



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A PROVA DA EFETIVIDADE DOS
PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO
NORMATIVO NA RESPONSABILIDADE
CRIMINAL DE PESSOAS COLETIVAS**

ANA CAROLINE REDANA DO PRADO S. MOTA
62465

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA
JURÍDICA: ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL E CIÊNCIAS
CRIMINAIS**

LISBOA

2024

**A PROVA DA EFETIVIDADE DOS
PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO
NORMATIVO NA RESPONSABILIDADE
CRIMINAL DE PESSOAS COLETIVAS**

ANA CAROLINE REDANA DO PRADO S. MOTA

Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Ciências Jurídico-Criminais no Curso de Mestrado Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

**DISSERTAÇÃO DE Mestrado em Direito e Ciência
Jurídica: Especialidade de Direito Penal e Ciências
Criminais**

LISBOA

2024

Aos meus pais, que me deram a vida.

Aos meus avós, que me amaram e amam incondicionalmente.

Às minhas irmãs, que me recordam o motivo de buscar ser sempre o melhor exemplo.

Resumo:

O presente estudo trata da prova da efetividade dos programas de cumprimento normativo na aplicação da responsabilidade penal da pessoa coletiva. Os conceitos inicialmente abordados são regulação, autorregulação e suas formas intermédias, como a autorregulação regulada e a regulação responsiva. Ademais, apresentamos breves considerações sobre o sistema de responsabilização penal da pessoa coletiva, em suas facetas da heretoresponsabilidade, autorresponsabilidade e modelo misto. Além disso, expomos o conceito, origem e as principais características de um programa de *compliance*, bem como a aplicação do instituto na legislação de diversos países da Europa e América Latina. Ao fim, buscamos demonstrar as medidas que tornam um programa de cumprimento normativo, de fato, efetivo, os meios de prova utilizados para comprovar a idoneidade do instituto e os efeitos de sua aplicação.

Palavras-chave:

Programa de *compliance*; autorregulação regulada; responsabilidade penal da pessoa coletiva; prova penal; cultura de cumprimento.

Abstract:

This study deals with the effectiveness of regulatory compliance programs in the application of the criminal liability of legal persons. The concepts initially addressed are regulation, self-regulation and their intermediate forms, such as regulated self-regulation and responsive regulation. In addition, we present brief considerations on the system of criminal liability of legal persons, in its facets of heretoresponsibility, self-responsibility and the mixed model. In addition, we explain the concept, origin and main characteristics of a compliance program, as well as the application of the institute in the legislation of various European and Latin American countries. Finally, we seek to demonstrate the measures that make a compliance program effective, the means of proof used to prove the suitability of the institute and the effects of its application.

Keywords:

Compliance program; regulated self-regulation; criminal liability of legal persons; criminal evidence; culture of compliance.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
ADPCP	-	<i>Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AFA	-	<i>Agence Française Anticorruption</i>
AktG	-	<i>Aktiengesetz</i>
art., arts.	-	artigo, artigos
bibl.	-	bibliografia
cap.	-	capítulo
cf.	-	confira, confronto
Cit.	-	na obra citada
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
DOJ	-	<i>U.S. Department of Justice</i>
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
EPA	-	<i>US Environmental Protection Agency</i>
FCPA	-	<i>The Foreign Corrupt Practices Act</i>
FGE	-	<i>Fiscalía General de Estado</i>
<i>i. e.</i>	-	id est (isto é)
ISO	-	Organização Internacional de Padronização
MP	-	Ministério Público
MPI	-	Max-Planck-Institut
n. m., ns. ms.	-	número marginal, números marginais
n. p.	-	não publicada(o)
n.	-	nota
n.º, n.ºs	-	número, números
OECD Econômico	-	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
ONGs	-	Organizações não Governamentais
Op. Cit.	-	obra citada
org.	-	organizador, organização
OwiG	-	<i>Gesetz über Ordnungswidrigkeiten</i>
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
Port.	-	Português
reimp.	-	reimpressão
rev.	-	revisão, revista
s. d.	-	sem data
s., ss.	-	seguinte, seguintes
SEC	-	Securities and Exchange Commission's
séc.	-	século
trad. trads.	-	tradução (de), traduzido (por)
UKBA	-	United Kingdom Bribery Act
USSG	-	United States Corporate Federal Sentencing Guidelines
v.	-	Versus
<i>v. g.</i>	-	verbi gratia (por exemplo)
vol., vols.	-	volume, volumes

ÍNDICE

Introdução	10
I. Autorregulação <i>versus</i> regulação e algumas soluções intermédias	11
1. Autorregulação	13
2. Regulação	13
3. Caminhos intermédios provenientes da dicotomia autorregulação <i>versus</i> regulação	14
a) Autorregulação regulada	15
b) Regulação responsiva	21
II. Considerações sobre a responsabilidade criminal da pessoa coletiva	23
a) Responsabilidade penal da pessoa coletiva <i>versus</i> sanções administrativas	28
1. Modelo de heterorreponsabilidade	30
2. Modelo de autorresponsabilidade	32
3. Modelo misto	35
4. Sanções	35
5. Argumentos contra a aplicação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva	36
III. Programas de cumprimento normativo ou <i>compliance</i>	39
1. O conceito de <i>compliance</i> ou programa de cumprimento normativo	42
2. A origem dos programas de cumprimento normativo	44
a) A evolução dos programas de cumprimento	45
3. Características de um programa de cumprimento normativo	46
a) Investigações internas	48
4. <i>Compliance</i> criminal	49
a) A indeterminação dos modelos de <i>compliance</i> criminal	49
5. Soluções alternativas ao <i>compliance</i>	50
IV. A experiência do <i>compliance</i> e da responsabilidade criminal das pessoas coletivas na legislação de alguns países da Europa e America Latina	52
1. Estados Unidos	52
a) The United States Corporate Federal Sentencing Guidelines (USSG)	54

b) Sarbanes-Oxley-Act 2002	57
c) The Foreign Currupt Practices Act – FCPA.....	57
2. Espanha.....	58
3. Alemanha	60
4. Reino Unido	62
5. França	63
6. Portugal.....	65
7. Brasil	69
V. A prova da efetividade dos programas de cumprimento na aplicação da responsabilidade criminal de pessoas coletivas	70
1. A abordagem regulatória e a aplicação do <i>compliance</i>	73
2. O <i>compliance</i> e a (des)necessidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva	76
3. Características de um programa de cumprimento normativo.....	78
a) Métodos para atestar a eficácia de um programa da cumprimento normativo... ..	81
b) Adequação concreta à atividade da organização.....	86
c) Caráter dinâmico com atualizações periódicas.....	87
d) Capacitação dos membros da organização.....	87
e) Auditorias	88
f) Sistemas internos de investigação, incentivo e sanção	88
g) Sistema de avaliação de riscos	90
h) Responsável de cumprimento (<i>compliance officer</i>).....	90
i) Canal de denúncias.....	91
j) Documentos, normas internas de conformidade	92
k) Cultura de cumprimento.....	93
4. A prova da efetividade dos programas de cumprimento normativo	94
a) Ônus da prova.....	97

b) Meios de prova	99
c) Entidades certificadoras.....	103
5. Efeitos do compliance na atribuição da responsabilidade criminal em face das organizações empresariais	107
a) Acordos e sanções	109
b) Compliance “ex post”.....	111
c) Compliance <i>versus</i> cooperação	112
Conclusão	115
Bibliografia.....	120

Introdução

Busca-se compreender no presente trabalho o que determina a efetividade de um programa de cumprimento normativo e quais os meios de prova utilizados no processo penal como estratégia de defesa para comprovar a idoneidade do instituto. No cap. I. tratamos do tema regulação e autorregulação, buscando esclarecer o significado, bem como apresentar as soluções intermédias de estratégia regulatória, seja através da autorregulação regulada ou regulação responsiva. No que refere ao cap. II o enfoque é relativamente a responsabilidade penal da pessoa coletiva, esclarecendo os conceitos de heterorresponsabilidade, autorresponsabilidade e modelo misto, bem como os argumentos a favor e contra sua adoção e respectivas sanções que pode ocasionar. O cap. III explica no que consiste um programa de *compliance*, indicado o seus respectivos conceito, origem e principais características, bem como alternativas à adoção do instituto. O cap. IV apresenta a experiência da responsabilidade penal da pessoa coletiva e dos programas de cumprimento normativos na legislação de países, como Estados Unidos, Espanha, Alemanha, Reino Unido, França, Portugal e Brasil. O último, a saber, cap. V traz a indicação do *compliance* como meio de prova, para tanto, esclarece a conexão com a abordagem regulatória estatal e os programas de conformidade, eventual conexão do instituto com a responsabilização criminal da pessoa jurídica, busca indicar as características que determinam a efetividade de um programa de conformidade, os meios de prova utilizados, particularmente, em processo penal e os efeitos ou consequência da implementação da ferramenta do *compliance* pelas organizações empresariais.

Em síntese, o presente estudo nos levou as seguintes conclusões: 1ª) O Estado, no tocante à estratégia regulatória, deve apenas estabelecer normas gerais e as particularidades das medidas empregadas devem ser definidas por cada corporação; 2) O sistema de responsabilidade criminal da pessoa coletiva é mais efetivo no tocante à prevenção e repressão da criminalidade empresarial, quando comparado com a reprimenda apenas administrativa; 3) A adoção da responsabilidade penal da pessoa coletiva não é pré-requisito para que o programa de *compliance* seja utilizado como estratégia de defesa das entidades; 4) O que irá garantir a efetividade de um programa de cumprimento normativo é a “cultura de cumprimento” da empresa, o que deve ser demonstrado mediante as particularidades do caso concreto; 5) A adoção de um programa de *compliance* pode gerar efeitos “ex ante” e “ex post” em favor da pessoa

coletiva. 6) Como meios de prova para atestar a efetividade de um programa de cumprimento normativo estão as provas documentais, periciais, testemunhais e as certificações que, por norma, têm presunção relativa; Além disso, via de regra, o ônus da prova é da acusação.

I. Autorregulação *versus* regulação e algumas soluções intermédias

Não há como falar em programas de *compliance*, sem antes debater a dicotomia autorregulação *versus* regulação ou mesmo outros caminhos intermédios, todos com o mesmo objetivo: buscar o cumprimento normativo pelas organizações empresariais. Ademais, a discussão sobre a abordagem reguladora vai mais além das questões de direito penal, abrange outras esferas do direito, sendo o direito criminal apenas mais uma importante variante.¹

Bolina retrata que as formas de intervenção do Estado se distinguem em duas diferentes abordagens, a autorregulação e a heterorregulação, onde, no primeiro, os próprios desenvolvedores das atividades estabelecem as regras de cumprimento, enquanto, no segundo, a definição de regras e seu cumprimento é realizada pelo Estado.² Bock retrata que o conflito entre o objetivo primário das empresas de gerar lucro e a estrutura legal estabelecida pelo Estado é de grande importância para as organizações.³

A forma de organização das empresas foi desde antigamente considerada uma matéria mais própria das ciências empresariais do que do direito penal, entretanto, devido ao aumento da intensidade e complexidade dos delitos econômicos, associado à introdução da responsabilidade penal das pessoas coletivas, fez com que a forma de organização das corporações tenha grande relevância em matéria penal, tal evolução

¹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes” in: Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Forschungsgruppe "Architektur des Sicherheitsrechts" (ArchiS), p. 6.

² Bolina, H. M. (2023), “Pirâmide regulatória de Ayres e Braithwaite e discricionariedade na intervenção sancionatória contraordenacional”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N., Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, (pp. 53-78), p. 54.

³ Bock, D. (2009), “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *ZIS*, (70), p. 68.

impulsionou o Estado a impor modelos de autorregulação às associações, cuja função principal é impedir ou pelo menos dificultar a prática de fatos criminais em sua estrutura.⁴

Em uma sociedade baseada em direitos individuais e livre mercado, as atividades econômicas são normalmente livres de interferência estatal, de forma que a autorregulação é uma regra enquanto a regulação uma exceção, não se pode desconsiderar que a regulação é de igual modo inevitável, especialmente em um ambiente corporativo, mas a regulação necessita de justificação, de modo que as definições de aplicação de programas de cumprimento normativo não devem ser deixadas apenas para as entidades privadas.⁵

Para Engelhart dois principais aspectos justificam a regulação: poder e ambiente corporativo. Empresas são aglomerados de bens e pessoas, o que não apenas concede poder financeiro, mas também influência de mercado, mídia, discussões públicas e algumas vezes até política e legislação, esse poder pode, entretanto, ser utilizado para influenciar e prejudicar direitos de empresas e indivíduos menos poderosos. Outro aspecto importante é referente ao clima corporativo, que vê as empresas como um aglomerado de pessoas em um ambiente estruturado que existe ao lado do sistema legal, uma vez que as empresas possuem suas próprias regras e procedimentos, esse ambiente corporativo pode se dar por um longo período e influenciar o comportamento das pessoas, esta influência pode ser positiva ou negativa, de modo que o poder e o ambiente corporativo justificam a intervenção e regulação estatal. Comumente os interesses financeiros das empresas sempre prevalecem e as regras éticas e legais postas de parte, as motivações de Estado são normalmente diversas, onde os reguladores se focam na proteção de bens jurídicos.⁶

⁴ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Polít. crim.*, Vol. 13, Nº 25, (pp. 208-232), p. 209.

⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 30.

⁶ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 30-32. Esclarece Engelhart: “A corporation that is a lawmaker, police officer, investigator, judge, and enforcement agency all in one needs some checks and balances in regard to such an agglomeration of power.” (Engelhart, 2018, p. 37).

