ao Conselho Editorial em 12 de novembro. No dia 8, o Projeto de Lei foi aprovado em segundo turno.

André Machado Maya

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
 Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.

Guilherme Rodrigues Abrão

Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS.
 Coordenador adjunto do Departamento Científico do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal – IBRAPP.