1. Autorregulação

A ideia de autorregulação como parte de um negócio é uma garantia frequentemente contemplada pela constituição e se torna um sistema de autorregulação regulada quando o Estado fornece estrutura sobre a forma que a autorregulação, por vezes através do *compliance*, deve ser desempenhada pelas empresas. As regulamentações podem exigir ou fomentar a adoção de programas de cumprimento normativo, Engelhart assinala que existem três diferentes níveis de legislações relevantes para o *compliance*, o instituto pode influenciar a responsabilidade individual ou corporativa, pode ser um fator de determinação de sanção quando há violações e pode ser um fator decisivo nos processos, mais no procedimento sancionatório.⁷

Nieto Martín esclarece que o cumprimento normativo se baseia na autorregulação, uma estratégia legislativa contrária ao “command and control”, que pretende encorajar as organizações para que cada uma busque o seu próprio caminho na busca de determinado objetivo, aduz o autor que fornecer parâmetros gerais e, em seguida, dar liberdade para que os destinatários articulem suas próprias soluções, economiza custos, elimina controles desnecessários e permite a adaptação independentemente do tamanho da empresa, do setor de atuação, entre outras características.⁸

Retrata, ademais, que a autorregulação ocorre quando o legislador é incapaz tecnicamente de legislar, na autorregulação o legislador pretende que as empresas inovem, gerem suas próprias normas, porque é consciente que proporcionar padrões gerais é disfuncional, ademais, o destinatário da norma proporcionada pelo legislador é competente para analisar seus riscos e a partir da referida análise, estabelecer seus próprios controles.⁹

2. Regulação

Engelhart assinala que a regulação clássica que dispõe faça ou não faça, ou será punido é uma visão muito curta, tendo em conta que as empresas são sistemas próprios

⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 6.

⁸ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, Vol. N. 1, p. 15.

⁹ Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 25.

separados, indica que esse tipo de regulação não seria efetiva para influenciar comportamentos internos, pois não penetrariam o ambiente corporativo da entidade, esta abordagem tradicional apenas criaria mais regras ou novas ofensas criminais, mas não resolveria problemas sociais, para o autor a saída para a não efetiva autorregulação ou regulação é promovida por um conceito de *compliance* como uma abordagem de autorregulação regulada.¹⁰

3. Caminhos intermédios provenientes da dicotomia autorregulação *versus* regulação

A discussão da regulação e autorregulação, considera a preocupação de controlar de forma eficaz o comportamento das corporações, especialmente porque grande parcela da vida dos cidadãos está sob o controle das empresas, haja vista setores como, alimentação, transporte, meio ambiente, saúde e a própria condição de assalariado, bem como a capacidade de influência das corporações sobre o poder político, assim, é evidente o choque entre os interesses por parte das corporações e os interesses públicos e coletivos, evidenciando uma crise de controle Estatal.¹¹

Embora se possa considerar que os modelos de intervenção intermédios podem produzir certa desconfiança, pois não se deixa de constituir uma forma de privatização, Nieto retrata que estes preconceitos desaparecem a partir da crise do Estado regulador, não se trata de uma ausência do Estado, mas de garantir a sua presença de forma eficaz, com uma forma de controle mais sofisticada.¹²

Engelhart pontua que a tensão entre autorregulação e regulação pode ser resolvida ao tomar uma medida intermediária, vale dizer, o *compliance* como autorregulação regulada, esse debate construiu também as ideias de regulação responsiva, essa abordagem se baseia em medidas de autorregulação, mas dentro de um conceito geral de direcionar e estimular o comportamento corporativo e, ao mesmo tempo, permitir que as empresas tenham flexibilidade para implementar e ajustar individualmente as medidas, o Estado não apenas espera pela autorregulação, mas promove ativamente o seu desenvolvimento, com a participação também ativa das

¹⁰ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 32.

¹¹ Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Polít. crim.*, Nº 5, 2008, A3-5, pp.1-18, pp. 1-2.

¹² Nieto, A., *Op. cit.*, p.4.

empresas ao trabalhar em conjunto. De acordo com esse conceito, o Estado impõe estruturas fundamentais para o *compliance*, enquanto as empresas executam os detalhes, o que contribui para as empresas não apenas respeitarem a legislação, mas criarem um ponto de vista preventivo, especialmente quanto aos crimes. Devido ao envolvimento de setores privados, é possível se falar em uma extensão da privatização dos deveres do Estado.¹³

a) Autorregulação regulada

Nieto aponta que a autorregulação regulada, em inglês, *self-regulation*, se trata de um intervencionismo à distância baseado na cooperação entre os poderes públicos, sujeitos regulados e outros agentes sociais, a exemplo de ONGs (Organizações não Governamentais), com a finalidade não apenas de gerar normas de comportamento, mas de se encarregar da sua aplicação, em inglês, *enforcement*.¹⁴

Na autorregulação regulada também é possível a intervenção de terceiros¹⁵ afetados individualmente pela atividade empresarial, ou caso se trate de interesse coletivo, através de seus representantes, como por exemplo, sindicatos.¹⁶

A autorregulação regulada se utiliza de regulamentos administrativos para incentivar as empresas a adotar determinadas normas de organização destinadas a complementar a função normativa do Estado, bem como funções de poder de polícia e

¹³ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 32-33.

¹⁴ Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, p. 4.

¹⁵ Destaca Nieto: “*Esta nueva forma de regulación administrativa, distinta en forma y espíritu, a la tradicional ha sido estudiada particularmente por Ayres y Braithwaite, bajo los nombres de Trispartism o Responsive Regulation. Su eficiencia descansa en que, de un lado, permite la creatividad empresarial, al huir de una regulación detallada, y de otro, la intervención de terceros, de distintos public interest groups, tanto en el momento de la confección de los sistemas de prevención como en el del law enforcement evita problemas tan clásicos de toda la teoría de la regulación, como la posibilidad de que a través de la corrupción o el lobby las empresas consigan de la administración la regulación más propicia para sus intereses (capture theory).*” Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, p. 9; Ayres, I. Braithwaite, J. (1992), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York, pp. 55 e ss.

¹⁶ Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, p. 9.

sancionadora.¹⁷ Aponta o autor que o que caracteriza a moderna autorregulação regulada é uma intervenção administrativa distinta, menos coativa e mais dialogante, de modo que há ocasiões onde se incentiva de forma positiva a autorregulação, através de sistemas que a empresa pode aderir de forma voluntária, em outros casos, a Lei oferece princípios genéricos para que as empresas desenvolvam, mas a própria administração deve cooperar, em diálogo, na especificação do modelo organizacional de cada empresa, a flexibilização não impede, entretanto, o controle Estatal que pode exercer controle “ex ante” através de autorizações ou “ex post” através da supervisão do modelo de autorregulação criado pela empresa.¹⁸

Para Nieto o primeiro elemento da autorregulação regulada é a necessidade de que as empresas estabeleçam normas de comportamento que se baseiam em instrumentos de nomes distintos, como códigos de conduta, de bom governo, de boas práticas, técnicos ou éticos, entre outros, observa o autor que devido a complexidade técnica existente em muitos setores, como por exemplo, riscos laborais, direito dos mercados financeiros, meio ambiente, proteção do consumidor, branqueamento de capitais, dentre outros, a Lei não está em condições de regular de forma pormenorizada, de modo que a autorregulação estabelece de forma concreta e específica princípios que uma vez tenham sido elencados apenas de forma genérica.¹⁹

Referido autor pondera que o segundo elemento é o aprimoramento dos sistemas de informação, tanto o que regula as informações no interior da organização como os que estabelecem canais de comunicação com o exterior, a saber, autoridades, consumidores, acionistas, pois com essa ferramenta é possível enfrentar um dos fatores mais conhecidos dos crimes corporativos, qual seja, o compartilhamento de informação, aliado ao referido sistema de informação estão os deveres de documentação, onde a empresa produz material probatório, pois caso ocorra alguma infração é mais simplificado localizar seus responsáveis, bem como a figura do *whistleblower*.²⁰

¹⁷ Nieto, A., *Op. cit.*, p. 5.

¹⁸ Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, pp. 8-9.

¹⁹ Nieto, A., *Op. cit.*, p. 5.

²⁰ Nieto, A., *Op. cit.*, pp. 5-6.

Ademais, explica Nieto que a organização pode designar pessoas ou órgãos com o objetivo de garantir a efetividade da organização empresarial.²¹

A quarta característica importante apontada pelo autor, outrossim, é a exigência de um controle externo que certifique, avalie ou audite a idoneidade do sistema de autorregulação, aduz que, adicionalmente a auditoria para que se garanta a eficácia da organização interna está a transparência, vale dizer, a obrigação de informar publicamente sobre o modo com que a empresa se organiza para cumprir determinado objetivo.²²

Engelhart ensina sobre a distinção entre seis diferentes níveis de influência estatal nas empresas e o grau da ação reguladora, que vão desde a ausência de influência estatal e, portanto, o *compliance* como autorregulação até outros métodos que promovem a adoção de um programa de cumprimento normativo ou o prescrevem, são estes, a autorregulação, apoio informal do Estado, recompensa pelas medidas de *compliance*, sancionar a falta do *compliance*, exclusão de responsabilidade e obrigação geral de implementar um programa de cumprimento normativo.²³

a.a) Apoio informal do Estado

Próximo da autorregulação está quando o Estado, de certa forma, promove o *compliance*, podendo ser o menor nível de autorregulação regulada. O apoio do Estado nesse estágio é informal, existe apoio para um bom ambiente corporativo, mas não há

²¹ Conforme explica Nieto: “*En la literatura norteamericana se habla, en este sentido, de que la compliance solo se toma en serio por la empresa, cuando los superiores se implican en ella, considerándola (tone at the top), por tanto, un objetivo empresarial similar a la obtención de beneficios.*” Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, p. 7 *Apud* Schroeder, D. (2002), “Ethics from the top, Management and ethical business”, *Business Ethics - A European Review*, Oxford: Blackwell Publishers: Vol 11 pp. 260-267; Sheeder, Frank E. (2005), “What Exactly is “tone at the top” and is it really that a big deal?”, *Journal of Health Care Compliance*, May-June, pp. 35 ss.

²² Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, pp. 7-8.

²³ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 21-22. Para o autor: “*These different levels raise the question of whether there is a common basis in making use of compliance and whether it constitutes a new regulatory approach in a similar context to the often used term of regulated self-regulation.*”

claras regras ou incentivos. O apoio inclui incentivar a autorregulação das empresas através de anúncios públicos, discussões públicas e permitindo que as associações de empresas criem padrões de boas práticas, motivando também instituições privadas a utilizar estes padrões como condições para participação nos negócios. Ademais, o Estado pode oferecer uma ajuda maior, como lançar modelos de programas de cumprimento normativo, onde as expectativas regulatórias e maneiras de expressão podem ser expressas, tendo como exemplo a promovida por “US Environmental Protection Agency (EPA)”, nos Estados Unidos.²⁴

a.b) Organismos internacionais

Podem ser criados instrumentos não-vinculativos, como mecanismos de “soft-law” direcionados às empresas e aconselhando a adotar certas medidas de prevenção, como as recomendações lançadas pela OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e pelas Nações Unidas. Estes organismos internacionais demonstram a importância da promoção do *compliance*.²⁵

a.c) O *compliance* como fator recompensa

São medidas em que o Estado fornece uma recompensa pela adoção do instituto do *compliance* e motivam as empresas em sua implementação, ondem podem ser emitidas legislações requerendo que as empresas declarem se adotam ou não um programa de cumprimento normativo e caso não o façam, o justifiquem. Exemplo disso está na legislação alemã que onde o § 161 AktG (*Aktiengesetz*) requer que sejam listadas as empresas que estão ou não em conformidade com o Código de Governança Corporativa²⁶ alemão²⁷.

As medidas de recompensas pela adoção do *compliance* estão normalmente previstas em estruturas de responsabilidade criminal corporativa e promovem um maior incentivo para as empresas, sendo um exemplo quando as autoridades se abstém de iniciar procedimentos ou os encerram quando as medidas de *compliance* demonstram

²⁴ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 24.

²⁵ Engelhart, M., *Op. cit.*, pp. 25-26.

²⁶ Código Alemão de Governança Corporativa (Deutscher Corporate Governance Kodex), disponível em: <https://www.dcgk.de/de/kodex.html>, acesso em: 01.06.2024.

²⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 26-27.

que a empresa fez tudo o que poderia para impedir a prática de uma ilegalidade por um membro da companhia, nesse sentido, como nunca é possível descartar completamente os atos ilegais em uma empresa, é preciso avaliar se a empresa tomou medidas razoáveis antes de o ato ser cometido (abordagem *ex ante*).²⁸

a.d) Sancionar a falta do *compliance*

A falta de um programa de cumprimento normativo se torna relevante quando instituições públicas fazem com que a adoção do instituto seja uma condição para acessar fundos, empréstimos ou contratos públicos, o que vem sendo praticado por organizações internacionais, mas de uma perspectiva regulatória, a existência ou não do instituto é sancionada pela exclusão de um possível benefício.²⁹

Além disso, considerando que a falta da adoção do instituto pode ser um fator agravante já em um estágio de sentença, a abordagem da autorregulação regulada toma um passo mais largo. A falta do *compliance* como um fator agravante é possível quando as medidas são aplicadas apenas como uma aparência, mas na prática não são efetivas, o fator pode também ser tido em conta quando a empresa não desempenha ações concretas, mesmo diante de claros riscos de violação das regras legais que eram reconhecíveis. A maneira mais efetiva para abordar a ausência do *compliance* é se utilizar de uma sentença específica abrangendo a obrigação de implementar medidas de um programa de cumprimento normativo, o que permite que a autoridade sancionadora influencie diretamente a estrutura corporativa e resolva as deficiências que levaram ao delito, permitindo uma genuína ressocialização da entidade, o que é mais difícil de atingir na responsabilidade individual, podendo ser mais efetivo do que sanções monetárias.³⁰

a.e) Exclusão de reponsabilidade

Um dos grandes incentivos para adoção de um programa de cumprimento normativo são as regras que excluem a responsabilidade criminal corporativa, quando medidas de *compliance* eficientes são implementadas, tais regulações podem ser vistas no direito empresarial e são populares para a responsabilidade criminal da pessoa

²⁸ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 27.

²⁹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 28.

³⁰ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 28.

coletiva, a regulação, nesse caso, vai além de negar benefícios e sanciona a não adoção do instituto. Vale repisar, que a exclusão da responsabilidade só é possível se as medidas de *compliance* se adequam aos padrões necessários que são comumente aceitos em um ambiente corporativo.³¹

a.f) Obrigação geral de implementar um programa de *compliance*

Nas orientações de Engelhart, em um último nível, estão as obrigações gerais para implementar um programa de conformidade, o que pode ou não ser reforçado com a aplicação de sanções em caso de implementação insuficiente. Segundo o autor, essa abordagem está à margem da autorregulação regulada e próxima da clássica regulação, a autorregulação neste caso, apenas significa que a empresa pode determinar os elementos do programa de cumprimento que não foram previamente expressos em lei.³²

Para o autor, a falta de uma obrigação geral de adoção do *compliance* pode ser tida como uma indicação do desconforto do legislador em interferir substancialmente nas empresas e no seu direito de negociar livremente, a partir desta perspectiva, poderia fazer sentido estabelecer obrigações gerais a setores específicos, quando o legislador considere absolutamente necessário regular o setor.³³

Organizações privadas podem estabelecer normas de regulação reconhecidas pelo Estado, a exemplo das normas ISO (Organização Internacional de Padronização), trazendo importantes padrões de conduta para determinar deveres de cuidado, sendo um exemplo de autorregulação regulada assinalada por Engelhart é a discussão alemã sobre sanções internas chamada “Betriebsjustiz”, desenvolvida anos 1960 e 1970, que complementava procedimentos criminais em crimes menores ao aplicar sanções não-criminais na área do direito laboral.³⁴

Nesse sentido, verifica-se que a regulação estatal veio para combater o interesse puramente econômico das empresas, que por vezes ultrapassa a observância de padrões éticos e gera uma verdadeira desigualdade e descontrole no mercado. Entretanto, o Estado se viu em uma importante dificuldade, qual seja, dispor de instrumentos

³¹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 28-29.

³² Engelhart, M., *Op. cit.*, pp. 29-30.

³³ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 30.

³⁴ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 4.

necessários para o controle das organizações. Com isso, buscou-se estabelecer um meio termo, através da autorregulação regulada, onde o Estado mantém o seu poder como regulador de mercado e, por vezes, até expede recomendações, mas também dá uma margem de liberdade para as empresas se autorregularem, à troca das ferramentas internas de que dispõem as próprias organizações empresariais no combate à criminalidade.

Sousa Mendes ao coadunar com as ideias de Ayres e Braithwaite explica que o conceito de autorregulação regulada é um meio termo entre a autorregulação pura e o controle estatal efetivo e ocorre quando empresas elaboram os seus próprios programas de cumprimento, sendo que estes devem ser aprovados pelas autoridades competentes, normalmente representadas por autoridades reguladoras de setores específicos como por exemplo, energia, comunicações, de modo que caso as entidades privadas não cumpram os requisitos impostos, tais entidades reguladoras poderão agir.³⁵ Indica o autor, ademais, que de acordo com a literatura no contexto de autorregulação regulada, as funções preventivas e repressivas coexistem.³⁶

b) Regulação responsiva

Mendes esclarece que o tradicional controle estatal é formal e em face de eventual irregularidade cometida por uma empresa a pronta resposta é que se iniciem procedimentos com o objetivo de sancionar, pontua, entretanto, a existência de outra forma de controle estatal, a regulação responsiva.³⁷

Ayres e Braithwait buscam trazer soluções com medidas e estratégias para a regulação, em sua obra propõem uma abordagem intermediária, vale dizer, defendem uma estrutura regulatória flexível que corresponda ao comportamento dos regulados, dentre as principais soluções apresentadas está a pirâmide de cumprimento, onde em sua base estão intervenções mais brandas e à medida que sobe, as sanções aplicadas em face dos regulados se tornam mais severas, assim, incentivam, em um primeiro, momento medidas de cooperação, sendo que as medidas de coerção mais duras se darão à medida que os regulados não cumpram com as normas, defendem, ademais, uma abordagem

³⁵ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *Crim. Law Forum*, Vol. 33, p. 286.

³⁶ Mendes, P. S., *Op. cit.*, p. 303.

³⁷ Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 285–321.

dinâmica com contínuos ajustes das estratégias regulatórias e o envolvimento de partes interessadas.³⁸

Bolina esclarece que a ideia da pirâmide regulatória defendida pelos referidos autores supera o binômio autorregulação e heterorregulação, pois o papel de controle apenas é intensificado mediante as circunstâncias do caso concreto, indica que a intervenção inicialmente será persuasiva e, caso não produza efeitos, será intensificada.³⁹

Mendes indica que o conceito de regulação responsiva veio para aprimorar os programas de cumprimento pela indústria e ajustar o correto momento, bem como o grau de severidade das medidas adotadas, seja para controle, supervisão ou aplicação de sanções, em um primeiro momento os reguladores optam pela rota da persuasão e, em caso de não ser efetiva, aplica-se uma escala para medidas mais duras, sendo uma espécie de pirâmide de controle, em inglês: “enforcement pyramid”.⁴⁰

Para Mendes a regulação responsiva é uma espécie de autorregulação regulada, sendo, entretanto, a mais perfeita, pois para o autor é a forma mais efetiva de levar em consideração os programas de cumprimentos e os custos regulatórios, sendo, em contrapartida, a maneira menos prejudicial para as empresas continuarem a atuar em suas atividades econômicas, com esta ideia, as autoridades governantes devem ser mais responsivas para decidir o seu grau de intervenção, enfatiza, entretanto, que o problema

³⁸ Ayres, I. Braithwaite, J. (1992), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York.

³⁹ Conforme a autora: “(...) no ordenamento jurídico português é possível que os reguladores, perante a verificação de infrações no âmbito das áreas que regulam, tenham uma intervenção mais ou menos intensa consoante a necessidade dessa intervenção que se revele no caso concreto.” Em: Bolina, H. M. (2023), “Pirâmide regulatória de Ayres e Braithwaite e discricionariedade na intervenção sancionatória contraordenacional”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N., Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, (pp. 53-78), pp. 54-55 e 76.

⁴⁰ O conceito de “enforcement pyramid” foi trazido por Ayres e Braithwaite em: Ayres, I. Braithwaite, J. (1992), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York, conforme destacado por Mendes em: Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 287 e ss.

do instituto foi que este não foi projetado para maximizar a consistência da aplicação da lei.⁴¹

Mendes indica que a falta de responsabilização criminal das pessoas coletivas é uma questão de menor importância ou mera formalidade técnica no que toca aos fenômenos da regulação responsiva e da autorregulação regulada, bastando existir autoridades reguladoras com poderes para impor sanções, pois a tendência de se usar responsabilmente a aplicação de sanções pode encorajar a adoção pelas empresas de programas de cumprimento normativo.⁴²

Concordamos com o posicionamento de Mendes de que a regulação responsiva é uma espécie da autorregulação regulada, entretanto, embora na teoria seja uma estratégia que aparenta ser uma boa solução para controlar a prática de infrações pelo Estado em face das organizações empresariais, não vemos ser possível a aplicação do sistema em países subdesenvolvidos, onde impera a corrupção. As medidas flexíveis apontadas por Ayres e Braithwaite, ao que parece, são determinadas pelo próprio regulador e não previstas especificamente em legislação, o que pode dar margem para fraudes, onde a flexibilidade do regulador será de acordo com o seus próprios interesses, pensamos que, neste caso, o desenho de preceitos gerais pela legislação é fundamental, pois independente dos interesses em jogo ou até do momento político em que se encontra determinado país, a Lei deve ser cumprida e não se fazer letra morta.

II. Considerações sobre a responsabilidade criminal da pessoa coletiva

Gómez-Jara Díez aponta que as empresas são sistemas autopoieticos organizativos que despostam certas características do ponto de vista jurídico-penal como, autonomia, autoadministração, autocondução e auto-organização. A concepção de empresa como sistema autopoietico, vale dizer, como um sistema autônomo que se autoconduz, segundo o autor, proporciona importantes elementos para afirmar a responsabilidade própria da empresa.⁴³ Ademais, afirma o autor, que ao que parece, grande parte da doutrina majoritária especializada na responsabilidade penal

⁴¹ Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 285 e ss.

⁴² Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 295 e ss.

⁴³ Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194 , pp. 05:3- 05:4.

empresarial se baseia, em melhor ou menor medida, na concepção autopoiética da organização empresarial.⁴⁴

Quintela de Brito esclarece que a distinção entre imputabilidade e inimputabilidade não se refere propriamente à culpabilidade do agente na realização do ato ilícito-típico, mas sim à sua capacidade de culpa, ou seja, à possibilidade ou suscetibilidade de responsabilizá-lo por sua ação, sendo que tal conclusão é totalmente válida também para as pessoas jurídicas, aduz a autora que a responsabilidade penal da pessoa coletiva é gerada pela junção entre a auto-organização ou autorregulação e a responsabilidade social.⁴⁵

Engelhart esclarece que os países que se utilizam da “common law” têm integrado a responsabilidade criminal das pessoas coletivas em seus sistemas criminais, enquanto os países que adotam a “civil law”, especialmente os de língua alemã se opuseram a uma solução criminal por motivos dogmáticos e, em vez disso, recorreram a multas administrativas por um longo tempo. Aduz o autor, que nos anos 1990 muitos países introduziram o sistema de responsabilidade criminal corporativa, especialmente na Europa.⁴⁶

Tiedemann, por sua vez, esclarece que com a globalização e a interconexão de economias, as consequências da modernização da tecnologia, bem como as ameaças catastróficas ao meio ambiente reforçaram a visão de que não apenas atores individuais, mas também corporações devem enfrentar responsabilidade criminal pelos danos causados, referido autor pontua que essa percepção ganhou relevância na Inglaterra e Estados Unidos durante o séc. XIX e também na Europa.⁴⁷

⁴⁴ Gómez-Jara Díez, C. (2006), "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, (pp. 05:1-05-27), p. 05: 3.

⁴⁵ Brito, T. Q. (2014), “Relevância dos mecanismos de ‘compliance’ na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crime*, n. 0, Almedina, Lisboa, (pp. 75-91), p. 77.

⁴⁶ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective". In: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (eds) *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Switzerland, (pp. 53-75), p. 56.

⁴⁷ Tiedemann, K. (2014). "Corporate Criminal Liability as a Third Track". In: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (eds) *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Switzerland, (pp. 11-18), pp. 12-13.

Os países nórdicos foram os primeiros a introduzir uma genuína responsabilidade criminal das pessoas coletivas nos anos 1990, seguidos pela França em 1994, Bélgica em 1999, Suíça em 2003, Áustria em 2006, Portugal em 2007 e Espanha em 2010, bem como outros países da Europa de leste, como a República Checa em 2011, tendo na América do Sul, o Chile seguido o mesmo caminho no ano de 2009.⁴⁸

Em 2013, somente a Alemanha, a Letônia e a Grécia ainda não introduziram algum tipo de responsabilidade criminal corporativa na Europa. Na Alemanha, a questão de saber se há uma verdadeira sanção criminal contra as empresas ainda está sendo discutida intensamente. Em 2011, os ministros da justiça dos 16 estados alemães solicitaram ao Ministério Federal da Justiça que analisasse se uma sanção criminal é necessária para combater o crime econômico. Em 2013, o Bundesrat alemão, a câmara alta do parlamento alemão, realizou uma iniciativa para elaborar uma lei sobre responsabilidade criminal corporativa, portanto, o futuro pode trazer uma mudança na legislação alemã.⁴⁹

Engelhart expõe que a responsabilidade corporativa pode ser baseada em duas formas: se um gestor de alto escalão comete um crime, a empresa é considerada culpada ao menos que se prove, através da inversão do ônus da prova, a extraordinariedade do crime demonstrando que possui um programa de conformidade normativa eficaz para evitar crimes e que tal programa foi também controlado de forma efetiva, para as ofensas dos empregados subordinados, a entidade é responsável se a ofensa foi devido a uma falta de supervisão e controle dos agentes de alto escalão, mas apenas quando a empresa não possui programa de *compliance* efetivo.⁵⁰

Engelhart pontua que a responsabilidade criminal da pessoa coletiva pode ser utilizada como uma ferramenta de poder para estimular a cooperação e a conformidade por parte das organizações empresariais.⁵¹ Para Arlen, considerando que as organizações governamentais encontram dificuldades para fazer com que os indivíduos

⁴⁸ Tiedemann, K., *Op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, p. 57.

⁵⁰ Engelhart, M. (2018). "The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes", *cit.*, p. 10.

⁵¹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 5.

que pertencem às empresas cumpram com o ordenamento jurídico, a saída é a adoção da responsabilidade criminal da pessoa coletiva.⁵²

Engelhart aponta que a responsabilidade criminal da pessoa coletiva é apenas aplicada quando o ambiente corporativo contribuiu para a ofensa, de modo que a entidade pode literalmente ser chamada culpada, neste caso, uma empresa pode não ser responsável, mas seu empregado ainda ser, ainda que a empresa também seja responsabilizada por danos oriundos da responsabilidade civil, neste sentido, abordagens distintas são utilizadas para a responsabilidade individual e corporativa, ou seja, a responsabilidade corporativa trata especificamente do ambiente corporativo geral, enquanto a responsabilidade individual se concentra em ações específicas dentro desse ambiente.⁵³

Bock esclarece que medidas de persecução criminal individuais contra empregados de corporações, também podem acarretar grande impacto na empresa, como por exemplo, no caso de serem confiscados arquivos ou computadores.⁵⁴

De uma forma ampla o conceito de responsabilidade criminal da pessoa jurídica ou coletiva determina que uma empresa pode responder penalmente pelas infrações perpetuadas pelos seus participantes. A ideia central da responsabilidade criminal das entidades empresariais é determinar quando e como a empresa pode ser culpada por um crime.⁵⁵ Germano Silva muito bem esclarece que mesmo diante da existência da responsabilidade penal da pessoa coletiva em um ordenamento jurídico que “os entes coletivos não praticam crimes, respondem por factos criminosos praticados por outrem.”⁵⁶

⁵² Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *NYU Law and Economics*, Research Paper No. 23-38, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 23-54, p. 12.

⁵³ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 28-29.

⁵⁴ Bock, D. (2009), “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance“, *ZIS*, pp. 68-69.

⁵⁵ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), "Compliance as a form of defense against corporate criminal liability", *Journal of Economic Criminology*, Volume 1, 100004, ISSN 2949-7914, pp. 1-2.

⁵⁶ Silva, G. M. (2023), “Imputação da responsabilidade penal e compliance”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N, Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, (pp. 315-333), p. 316.

William Laufer indica que a lição para compreender o aumento da aplicação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva é que as organizações privadas atuam de forma estratégica na transferência de responsabilidade entre os seus agentes, com o escopo de defender seus interesses comerciais.⁵⁷

Santos aponta no que concerne a responsabilidade penal da pessoa coletiva que primariamente não se levantava tal hipótese, pois os atos das empresas eram sempre praticados por indivíduos dentro da organização, entretanto, com a complexidade das atividades empresariais levando em conta principalmente o desenvolvimento de tecnologias de ponta, as pessoas, integrantes da empresa, se tornaram fungíveis, na verdade, afirma o autor que hoje as empresas não mais necessitam dos seres humanos para cometer infrações criminais.⁵⁸

Quanto à sua responsabilidade criminal, as empresas apenas podem exculpar-se da culpa caso demonstrem que adotaram todas as medidas necessárias e razoáveis para prevenir a prática de crimes corporativos pelos seus empregados, tais medidas efetivas constituem a inclusão de programas de *compliance* idôneos, bem como a adoção de códigos de ética e conduta.⁵⁹

Nieto Martín assinala que a finalidade político-criminal da responsabilidade penal da pessoa coletiva e que estas colaborem com o Estado na execução de uma política pública como é a prevenção e a detecção de fatos delitivos, para o autor, a responsabilidade penal da pessoa coletiva representa uma delegação desta política pública, como fim de que particularmente as empresas assumam custos de prevenção e investigação das irregularidades geradas por seu funcionamento.⁶⁰

⁵⁷ Laufer, W. S. (1999). "Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance", *Vanderbilt Law Review* 1341, Volume 52, artigo 3, (pp. 1344-1420), pp. 1355-1357.

⁵⁸ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Coletiva na Era do Compliance*, NovaCausa, Edições Jurídicas, Braga, pp. 22-23. Conforme Santos: "(...) a pessoa humana (outrora a base do direito) seja, agora, um instrumento amplamente substituível no quadro da realização de objectivos empresariais."

⁵⁹ Tiedemann, K. (2014). "Corporate Criminal Liability as a Third Track", *cit.*, p. 16.

⁶⁰ Nieto Martín, A. (2023), "La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración", *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, Vol. N. 1, p. 38.

Nieto Martín esclarece que os sistemas de cumprimento constituem um sistema de controle social empresarial que auxiliam o Estado e o Direito Penal em sua tarefa de controlar a criminalidade, sendo que a melhor forma para otimizar esta colaboração é através da introdução da responsabilidade penal da pessoa coletiva, considerando que contar com uma organização defeituosa constitui o núcleo de sua responsabilidade.⁶¹

Para Nieto Martín, no caso das pequenas e médias empresas que possuem um menor poder econômico, considerando os altos custos da implementação de sistemas de prevenção, como o *compliance*, aduz o autor que neste caso, se justifica a adoção da responsabilidade penal da pessoa coletiva em âmbitos específicos, como o meio ambiente, proteção de dados, ou riscos laborais, como exemplo.⁶²

a) Responsabilidade penal da pessoa coletiva versus sanções administrativas

Nesse diapasão, surge o questionamento, se a responsabilidade criminal da pessoa coletiva é mais eficiente que as sanções administrativas no controle das infrações praticadas por empresas. Para Tiedemann não há dúvidas que uma genuína responsabilidade criminal da pessoa coletiva é uma solução mais efetiva, comparada às sanções administrativas, desde que integradas em uma estrutura apropriada, tal estrutura consiste em disposições processuais sobre procedimentos criminais contra pessoas jurídicas, as autoridades de persecução criminal devem ser revestidas de poder, legalmente e factualmente, para investigar crimes corporativos, como o exemplo de países que possuem órgãos do Ministério Público especializados em crimes de corrupção ou do colarinho branco.⁶³

Para o autor, a imposição de sanções administrativas para crimes é inconsistente e contraproducente para efeitos de dissuasão, indica que os efeitos dissuasores e preventivos da responsabilidade criminal da pessoa coletiva podem ser medidos empiricamente questionando projetivamente os potenciais destinatários, em particular os órgãos e representantes legais das empresas. No que toca a efetividade, para Tiedemann é sem sobra de dúvidas necessário que haja julgamentos públicos, um

⁶¹ Nieto Martín, A. (2013), "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal", *Anuario de Derecho Penal. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, N. 2013-2014, (pp. 171-200), p. 172.

⁶² Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 178.

⁶³ Tiedemann, K. (2014). "Corporate Criminal Liability as a Third Track", *cit.*, p. 14.

aspecto a faltar na aplicação de sanções administrativas, para o autor no que concerne a violação severa em áreas específicas como direito do trabalho, direito ambiental e concorrência, imperioso que o julgamento venha a público.⁶⁴

Engelhart assinala que as novas pesquisas do Instituto Max Planck confirmam que as medidas criminais são mais efetivas se comparadas as imposições de sanções civis ou administrativas.⁶⁵

Engelhart pontua que embora os instrumentos internacionais não exijam que os Estados introduzam um sistema genuíno de sanções penais, a obrigação de introduzir sanções eficazes e dissuasivas pode ser mais bem cumprida se os Estados implementarem uma regulamentação criminal e não um equivalente civil ou administrativo.⁶⁶

Germano Silva esclare que tem em vista que, em sentido estrito, as normas de *compliance* impostas às corporações possuem um caráter preventivo, estas têm natureza administrativa e que a sua violação ocasiona sanções na esfera administrativa e contra-ordenacional, sendo que o Direito Penal (*ultima ratio*) é acionado quando acontece efetivamente a lesão ao bem jurídico que se buscava tutelar.⁶⁷

Nesse sentido, tem-se que a responsabilidade penal da pessoa coletiva foi adotada para aprimorar o controle da criminalidade empresarial pelo Estado, tal ferramenta pode estimular a cooperação, bem como evitar que as empresas transfiram entre si responsabilidades individuais de forma estratégica, ademais, com o advento da tecnologia, uma empresa é capaz de cometer crimes sem a direta participação de uma pessoa singular, além disso, um processo criminal é ruim para a imagem de uma organização, que o tentará evitar a todo o custo. Nesse sentido, tem-se que o sistema de responsabilidade criminal da pessoa jurídica é mais efetivo como estratégia preventiva e repressiva, do que as sanções administrativas no combate à criminalidade empresarial.

⁶⁴ Tiedemann, K., *Op. cit.*, p. 14.

⁶⁵ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective". In: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (eds) *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Switzerland, pp. (53-75), p. 66.

⁶⁶ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁷ Silva, G. M. (2023), "Imputação da responsabilidade penal e compliance", *cit.*, p. 329.

1. Modelo de heterorreponsabilidade

O modelo de heterorreponsabilidade⁶⁸ tem como pressupostos o fato de referência e fato de conexão, há quem diga que é o modelo de responsabilidade adotado pela Espanha⁶⁹. O fato de conexão⁷⁰ acontece quando concorrem as circunstâncias que classicamente denotam a natureza delitiva de um fato, a ideia central é que o juízo de imputação aplicado ao membro da organização serve também como juízo de imputação de um fato delitivo da pessoa coletiva, esse fato⁷¹ seria a ação da pessoa coletiva, neste

⁶⁸ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Política criminal*, v. 14, n. 28, (pp. 323-364), pp. 325-330.

⁶⁹ Gómez-Jara Díez esclarece que: “(...) *los modelos de heterorreponsabilidad empresarial – esto es, los basados en las actuaciones de personas físicas que, en virtud de ciertos criterios, se imputan a la empresa – no encajan adecuadamente en el núcleo del Derecho penal y, por ello, no resulta extraño que se rechace la afirmación de que dichos modelos sean verdaderos sistemas de Derecho penal. No obstante, por lo que se alcanza a observar, tanto la dogmática española como la política legislativa en España han abogado por crear sistemas de responsabilidad empresarial que se centran en la persona física – esto es modelos de heterorreponsabilidad empresarial –, con los consiguientes problemas que se plantean de cara a establecer un sistema de responsabilidad penal empresarial.*” Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, n. 8, p. 05: 21.

⁷⁰ Gómez-Jara Díez aponta que: “(...) *Zugaldía Espinar, construye su completo y detallado modelo de imputación sobre la base del hecho de conexión. En efecto, este autor considera que la imposición de las consecuencias accesorias está sometida a la comprobación de los siguientes criterios objetivos de imputación: 1º) la persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario; 2º) la acción de la persona física ha de aparecer en el contexto social como de la persona jurídica; 3º) la persona física debe haber actuado en nombre e interés de la persona jurídica.*” Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *cit.*, p. 05: 22, 05: 23 *Apud* Espinar, Z. (1997) “Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas”, em: *PJ* 46, p. 341.

⁷¹ Indica Moreno-Piedrahíta que: “*Es por eso que al nombrarlo se utiliza frases muy sugestivas de la doctrina francesa -país en el que halló históricamente impulso dentro del sistema jurídico continental-, y se lo denomina modelo de responsabilidad penal por reflejo o por rebote (responsabilité par reflet/ par ricochet) de la persona jurídica.*” ⁷¹ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, p. 326.

ponto, os críticos à referida estrutura consideram-no um modelo vicarial⁷², de transferência ou contaminação, pois o fato não é praticado pela pessoa coletiva, de per si, mas depende da atuação de uma pessoa singular, seria uma espécie de responsabilidade objetiva da pessoa coletiva, quanto ao fato de referência, entende a doutrina que basta comprovar a concordância dos elementos de tipicidade e antijuridicidade do ato, discute-se, entretanto se o fato deve ser apenas objetivamente típico ou também subjetivamente.⁷³

O modelo de heterorresponsabilidade ou transferência de responsabilidade reconhece que a pessoa coletiva é considerada responsável pelos atos da pessoa física que comete o delito, desde que a pessoa física haja em nome e em benefício da corporação e seja uma pessoa que ocupe determinado cargo na organização.⁷⁴

⁷² Nieto Martín expõe: “Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o – para otros – es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la personas jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama el modelo vicarial e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales.” Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, Revista jurídica galega, ISSN 1132-6433, n. 63, (pp. 47-70), p. 55.

⁷³ Sobre o assunto, destaca Moreno-Piedrahíta: “Entre quienes exigen para la configuración del hecho de conexión solo la concurrencia del aspecto objetivo, destacan Rodríguez Ramos y Nieto Martín. El primero porque considera que la persona jurídica solo comete delitos como partícipe a título de cooperador necesario en régimen de comisión por omisión en un delito de una persona física cualificada, y, consecuentemente, que el aspecto subjetivo del tipo estaría referido a la persona jurídica aunque exigiendo solo imprudencia, como culpa in constituendo, in instruendo, in eligendo vel invigilando.³⁹ El segundo porque refiere en una forma más amplia el aspecto subjetivo del tipo a la persona jurídica y su defecto de organización, al concebir el dolo y la imprudencia corporativos como formas de “gravidad del defecto de autoorganización”. Entre quienes exigen que un hecho sea objetiva y subjetivamente típico para configurarse como hecho de conexión destaca GÓMEZ TOMILLO, porque considera que al no estar así ninguno de los aspectos del tipo referidos a la persona jurídica imputada, el modelo empleado para fundar su responsabilidad no necesitaría concebir ni dolo ni negligencia corporativos, ya que solo requeriría constatar esos elementos en la persona física, para satisfacer la exigencia de que su responsabilidad penal sea subjetiva.” Em: Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, p. 331.

⁷⁴ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, in: Colomer, J. G., Boquín, C. M. M. (eds), *Tratado Sobre Compliance Penal -*

Casas e Feijoo apontam que este modelo também chamado sistema de transferência, responsabilidade por atribuição, responsabilidade pelo fato (do outro), vicarial, subsidiária ou heteroresponsabilidade ocorre quando uma pessoa individual comete o delito no seio de uma pessoa coletiva, em seu nome e/ou em seu proveito, a responsabilidade do indivíduo é transferida à organização, não é necessário conjecturar se a empresa agiu de forma negligente, com imprudência ou dolo, não se analisa a sua culpabilidade, basta que a pessoa natural cumpra os requisitos clássicos da culpa para que a pessoa jurídica responda criminalmente, o que na perspectiva dos autores, dá lugar a uma espécie de responsabilidade penal objetiva em face da pessoa coletiva.⁷⁵

2. Modelo de autorresponsabilidade

O modelo de autorresponsabilidade⁷⁶ ou de fato próprio da pessoa coletiva tem como pressuposto paradigmático da imputação o defeito da organização, ao contrário da heretoresponsabilidade, este modelo de imputação faz responsável a pessoa jurídica por aquilo que pode realizar por si mesma, se organizou-se⁷⁷ bem ou mal e se adotou uma cultura organizativa ou não de conformidade com o direito, o conceito se completa⁷⁸

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión, Tirant lo blanch, Valencia, (pp. 101-123) pp. 107-108.

⁷⁵ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, n. 28, (pp. 26-47), p.27.

⁷⁶ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, pp. 333-335.

⁷⁷ Sobre uma responsabilidade ou culpabilidade própria da pessoa coletiva, assevera Nieto Martín: “Ésta respondería cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural.” Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *cit.*, p. 55.

⁷⁸ Conforme Moreno-Piedrahíta: “El modelo de autorresponsabilidad se completa con el concepto de culpabilidad por cultura empresarial de irrespeto al Derecho, con el cual Gómez-Jara da una versión de la culpabilidad normativa de las personas físicas de Jakobs, para la naciente teoría del delito de las personas jurídicas. Según se sabe, el profesor Jakobs entiende que en el “ámbito de [las] metareglas” existe una norma de culpabilidad que se encuentra “Detrás” de las normas de conducta, y que contiene la prohibición de abandonar “el rol de ciudadano respetuoso del Derecho”, el cual sería la generalización de “la expectativa de que no haya culpabilidad” o “la expectativa de una fidelidad suficiente al Derecho”. A decir de Gómez-Jara, existiría una norma de culpabilidad semejante, respecto

com o conceito de culpabilidade por cultura empresarial de desrespeito ao direito. Em suma, nas palavras de Moreno-Piedrahíta, existiria na sociedade uma norma jurídica de obrigação de fidelidade à lei⁷⁹ com a proibição de abandonar o papel do cidadão (organização) fiel à lei contendo expectativa social de um “nenimen laedere empresarial” segundo o qual toda empresa deve comportar-se, diga-se, organizar-se, de forma auto-responsável, onde ninguém seja prejudicado, o dever seria cumprido ao manter-se uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, fala o autor no nascimento de teoria do delito das pessoas coletivas, que embora tenha sido concebido para a culpabilidade, tem sido transferido para o injusto das pessoas coletivas⁸⁰.

Casas e Feijoo apontam que esse sistema, também chamado defeito de organização ou defeito de estrutura, sistema de culpabilidade, responsabilidade por fato próprio ou autorresponsabilidade leva em conta a própria conduta, o fato próprio, da pessoa coletiva, analisa a sua estrutura interna, sua organização e se o modo de atuação foi negligente e facilitou o cometimento do delito no seio de sua organização, para os autores, apenas nesse modelo os programas de cumprimento normativo parecem desempenhar algum papel, pois no sistema de heterorresponsabilidade a conduta própria da empresa resulta indiferente, pois sempre responde pelo fato do outro, a pessoa

a un rol semejante, en que se habría generalizado una expectativa semejante frente a las personas jurídicas.” Em: Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, cit., p. 335 Apud PRITTWITZ, C., et al. (Coords.), FS Klaus Lüderssen: Nomos, 2002, pp. 559-575, pp. 560, nota 7 y ss.; JAKOBS, Günther, Bases para una teoría funcional del Derecho penal, Trads.: Cancio, M. et al., Lima: Palestra, 2000, pp. 46, 64, 105. Jakobs, Günther, Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 1ª ed., Madrid: Civitas, 2004, p. 92.

⁷⁹ Neste sentido, assinala Gómez-Jara Díez: “*El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto, el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho y, en consecuencia, la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho; es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico-penal empresarial.*” Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, cit., p. 05: 18.

⁸⁰ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, cit., pp. 335-336.

individual, de modo que irrelevante a adoção de um programa de cumprimento normativo.⁸¹

O modelo de autorresponsabilidade entende que a pessoa jurídica é responsável por seus próprios atos, vale dizer, por atos criminosos que ela mesma comete, embora também sob a suposição de que as pessoas que ocupam determinados cargos (diretores, gerentes, funcionários) tenham realizado um ato em nome e para o benefício da corporação. A base ou a natureza desse ato criminoso específico da pessoa coletiva varia entre as variantes desse modelo, embora ele geralmente se concentre em defeitos organizacionais. Também é comum nesse modelo que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclua a responsabilidade da pessoa individual.⁸² Há quem diga que apenas no modelo de autorresponsabilidade um programa de cumprimento normativo criminal pode desempenhar um papel relevante, pois o modelo de heterorresponsabilidade não consideraria a forma de organização da pessoa coletiva⁸³, entretanto, aponta Moreno-Piedrahíta que não é acertado considerar que o *compliance* é um elemento estranho ao modelo de heteroresponsabilidade e típico do modelo de autorresponsabilidade, pois o instituto deve ser o elemento central de qualquer teoria do crime das pessoas coletivas.⁸⁴

Neira aponta que a maior parte dos sistemas legais estabelecem modelos de autorresponsabilidade, pois a responsabilidade da organização, ainda que pressuponha o cometimento do delito por parte de uma pessoa individual, é fundamentada pelo incumprimento de certos deveres de direção e supervisão por parte da própria empresa,

⁸¹ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p.27.

⁸² Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, p. 108.

⁸³ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, p. 336; Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de "compliance" penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la I.O. 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, pp. 26-47.

⁸⁴ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, p. 358.

ocasião em que os programas de cumprimento normativo desempenham um importante papel na prevenção e detecção de infrações penais.⁸⁵

3. Modelo misto

Moreno-Piedrahíta aduz que a melhor e vinculante interpretação do fato de conexão, não conduz à verificação de um fato externo, mas sim de uma ação coletiva e, da mesma forma, leva à necessidade de avaliar se foi ou não adotado um programa de *compliance* eficaz no que concerne a esse conceito.⁸⁶ Para o autor, o fato de que o *compliance* aparece como uma “clave de bóveda” (expressão em espanhol) que unifica todos os pressupostos por eles postulados, indica que os limites entre os modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas são artificiais e que, portanto, não existem realmente, esta inter-relação entre os seus pressupostos demonstraria necessariamente que todo modelo de teoria do crime de pessoas deve ser misto, não sendo é mais uma opção da tripartição dos modelos tradicionalmente defendidos⁸⁷.

4. Sanções

Cavero destaca que um setor importante da doutrina defende que a imposição de uma pena a uma pessoa coletiva deve ser sustentada com pressupostos distintos dos utilizados para sancionar uma pessoa natural, onde, basicamente, a pessoa coletiva seria sancionada penalmente pela prática de um delito em seu benefício, por parte de uma pessoa natural a ela vinculada, sem que previamente os seus órgãos de decisão tenham adotado e implementado um *criminal compliance* idôneo para prevenir ou reduzir significativamente o risco de sua realização, para o autor, entretanto, necessário construir uma teoria do delito da pessoa jurídica que seja analogicamente a utilizada para imputar a responsabilidade penal à pessoa natural.⁸⁸

As sanções aplicadas podem ser de diversos níveis, de uma responsabilização de empresa em segundo grau, com multas e penas em face de seus empregados, até a mais

⁸⁵ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Polít. crim.*, Vol. 11, Nº 22, Art. 5, (pp. 467-520), p. 468.

⁸⁶ Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *cit.*, p. 341.

⁸⁷ Moreno-Piedrahíta Hernández, C., *Op. cit.*, p. 358.

⁸⁸ Cavero, P. G. (2022), “La imputabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, Vol. 2, N.05, ISSN: 2764-1899, (pp. 136-158), p. 137.

severa sanção como a liquidação compulsória das companhias, uma espécie de “pena de morte” para as empresas, o que tem ganhado importância em face do crime organizado.⁸⁹

Nieto Martín destaca que o fim que persegue a imposição de uma sanção às pessoas coletivas é principalmente para que esta adote medidas de prevenção e detecção de fatos delitivos, a forma mais sensível para o *jus puniendi* conseguir este objetivo é através da multa, esta sanção tem o condão de convencer a empresa de que é mais rentável o respeito à legalidade, implementando medidas de prevenção e detecção de fatos delitivos, não obstante, há um limite, pois uma multa excessiva pode ocasionar a falência da empresa prejudicando sócios, trabalhadores e credores, de modo que, multas muito elevadas têm um impacto social indesejável. Pondera o autor, que há casos em que a cultura corporativa e a ganância de determinados membros de uma corporação é tão latente, que estes não se preocupam com o prejuízo causado à organização e a sanção de multa por vezes não é suficiente para conter a criminalidade, ocasião em que surge a necessidade de outros tipos de sanções com intervenções estruturais na organização, para o autor as penas devem ser aplicadas proporcionalmente não só ao delito cometido, como também com o tipo de autor.⁹⁰

No que tange a aplicação de sanções em face de uma pessoa coletiva sempre existiu a sanção monetária que, muitas vezes, também é a única prevista pela lei criminal, mas há outras medidas, como a exclusão do direito a benefícios ou auxílios públicos, desqualificação temporária/permanente da prática de atividades comerciais, supervisão judicial ou uma ordem judicial de liquidação, esses elementos foram parcialmente adotados como sanções penais por sistemas legislativos, entretanto, essas medidas ainda são regulamentadas no domínio do direito administrativo ou civil.⁹¹

5. Argumentos contra a aplicação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva

Nieto Martín destaca que no século XIX o dogma *societas delinquere non potest*, que não permitia a responsabilização criminal de uma pessoa jurídica estava estritamente conectado com a forma de entender a culpabilidade e a pena. Assevera que

⁸⁹ Tiedemann, K. (2014), "Corporate Criminal Liability as a Third Track", *cit.*, p. 12.

⁹⁰ Martín, A. N. (2009), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", *cit.*, p. 65.

⁹¹ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, p. 60.

quando uma pessoa atua de forma culpável se entende que realizou um fato delitivo quando era possível atuar de outro modo, vale dizer, conforme o ordenamento. A ideia do Direito Penal do século XIX era a de que tendo em vista o princípio da personalidade das penas, a pena era vinculada a uma culpabilidade individual, o que, portanto, a imposição de uma sanção a uma pessoa coletiva significava para muitos uma forma de responsabilidade coletiva contrária ao princípio da personalidade das penas.⁹²

Assinala Níeto Martín que uma segunda corrente contra a responsabilidade criminal da pessoa coletiva provinha da forma de entender a essência do delito, que na história básica foi concebido pelas teorias da causalidade (um comportamento humano que desencadeia um curso causal que produz dano ao bem jurídico) e da finalidade (onde a intenção do autor, o dolo, ganha destaque, dirigido à lesão do bem jurídico), de modo que, enxergar a responsabilidade penal da pessoa coletiva dentro de qualquer das referidas formas de entendimento, era pouco menos que impossível, pois certo que uma pessoa coletiva não possui vontade no conceito finalista de ação, nem possui capacidade de iniciar um curso causal.⁹³

Díaz e Conlledo esclarecem que uma das razões tradicionais para a negação da possibilidade de responsabilidade criminal das pessoas coletivas é a sua incapacidade de ação, pois não se enquadra nos conceitos de ação majoritários da doutrina, que geralmente ligam tal conceito a uma ação humana minimamente voluntária manifestada externamente, por assim dizer, como uma emanção da personalidade do sujeito, as atuações das pessoas coletivas carecem de vontade, caráter humano e personalidade em sentido estrito, retrata, entretanto, que também é possível construir um elemento base de responsabilidade das pessoas coletivas pela prática de crimes pelas pessoas físicas que as compõem que cumpra função semelhante à da ação.⁹⁴ Esclarecem que a causalidade de um modo tradicional não é realizada pela pessoa coletiva, pois a maioria dos tipos penais envolvem condutas humanas, entendem os autores que não se pode conceber uma pessoa coletiva amparada por uma causa de justificação, sendo assim, é difícil falar de um injusto inerente à pessoa coletiva que seja comparável ao injusto pessoal que

⁹² Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *cit.*, p. 51.

⁹³ Martín, A. N., *Op. cit.*, p. 51.

⁹⁴ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, p. 110.

imperar em relação às pessoas físicas, sendo também problemático o tema do dolo e da imprudência.⁹⁵ Busato, em contrapartida, entende que não há dificuldade para entender que as pessoas coletivas realizam ações próprias, com seu próprio desvalor de ação e resultado.⁹⁶

O motivo que leva Díaz e Conlledo defenderem a inexistência da responsabilidade criminal da pessoa coletiva é que não é possível às corporações atuarem com culpabilidade, menciona que os que entendem de forma contrária utilizem como argumento o defeito na organização, onde a má organização geraria uma cultura empresarial de incumprimento e geradora de risco, o que para os autores não é fundamento suficiente.⁹⁷

Em suma, veem os referidos autores imensas dificuldades para adoção de uma responsabilidade criminal corporativa, tais como figuras da teoria do crime, causas de justificação, exclusão de culpa ou mesmo de punibilidade, circunstâncias agravantes e em aspectos objetivos como autoria e participação, e *iter criminis*.⁹⁸ Entendem, além disso, que se a pena for baseada na prática de um crime e na culpa do sujeito, dificilmente haverá, de fato, penas, para as pessoas coletivas, uma vez que não cometem crimes nem são suscetíveis de culpabilidade⁹⁹.

Weezel indica que é deduzido que para o Direito Penal as pessoas jurídicas são pessoas apenas em sentido muito estrito e que quando são castigadas, na realidade se quer influenciar sobre as decisões que tomam as pessoas singulares que as controlam ou administram, para o autor, se assume implícitamente, que apenas as pessoas individuais

⁹⁵ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, pp. 111-112.

⁹⁶ Busato, P. C. (2019), *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 95 e ss.

⁹⁷ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, pp. 116-17.

⁹⁸ Díaz, M. Conlledo, G., *Op. cit.*, pp. 118.

⁹⁹ Díaz, M. Conlledo, G., *Op. cit.*, p. 119.

podem delinquir, entretanto, os encargos são impostos às pessoas jurídicas para aumentar os incentivos para que os administradores ou controladores evitem o crime.¹⁰⁰

Weezel, ao analisar a legislação chilena (Lei n. 20.393), aponta que, se os encargos impostos às pessoas jurídicas forem vistos como sanções penais autênticas, isso acarreta uma transformação radical no discurso sobre a punição e no significado da lei. Nesse novo contexto, a expressão "pena" perde grande parte de sua capacidade simbólica e comunicativa, pois é usada sabendo que se refere a uma consequência jurídica distinta daquela reservada às pessoas físicas, para o autor, assim, entre outros efeitos, a punição se confunde com a coerção. O autor, assim, defende a possibilidade de no lugar de utilizar o poder do Estado, trabalhar um direito administrativo de prevenção do delito em contexto empresarial orientado ao futuro e a desnecessidade de banalizar o direito penal e processual penal.¹⁰¹

Como dito anteriormente, embora os argumentos aqui elencados, consideramos a responsabilização criminal da pessoa coletiva uma mais-valia no combate à criminalidade empresarial, além disso, os programas de cumprimento normativo podem gerar efeitos na condução de processos ou procedimentos que apuram infrações em face da pessoa coletiva, independente do modelo de responsabilização criminal adotado (heterorreponsabilidade, autorresponsabilidade ou misto).

III. Programas de cumprimento normativo ou *compliance*

A autorregulação empresarial, para além de ter uma função própria dentro do sistema de normas penais ou dos ordenamentos jurídicos, gerou um sistema de “enforcement” autônomo que contribuiu para a expansão dos programas de cumprimento normativo.¹⁰² Programas de *compliance* podem ser diretamente relevantes para determinar os elementos do crime e como ferramenta de defesa na

¹⁰⁰ Van Weezel, A. (2010), “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 3, (pp. 114-142), p. 140.

¹⁰¹ Van Weezel, A. (2010), “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *cit.*, p. 140.

¹⁰² Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 173.

responsabilidade criminal da pessoa coletiva.¹⁰³ Ensina Mendes, que se tornou cediço que a adoção de programas de cumprimento normativo poderia minizar danos à reputação das empresas, bem como sanções em caso de eventuais infrações cometidas.¹⁰⁴

Engelhart pontua que dentre os motivos que levam uma empresa a adotar um programa de cumprimento normativo um dos mais importantes é a redução de riscos de infringir a legislação e possíveis sanções, de modo que promover um comportamento de conformidade é de essencial interesse para uma empresa, a motivação pode também ser relacionada ao sucesso da empresa quando os acionistas e demais atores do mercado, de fato, esperam a adoção de medidas de cumprimento normativo, de modo que é um critério fundamental para uma boa reputação e para ser um bom parceiro de negócios, podendo até ser uma pré-condição ou pelo menos uma ação valiosa, para certas negociações como a venda e fusões de empresas.¹⁰⁵

Assim, embora o *compliance* possa ser visto como um ônus a ser realizado, particularmente pelas organizações empresariais menos complexas, a implementação do instituto pode ser vista como um benefício para as empresas, pois pode influenciar diretamente na determinação da culpa das empresas e reduzir o risco de uma exposição negativa de sua imagem.¹⁰⁶

Engelhart assinala que quando o Estado não é presente, parte da motivação da autorregulação é promovida por claros requerimentos de *compliance* através de instituições privadas, que podem ser uma condição para participar de negócios de mercado. Além disso, muitas associações industriais elaboram modelos de programas de cumprimento normativo e esperam ou exigem que seus membros o implementem, estes modelos podem contribuir para estabelecer padrões de boas práticas, embora uma empresa não esteja, de fato, obrigada a participar ou se vincular, a pressão de fazer parte

¹⁰³ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 11.

¹⁰⁴ Mendes, P. S. (2018), “Law Enforcement & Compliance”, in: Palma, M. F. Dias, A. S. Mendes, P. S. (Eds.), *Novos estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, (pp. 11-20), p. 12.

¹⁰⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 22.

¹⁰⁶ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), "Compliance as a form of defense against corporate criminal liability", *Journal of Economic Criminology*, Volume 1, 100004, ISSN 2949-7914, pp. 1-2.

é frequentemente considerada como o mesmo efeito que uma regulação estatal. Ademais, é possível que esses esforços sejam tidos em consideração em ações ou procedimentos públicos sancionatórios, mas estes não são motivados inicialmente por ações do Estado.¹⁰⁷

Engelhart retrata que da perspectiva das empresas a implementação de um programa de cumprimento normativo é motivada pelo desejo de proteger a entidade, a alta administração e os seus acionistas¹⁰⁸. Outra motivação é tentar transferir a responsabilidade do mais alto nível de gestão para o nível médio de gestão ou unidades de *compliance*. Nestes termos, embora não seja possível uma delegação completa de funções, a delegação não só torna mais pessoas responsáveis pelas questões de conformidade, mas também frequentemente altera a natureza do dever dos altos níveis de gestão, de uma visão detalhada de responsabilidade para um aspecto de supervisão.¹⁰⁹

Engelhart pontua que um dos perigos do *compliance* é acobertar internamente condutas internas e prevenir que as autoridades saibam dos fatos, o que significa que um programa de cumprimento normativo pode contribuir para uma cultura de segredo, onde as investigações oriundas de medidas de *compliance* têm uma importante função de filtrar quando certas informações devem ser trazidas às autoridades públicas.¹¹⁰ Esclarece o autor, entretanto, que o *compliance* apenas pode funcionar se o legislador ou regulador apresentarem medidas aplicáveis para a aplicação do programa.¹¹¹

Bock indica que a não aplicação de programas de cumprimento normativo no seio das organizações, economicamente falando, é uma desvantagem pois interfere de forma negativa na reputação da empresa.¹¹² Teresa Quintela ressalta, ademais, que a não aplicação do *compliance* no seio de uma organização empresarial, por si só, não determina uma sanção penal para a pessoa coletiva, mas a adoção do instituto beneficia

¹⁰⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 23.

¹⁰⁸ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 22.

¹¹⁰ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 23.

¹¹¹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 37.

¹¹² Bock, D. (2009), “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion - § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *cit.*, p. 69.

a entidade, pois será reduzido o risco da prática de uma infração e pode favorecer corporação ante a eventual apuração de delito.¹¹³

1. O conceito de *compliance* ou programa de cumprimento normativo

O termo *compliance* pode ter mais de uma nomenclatura, nesse sentido, Neira indica que a expressão *criminal compliance programs* pode ser traduzida como “programas de cumprimento normativo penal”, ademais, foi utilizada em uma proposta de Código de Processo Penal da Espanha, que não chegou a tramitar, o termo “sistemas de controle interno” e na terminologia do Código Penal Espanhol vigente são designados como “modelos de organização e gestão”, alerta a autora, outrossim, que a legislação italiana fala em “modelos de organização”, a regulação chilena se refere a “modelos de prevenção de delitos” e a ISO 19600 indica o termo “sistemas de gestão de *compliance*”.¹¹⁴

Engelhart conceitua o *compliance* como uma soma de medidas que garantem uma aderência às regulações legais, adotando ferramentas preventivas e de detecção quanto ao cometimento de infrações, o conceito não é proveniente da tradicional ideia entre prevenção e repressão, trata-se de uma definição mais abrangente que contempla ambos aspectos. A natureza de um programa de cumprimento normativo pode variar abordando um tópico específico ou até mesmo medidas gerais.¹¹⁵

Ademais, um programa de cumprimento normativo é uma combinação de medidas, com implicações ética e legais, o que consideradas em conjunto, pode levar uma pessoa coletiva a não ser responsabilizada criminalmente.¹¹⁶ São mecanismos

¹¹³ Brito, T. Q. (2018), “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, in: Palma, M. F. Dias, A. S., Mendes, P. S., *Estudos sobre Law Enforcement, compliance e direito penal*, ed., Almedina, Coimbra, (pp. 57-100), p. 64 *Apud* Patrício, R. (2016), “Compliance é prevenção, mas também é defesa”, *Revista Exame*; Vila, I. C. (2013), “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in: Silva Sánchez, J. M. e Fernández, R. M. (Eds.), *Criminalidad de empresa y compliance - Prevención y reacciones corporativas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, (pp. 43-76), pp. 65-66 e 71.

¹¹⁴ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 470.

¹¹⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 2-3.

¹¹⁶ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), “Compliance as a form of defense against corporate criminal liability”, *cit.*, p. 1. *Apud* Kotlan, P., Ondruš, M., Kozlova, A., Kotlan, I., Petr, P., Kalabis, R.,

internos para que as empresas previnam e detectem a perpetuação de infrações.¹¹⁷ Além disso, o *compliance* pode ser conceituado como um conjunto de ferramentas de investigação interna¹¹⁸ que busca coibir a prática de infrações seja criminal ou de qualquer outra natureza.

Rotsch destaca que o instituto em debate se trata de “to be in compliance with the law”, em tradução livre, estar em conformidade com a Lei, sendo que *compliance* também significa “capacidade de aprendizagem” e pode ser traduzida, de forma não exata, como “conformidade ao direito” (*gesetzmäßig*).¹¹⁹ Indica o autor que dentre os sistemas de supervisão empresarial, o *compliance* é apenas um destes instrumentos.¹²⁰

Alfaro retrata que os programas de *compliance* são mecanismos que visam a implementação de uma cultura empresarial em que o cumprimento da lei é um valor que permeia as várias componentes da estrutura empresarial. Ademais, indica o autor que o efeito preventivo do *compliance* pode ser observado através dos resultados da criminologia, que mostram o impacto da cultura empresarial nas pessoas que participam da estrutura organizacional.¹²¹

Casas e Feijoo indicam que o termo *compliance programme* é um nome anglo-saxão, que aplicado ao direito penal é traduzido como programas, planos ou sistemas tendentes a evitar que se cometam delitos no seio de uma empresa.¹²²

(2023). “Criminal compliance program as a tool for criminal liability exculpation of legal persons in the Czech Republic”, *Laws* 12 (2), 20.

¹¹⁷ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), “Compliance as a form of defense against corporate criminal liability”, *cit.*, p. 1 *Apud* Wellner, P.A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *Cardozo L. Rev.* 27, 497.

¹¹⁸ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, *cit.*, p. 70.

¹¹⁹ Rotsch, T. (2012), “Criminal Compliance”, *cit.*, p. 2.

¹²⁰ Rotsch, T., *Op. cit.*, p. 2.

¹²¹ Alfaro, L. M. R. (2015), “Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados”, Em: Ambos, K., Caro Coria, D. C., Malarino, E. (Eds.), *Lavado de activos y compliance - Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista editores, Lima, (pp. 453-475), p. 475.

¹²² Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 26.

Rotsch assinala, outrossim, que o *compliance* se trata de um princípio vigente em cada um dos ordenamentos jurídicos estatais onde as empresas e seus órgãos devem operar de forma harmônica com o ordenamento jurídico em vigor.¹²³

Conforme assinala Santos¹²⁴ sob o ponto de vista processual, os programas de cumprimento normativo ou *compliance* é um espaço de cooperação entre o Estado-Juiz e a iniciativa privada.

2. A origem dos programas de cumprimento normativo

Conforme esclarece Mendes, os programas de cumprimento normativo se originaram nos Estados Unidos em 1909, o mesmo ano em que a Suprema Corte reconheceu pela primeira vez que empresas poderiam ser responsabilizadas pelas condutas criminais e omissões de seus agentes.¹²⁵ O autor pondera que, na realidade, os programas de cumprimento iniciaram até mesmo antes da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ser consolidada no ano de 1909, relata, entretanto, que não há dados empíricos suficientes que comprovem este ponto de vista.¹²⁶ No mesmo sentido, Engelhart retrata que as discussões acerca do *compliance* e sua regulamentação são fortemente influenciadas pela abordagem proveniente dos Estados Unidos, por isso o instituto é comumente discutido em conexão com a responsabilidade criminal da pessoa coletiva.¹²⁷

Na mesma toada, Engelhart esclarece que as raízes do *compliance* podem ser rastreadas nos anos 1930, na década de 1950, sendo que a área de regulamentação antitruste introduziu os primeiros programas de conformidade para combater violações e com o movimento de ética empresarial das décadas de 1970 e 1980, a prevenção de crimes tornou-se um tópico abordado por empresas e reguladores. O desenvolvimento de “federal guidelines” para sentenças na década de 1980 possibilitou a continuidade da

123 Rotsch, T. (2012), “Criminal Compliance”, *cit.*, p. 2 *apud* Hauschka, Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2ª ed., 2010, § 1, Nm. 1.

124 Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Coletiva na Era do Compliance*, *cit.*, p. 83.

125 Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 290 e ss. Mendes ainda faz referência ao seguinte julgado: New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909).

126 Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 290 e ss, nota de rodapé n. 15.

127 Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 5.

abordagem da ética empresarial em um novo nível. Foi preciso esperar até 1991 e a introdução “Corporate Federal Sentencing Guidelines” para ir além de um “código de ética” por escrito, já que ele exige que as empresas estabeleçam uma estrutura corporativa preventiva completa e integra a conformidade aos conceitos regulatórios. Desde 1991, a conformidade não só se espalhou por todas as áreas do direito, mas também se tornou muito popular no continente europeu e está a caminho de ser adotado na Ásia e na América Latina.¹²⁸

a) A evolução dos programas de cumprimento

Pontua Mendes que no ano de 1991, nos Estado Unidos, houve uma significativa mudança no instituto do *compliance* com a publicação das *Sentencing Guidelines*, aqui as penalidades em detrimento das empresas eram avaliadas proporcionalmente às medidas implementadas pela organizações previamente às infrações cometidas, essa mudança criou um ambiente onde o objetivo seria persuadir as empresas a aprimorar seus programas de cumprimento normativo, neste sentido, às reprimendas poderiam ser reduzidas em até 95% caso a empresa dispusesse de um programa de conformidade eficaz anteriormente à prática da infração normativa.¹²⁹

Com efeito, a questão central se tornou verificar quais as características que determinariam que um programa de cumprimento normativo fosse, de fato, eficaz para prevenir más condutas. Desse modo, as *Guidelines* se tornaram o componente fundamental em qualquer assunto relacionado à responsabilização de pessoas coletivas. Ademais, posteriormente, no ano de 2002, o “Sarbanes-Oxley Act”, comumente referido como SOX e o “Dodd-Frank Act” de 2010 endureceram os requisitos e as penas em casos de não conformidade.¹³⁰

¹²⁸ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, p. 61.

¹²⁹ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, p. 292.

¹³⁰ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 292-293.

3. Características de um programa de cumprimento normativo

Sem pretensão de esgotar o tema, recorremo-nos ao estudo de Casas e Feijoo¹³¹, levando em conta sistemas normativos internacionais, para elencar algumas das importantes medidas que devem ser contidas em um programa de cumprimento normativo, a lembrar que deve sempre ser observada a particularidade e ramo de atuação de cada empresa, bem como a influência do setor regulatório em sua atividade.

O programa de *compliance* deve ser efetivamente aplicado pela empresa, com a execução do programa no seio da sua estrutura com medidas documentais, como protocolos, manuais, registros, com a ressalva de que esses documentos não consituem o programa em si, mas uma prova de sua existência.¹³² Wellner retrata que as características básicas de um programa de cumprimento normativo são a existência de um código de conduta formal, um escritório, um responsável de conformidade e uma linha telefônica direta para os funcionários.¹³³

Ademais, é importante estabelecer uma estrutura de prevenção de delitos adequada ao tamanho da organização é recomendável o nomeamento formal e documentado de um responsável de cumprimento e prevenção penal, em inglês, *compliance officer*, pessoa com capacidade técnica e acreditada que dependa diretamente do órgão de administração da empresa, cujas funções seriam: a implementação do programa na estrutura da empresa, seguimento e controle da efetividade do programa, proposições de aperfeiçoamento do programa e

¹³¹ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 43.

¹³² Para Casas e Feijoo: “*En otras palabras, la compliance penal no puede ser de papel, no puede ser una commodity, un producto fungible, intercambiable, válido para cualquier empresa y situación, desconectado del caso concreto y resuelto en un simple protocolo por escrito. Debe acreditarse el compromiso efectivo de la compañía y sus órganos de dirección en la instauración de una política real, tangible, adecuada al caso concreto, de cumplimiento en todos los ámbitos y niveles de la entidad.*” Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 44.

¹³³ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *Cardozo Law Review*, (pp. 497-528), p. 497.

implementação de novas medidas, reporte ao órgãos de direção da empresa considerando que a administração da empresa deve supervisionar tal delegação¹³⁴.

Paralelamente é importante a adoção de um sistema de avaliação de riscos, interna ou externa, com a implementação de medidas concretas com o objetivo de neutralizar tais riscos, a exemplo da implementação de um código de conduta corporativo escrito, com seu respectivo sistema de sanções e infrações, códigos internos específicos às particularidades da organização como em matéria de anti-corrupção com reflexos até mesmo nas cláusulas dos contratos de trabalho laborais, políticas expressas de utilização de meios tecnológicos pelos empregados no seio da organização, como telefones e e-mails, formação contínua dos administradores, representantes e empregados, sistemas efetivos de infrações e sanções internas, canal interno de denúncias anônimas, em inglês, *whistleblowing*, que garanta a ausência de represálias.¹³⁵

Vale destacar, ademais, a importância dos procedimentos de supervisão, acompanhamento e atualização dos programas de cumprimento normativo, que expõe a natureza dinâmica do instituto, um sistema de cumprimento estático se mostrará ineficaz, pois as realidades sociais, econômicas e tecnológicas estão sempre a evoluir, acompanhado sempre com a atualização e formação contínuas dos integrantes da organização empresarial e de um sistema de auditorias interno ou externo, de quando a quando, a depender das particularidades da companhia.¹³⁶

No mesmo sentido, Nieto Martín aponta que as particularidades de um programa de cumprimento normativo são constituídas em três grandes pontos: o primeiro, a legislação interna da organização, que pode ser relacionada a prevenção de riscos laborais, proteção de dados, branqueamento de capitais, dentre outros, afirma o autor que tais normas são procedentes da autorregulação regulada, ademais, pelo comum é nomeado um responsável pela administração de riscos, elaborado um sistema de documentação e normas de conduta; segundo, o bom governo corporativo, que se traduz

¹³⁴ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, pp. 44-45.

¹³⁵ Casas, I. C., Feijoo, M. A., *Op. cit.*, pp. 45-47.

¹³⁶ Casas, I. C., Feijoo, M. A., *Op. cit.*, p. 47.

na ideia de lutar contra o abuso de poder no seio da organização e gerar, na forma que ocorre nos sistemas democráticos, um sistema de “checks and balances”; em terceiro, estão os códigos éticos, onde os de última geração possuem caráter obrigatório para os empregados, o que é traduzido na imposição de sanções em caso de violação.¹³⁷ Retrata o autor, dentre outros pontos importantes, as auditorias internas, cuja função é detectar fraudes internas eventualmente cometidas por empregados ou diretores e as certificações de padrões de qualidade, como a ISO, por exemplo¹³⁸.

a) Investigações internas

Os procedimentos de investigação estão entre algumas das estratégias adotadas internamente pelas organizações para apurar alegadas violações de regulações ou medidas de *compliance*, tal medida é conduzida pela própria organização, sendo tais providências parte de um sistema de monitoração. Vale ressaltar, que tais investigações podem não estar restritas ao exercício de um programa de *compliance*, mas também podem ser parte de um sistema de cooperação entre as empresas e o Estado, que pode trazer como debate a privatização das funções públicas.¹³⁹

As medidas de investigação de um programa de cumprimento normativo podem ser utilizadas para conduzir uma investigação interna. Estas medidas investigativas permitem que sejam criadas rotinas sem a pressão de um caso em andamento e com tempo suficiente para se estabelecerem os necessários padrões. Tal instrumento, ademais, gera questões sobre quando as entidades estatais devem ser notificadas e que tipo de medidas investigativas são permitidas pelas instituições privadas, o que não é fácil de

¹³⁷ Conforme ensina o autor: “*Como puede apreciarse, el derecho administrativo, que es el origen de procedencia de estas regulaciones, aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento*” Em: Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, pp. 174-175 *Apud* Nieto Martín, 2008a, p. 497 y ss.

¹³⁸ Segundo o autor: “*Las normas ISO han contribuido a aclarar notablemente el sistema de delegación de funciones dentro de la empresa estableciendo responsabilidades precisas, a implantar sistemas documentales que demuestran que el sistema funciona o que dejan constancias, de los problemas existentes («partes de no conformidad») y de su corrección, a crear flujos de comunicación, deberes de supervisión, a destacar la importancia de la formación y la necesidad de implicar a empleados y muy especialmente a directivos (tone from the top), etc.*” Em: Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 176.

¹³⁹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 3.

se determinar, Engelhart menciona a existência da legítima ou ilegítima privatização do poderes do Estado.¹⁴⁰

4. *Compliance* criminal

Neira esclarece que os programas de *compliance* criminal constituem sistemas de organização empresarial que buscam garantir o cumprimento normativo, mas estão limitados observância jurídico-penal por parte da empresa, de modo que a função de prevenir a prática de crimes e a implementação do instituto é mais complexa.¹⁴¹

O objetivo de um programa de cumprimento normativo com o foco na esfera criminal é evitar a responsabilidade penal ou, ao menos, diminuir o risco de responsabilização, Rotsch esclarece que o conceito de *compliance* deve ser dirigido a uma completa evitação de responsabilidade penal¹⁴² e ter em consideração a empresa em seu conjunto, buscar abranger todos os trabalhadores da empresa e não apenas a cúpula diretiva.¹⁴³

O criminal *compliance* possui um interesse particular, a saber, apoiar a prevenção e detecção da criminalidade, Engelhart explica que este particular instituto promete a redução da criminalidade e uma melhora na reputação das empresas, o instituto ganhou relevância pois tem sido um requisito em específicas legislações, podendo eliminar ou mitigar a responsabilidade criminal de empresas, quando seus empregados praticam condutas ilegais.¹⁴⁴ O autor assinala que o *compliance* criminal não cria obrigações adicionais, mas preenche as já existentes em grande parte e promove a consistência da ordem jurídica.¹⁴⁵

a) *A indeterminação dos modelos de compliance criminal*

Bedecarratz indica que a consagração dos modelos de *compliance* criminal na Lei, normalmente vem acompanhada dos requisitos mínimos de medidas a implementar,

¹⁴⁰ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 19-21.

¹⁴¹ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 469.

¹⁴² Rotsch, T. (2012), “Criminal Compliance”, *cit.*, p. 5; Bock, D. (2009), “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance”, *cit.*, p. 68.

¹⁴³ Rotsch, T. (2012), “Criminal Compliance”, *cit.*, p. 6.

¹⁴⁴ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 36.

para que depois a pessoa coletiva, em seu contexto particular, finalmente concetize os programas, geralmente, o princípio fundamental é que não se descrevam todos os aspectos do modelo de autorregulação, vez que uma proposta legislativa específica não seria adaptável aos inúmeros tipos de atividades econômicas, uma norma estática seria ineficaz.¹⁴⁶

Pondera o autor, entretanto, que a indeterminação dos programas de cumprimento normativo, vista como necessária para garantir sua efetividade na prevenção de riscos penais não é conciliável com o princípio da legalidade penal, infringindo diretamente o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que estabelece que os tipos penais estejam estruturados da forma mais precisa possível e determinando ao máximo todos os seus elementos, para proporcionar esclarecimento sobre o que, de fato, proíbe ou permite o direito penal, de forma que os contornos difusos adotados pela implementação legal do criminal *compliance* infringe o princípio da determinação legal.¹⁴⁷

Segundo o autor, a violação ao referido princípio traz insegurança jurídica para as organizações e para os indivíduos que a integram e permite ao Estado realizar interpretações mais amplas ou restritivas, segundo sua conveniência, podendo transformar em arbitrário o poder punitivo do Estado, por conta disso, se abre a possibilidade para juízes negarem valor como atenuantes ou eximentes de responsabilidade penal às pessoas coletivas.¹⁴⁸

Bedecarratz esclarece que existem duas alternativas para solucionar o problema de indeterminação dos modelos de *compliance* criminal, a saber, o sistema de certificações e a sua concretização através de norma infra-legal.¹⁴⁹

5. Soluções alternativas ao *compliance*

Em adição aos programas de cumprimento normativo ou *compliance* estrito existem outros programas com objetivos mais amplos, que também podem ser

¹⁴⁶ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Polít. crim.*, Vol. 13, Nº 25, (pp. 208-232), p. 211.

¹⁴⁷ Bedecarratz, F., *Op. cit.*, pp. 211-212.

¹⁴⁸ Bedecarratz, F., *Op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁹ Bedecarratz, F., *Op. cit.*, p. 224.

utilizados como ferramenta na prevenção de ilegalidades, não apenas criminais mais em todas as esferas. Alguns exemplos de medidas são os códigos de ética, de responsabilidade social corporativa, programas de gerenciamento de risco e aqueles que prezam pela transparência nas atividades das organizações empresariais como governança corporativa ou em inglês “corporate governance”, Engelhart pontua que, por vezes, tais medidas podem ser combinadas a exemplo dos conceitos de governança, gestão de riscos e conformidade.¹⁵⁰

Rotsch destaca que “corporate governance” ou governo corporativo (*Unternehmensverfassung*) descreve o quadro regulamentar da gestão e fiscalização das empresas.¹⁵¹ Germano Silva destaca que existe uma diferenciação entre os conceitos de *compliance*, governança corporativa, controles internos e auditoria interna, aduz que o conceito de governança corporativa engloba todos eles.¹⁵²

Quanto aos códigos de ética assinala Nieto que embora o referido instrumento não possua relevância jurídica, levando em conta estudos sobre o controle interno, uma empresa apenas poderá garantir que seus diretores e empregados cumpram com a Lei quando há um esforço para que esses assumam valores éticos alicerçados na regulação estatal.¹⁵³

Quando se fala em medidas de prevenção de riscos muito se houve o termo “due diligence” que diante da expansão do mundo econômico, a sua prática comprova qual é o nível de cumprimento de uma empresa com que se realizará negociações de aquisições ou fusões.¹⁵⁴ Aponta Engelhart que o “due diligence” ou em tradução livre

¹⁵⁰ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 1.

¹⁵¹ Rotsch, T. (2012), “Criminal Compliance”, *cit.*, p. 2 *Apud* Hauschka, “Einführung” en Hauschka /Besch (eds.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2ª ed., 2010, § 1, Nm. 1.

¹⁵² Silva, G. M. (2023), “Imputação da responsabilidade penal e compliance”, *cit.*, p. 328.

¹⁵³ Nieto, A. (2008) “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *cit.*, p. 6.

¹⁵⁴ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 173.

“devida diligência” requer que um sistema corporativo de informações e relatórios providos por um programa de *compliance* seja implementado.¹⁵⁵

IV. A experiência do *compliance* e da responsabilidade criminal das pessoas coletivas na legislação de alguns países da Europa e America Latina

A abordagem dos países pode divergir quanto à estratégia adotada sobre o incentivo e/ou imposição a adoção dos programas de cumprimento normativo, bem como a forma com que se dará a responsabilização da pessoa coletiva se criminal ou administrativamente.

1. Estados Unidos

No Estados Unidos a responsabilidade penal da pessoa coletiva teve sua origem histórica no caso “New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States”, nesse sentido, os mecanismos de *compliance* atingiram um alto desenvolvimento, normas federais e também locais contemplam modelos de *compliance* como atenuantes de sanções penais, externado através de legislações como “Sarbanes-Oxley-Act 2002” e “Federal Sentencing Guidelines”.¹⁵⁶

Os Estados Unidos são apontados como o berço do *compliance* pois o instituto se tornou uma parte integral dos negócios e do trabalho das autoridades, sendo o ponto inicial as *Sentencing Guidelines* em 1991, que fomentou o conceito de bom cidadão corporativo (*good corporate citizen*), no contexto da responsabilidade criminal da pessoa coletiva ao trazer incentivos para organizações que agissem em conformidade.¹⁵⁷

Jennifer Arlen ressalta que no âmbito de lei federal americana as empresas são criminalmente responsáveis por todos os crimes cometidos por todos os empregados, mesmo os de escalão mais baixo, tendo em contas que estes estariam agindo para que a corporação obtivesse alguma vantagem.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 8.

¹⁵⁶ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, p. 218.

¹⁵⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 4.

¹⁵⁸ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 18.

Wellner retrata que nos Estados Unidos embora se considere que usualmente a decisão de implementar um programa de cumprimento normativo seja da própria corporação, por vezes, as empresas devem adotar um programa de *compliance* como parte de uma sentença criminal, tal medida é requerida para impedir que a estrutura interna da corporação detenha futuras violações da lei.¹⁵⁹

Ademais, a responsabilidade penal das empresas é vicarial e, portanto, as corporações podem ser responsáveis pelos atos de seus agentes, ademais, caso a conduta criminosa do empregado tenha o fito de beneficiar a corporação esta mesma é responsável pela ofensa cometida pelo agente.¹⁶⁰

Nieto Martín retrata que no modelo de responsabilidade vicarial adotado pelo sistema norte-americano, os programas de cumprimento normativo têm importância em três momentos distintos, a saber, em primeiro lugar, é utilizado no princípio do processo penal como critério de acusação da pessoa coletiva conforme o princípio da oportunidade, em segundo lugar, são utilizados para chegar a algum tipo de acordo processual e, em terceiro lugar, são relevantes na fase de determinação da pena pelo disposto nas “Sentencing Guidelines”.¹⁶¹

Para incentivar a cooperação, o Departamento de Justiça (*U.S. Department of Justice* – DOJ) adota uma formalidade onde as empresas podem evitar serem culpabilizadas através de acordos de não persecução, por exemplo, desde que tomem a iniciativa de reportar, cooperar inteiramente e buscar remediar a situação, além disso, estas ações também podem reduzir a multa imposta, em contrapartida, organizações que não cooperam inteiramente não têm a oportunidade de se utilizar de tais benefícios, mesmo diante da indicação de adoção de um programa de cumprimento efetivo.¹⁶²

No mesmo sentido, Engelhart esclarece que em muitos sistemas nacionais procedimentos criminais não terminam com um julgamento público, o sistema criminal dos Estados Unidos demonstra a possibilidade de lidar com os crimes corporativos

¹⁵⁹ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 502.

¹⁶⁰ Wellner, P. A., *Op. cit.*, p. 503.

¹⁶¹ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, pp. 2-3.

¹⁶² Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 18.

através de acordos, sendo o acordo de não-persecução muito comum, tal acordo não só exige que a empresa confesse certas ofensas, mas também aceite sanções, que em muitos casos inclui um pagamento monetário, mas também a obrigação de aperfeiçoar ou implementar um programa de conformidade, o que indica que o processo penal oferece muitas possibilidades além de um julgamento formal, a fim de responder ao crime corporativo e promover ações preventivas medidas como programas de cumprimento normativo.¹⁶³

Ademais, nos Estados Unidos, como medidas de incentivo às denúncias, os instrumentos normativos “Dodd-Frank Act” e “Sarbanes-Oxley Act” proíbem empresas de retaliar funcionários que relatam irregularidades e fornecem informações ao governo.¹⁶⁴

a) The United States Corporate Federal Sentencing Guidelines (USSG)

As “United States Corporate Federal Sentencing Guidelines (USSG)”, em português, Diretrizes de Condenação Federal Corporativa dos Estados Unidos são um conjunto de normas ditadas pela “United States Sentencing Commission” que tem por objetivo uniformizar na esfera federal os critérios de determinação de pena e medidas de segurança.¹⁶⁵

Wellner retrata que a existência de um programa de *compliance* eficaz pode impedir um processo criminal em face de uma pessoa coletiva, caso um agente da corporação tenha incorrido em uma prática criminosa, ademais, caso a empresa seja indiciada e condenada pela prática criminosa de seu agente, de acordo com as “Sentencing Guidelines”, a existência de um programa de cumprimento normativo pode atenuar a pena aplicada em face da empresa.¹⁶⁶ Além disso, em uma fase preliminar a adoção de um programa de cumprimento normativo eficaz pode, a critério do Ministério

¹⁶³ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, pp. 64-65.

¹⁶⁴ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 19.

¹⁶⁵ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, p. 219.

¹⁶⁶ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 497.

Público, evitar que sejam formalmente apresentadas acusações em face da corporação.¹⁶⁷

Há duas causas que excluem a redução de pena dos programas de *compliance*, em primeiro lugar, a organização deve detectar um fato punível e se auto-denunciar diante das autoridades governamentais competentes, em caso de demora injustificada por parte da entidade, não se aplica a redução, em segundo lugar, o mesmo ocorre no caso de um diretor, pessoa de alto nível da organização ou especialista pelo desenvolvimento e implementação do programa tenha participado do delito, tolerado tacitamente ou era conscientemente ignorante de sua comissão.¹⁶⁸

Referida legislação também aborda o *compliance* no estágio da sentença. Engelhart pontua que por um lado, as diretrizes integram o *compliance* na determinação de uma coima ou multa, além disso, fornecem uma estrutura geral sobre como construir um programa de conformidade eficaz. Um programa de conformidade eficaz que esteja sendo implementado no momento do cometimento de uma infração por um funcionário é um fator atenuante. Ao contrário, a falta de um programa de conformidade eficaz pode ser um fator agravante. Por outro lado, as diretrizes preveem uma sentença de *compliance* específica, pois o tribunal pode ordenar que a empresa aperfeiçoe ou estabeleça um programa de conformidade abrangente. Existe a possibilidade de a sentença determinar a reestruturação de uma empresa e pode ser mais severa do que qualquer sanção pecuniária. No entanto, o aspecto decisivo é que a empresa deve melhorar as estruturas corporativas que contribuíram para a ofensa de um empregado.¹⁶⁹

Pondera o Wellner que mesmo quando um programa de cumprimento normativo de uma empresa tenha falhado na prevenção de uma conduta criminal, ainda sim a adoção do programa de *compliance* garante a redução de pena para a corporação e isso é devido a um reconhecimento das própria *guidelines* que mesmo o mais efetivo dos programas não pode deter de forma perfeita todas as condutas criminais, esclarece o autor que, ainda que se admita que as imperfeições nos programas de cumprimento

¹⁶⁷ Wellner, P. A., (2005), "Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions", *cit.*, p. 505.

¹⁶⁸ Bedecarratz, F. (2018), "La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad", *cit.*, p. 220.

¹⁶⁹ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, p. 64.

normativo possam ser realistas, tal afirmação também expõe uma fraqueza, qual seja, a utilização de programas de *compliance* como substitutos para o real esforço das empresas para evitar crimes.¹⁷⁰

O autor destaca que as “Sentencing Guidelines” dão a direção do modelo a ser aplicado para que um programa e cumprimento normativo seja eficaz, em complemento aos três elementos básicos anteriormente mencionados, quais sejam, um código de conduta formal, um escritório e um responsável de cumprimento, bem como uma linha telefônica direta para os funcionários, a empresa também deve delegar a responsabilidade pelo programa de conformidade a um alto nível dentro da organização, não deve contratar gestores que tenha um histórico de atividades ou ações ilegais o que seria inconsistente com o objetivo de efetividade do programa, ademais a corporação deve constantemente comunicar seus padrões de conduta aos empregados.¹⁷¹

Esclarece Wellner, entretanto, que embora as *Sentencing Guidelines* apontem algumas características do modelo de *compliance* a ser adotado, não indica detalhadamente a forma com que deve ser implementado, deixando a tarefa para as empresas decidirem.¹⁷²

Segundo o autor ser for desenvolvido e imposto um complexo de regras determinado pela lei, através das *Sentencing Guidelines*, para ser implementado pelas corporações, as entidades teriam que optar por deter, de fato, a prática criminal ou satisfazer os ditames da Lei, assim, parece mais viável que a Lei prescreva o mínimo possível de detalhes.¹⁷³

Em crítica Wellner pondera que de acordo com estudos na altura da pesquisa, nenhuma das corporações setenciadas sob as “Sentencing Guidelines” teria programas de cumprimento normativo efetivos e que a pesquisa sugere que as *Guidelines*, em verdade, estariam a encorajar a adoção de programas de *compliance* abaixo do ideal,

¹⁷⁰ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 505 *Apud* Brief, T., Terrell McSweeney, T. (2003), “Corporate Criminal Liability”, 40 *Am. Crim. L. Rev.* 337, 343 e Gruner, R. (1994), “Corporate crime and sentencing”, Charlottesville, 585.

¹⁷¹ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *Cardozo Law Review*, *cit.*, pp. 500-502.

¹⁷² Wellner, P. A., *Op. cit.*, p. 512.

¹⁷³ Wellner, P. A., *Op. cit.*, p. 513.

para o autor a melhor estratégia seria remover da referida norma as disposições sobre o *compliance*, pois há outros mecanismos que garantem que as corporações de forma genuína evitem a prática de crimes, seja através do *compliance* ou não.¹⁷⁴

b) Sarbanes-Oxley-Act 2002

A Sarbanes-Oxley-Act 2002 foi ditada para estabelecer deveres de vigilância e implementação de sistemas de *compliance* mais reritos pelas corporações, estabelece o dever de criação de estruturas de *compliance* para fortalecer a gestão e o controle dos negócios, o que deve se refletir em todas as funções e patamares da empresa, referida Lei impõe normas de comportamento para evitar ações fraudulentas e auditorias incorretas, a norma abrange todas as empresas cotadas em bolsas de valores dos Estados Unidos, também estão incluídas as empresas sujeitas à supervisão da “*Securities and Exchange Commission*”.¹⁷⁵

c) The Foreign Corrupt Practices Act – FCPA

No ano de 1977 foi promulgado o FCPA – The Foreign Corrupt Practices Act, em português, Lei sobre práticas de corrupção no exterior, o instrumento normativo surgiu como resposta aos casos Watergate e Lockheed Aircraft Corporation.¹⁷⁶

O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) proíbe a corrupção de pagamentos ou qualquer coisa de valor às autoridades estrangeiras, a fim de obter ou manter negócios. Referida legislação tem sua aplicação garantida por duas agências do governo federal, a *Securities and Exchange Commission's* (SEC) e o *Department of Justice* (DOJ), a SEC

¹⁷⁴ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, pp. 527-528,

¹⁷⁵ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, pp. 218-219 *Apud* Nanda, Ved, “Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?”, en: Pietch, Mark; Ivory, Radha, *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, Heidelberg: Springer, 2011, pp. 63-89, pp. 64 y ss.; Strauch, Mark, “Der Sarbanes-Oxley Act und die Entwicklungen im US-Aufsichtsrecht”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, fascículo n° 20 (2003), pp. 952-956, pp. 952 y ss.

¹⁷⁶ Nagai, R. A. Castro Carvalho, A. (2021), “O uso do programas de compliance anticorrupção como excludente de responsabilidade: estudo comparativo do UKBA, FCPA, e Lei Anticorrupção brasileira”, em: Martinelli, J. P., Costa, I. Simões da Conceição, P. (ed). *O empresário no banco dos réus: responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial*, 1ª edição, D'Plácido, Belo Horizonte - MG, São Paulo - SP, (pp. 183-202), p. 195.

é responsável pela aplicação da legislação na esfera cível, enquanto o DOJ é responsável pela aplicação nas esferas cível e também criminal.¹⁷⁷

Uma violação da FCPA¹⁷⁸ pode gerar responsabilização civil e criminal para as entidades e também para os indivíduos, uma empresa que viole a disposição da legislação pode enfrentar uma multa criminal por cada violação ou o dobro da perda/ganho (o que for maior), restituição de lucros e possível exclusão/suspensão.

2. Espanha

A Espanha durante muito tempo foi regida pelo princípio *societas delinquere non potest*, em que não havia a previsão de responsabilidade criminal para a pessoa coletiva, contudo, a Lei Orgânica n. 5/2010 implantou um processo de reforma com o intuito de introduzir a responsabilidade criminal¹⁷⁹ da pessoa coletiva.¹⁸⁰

Casas e Feijoo esclarecem que a reforma penal de 2010 ocorrida na Espanha não veio acompanhada da necessária regulação sobre a forma como deveriam ser adotados os programas de *compliance* penal, a exemplo de informar se basta a adoção de uma norma positiva, como um código de conduta escrito por parte da empresa ou um sistema de interno de denúncias anônimas (*whistleblowing*) ou mesmo se fará falta um oficial de

¹⁷⁷ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, Forthcoming, *Society of Corporate Compliance and Ethics Compliance Manual*, pp. 1-2.

¹⁷⁸ The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998), United States Code.

¹⁷⁹ Sobre o debate *ne bis in idem*, quanto a aplicação de sanção penal e administrativa assevera Adán Nieto Martín: “*Un aspecto a tener en cuenta es que, tras la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la LO 5/2010, entre estas innumerables sanciones administrativas y las sanciones penales pueden existir casos de ne bis in idem. Al igual que a una persona natural no se la puede sancionar dos veces por el mismo hecho, cuando el fundamento del castigo es idéntico (triple identidad), tampoco lógicamente puede sancionarse dos veces – penal y administrativamente – a la persona jurídica.*” Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *cit.*, p. 49.

¹⁸⁰ Martín, A. N., *Op. cit.*, p. 47.

cumprimento e prevenção (*compliance officer*), entre outras possibilidades, o que seria uma situação de insegurança jurídica.¹⁸¹

Nieto Martín explica que nos termos do art. 31 bis.1, do Código Penal Espanhol, depreende-se pressupostos diferenciados de imputação, primeiro, se uma pessoa natural que comete um delito é um administrador, de fato ou de direito, a pessoa coletiva responde de maneira imediata, apenas tendo que ser provado que o administrador atuou em seu proveito e por conta, e em nome desta, outrossim, quando se trata de um subordinado, o parágrafo segundo, do art. 31 bis.1, do referido diploma legal, requer seja demonstrado que os administradores não tenham exercido o devido controle de acordo com as circunstâncias concretas.¹⁸²

No caso espanhol, se fala expressamente em responsabilidade criminal da pessoa coletiva e as penas aplicadas a esta. A regulação espanhola foi modificada por duas vezes, nos anos de 2012 e 2015, tendo a sua aplicação sido tardia.¹⁸³ Para Díaz e Conlledo as pessoas coletivas, na forma do art. 31 bis.1 a) do Código Penal Espanhol, não cometem propriamente os delitos, estes são cometidos pelas pessoas individuais.¹⁸⁴

A Espanha foi fortemente influenciada pelo modelo norte-americano. Com a reforma de 2010, foi estabelecida a responsabilização criminal das pessoas coletivas e foram feitas referências às medidas efetivas e programas para prevenir crimes, sendo, portanto, um agente mitigador na responsabilização criminal do ente coletivo. Em 2015, a reforma foi no sentido de desenvolverem as regras relativamente a como essas medidas e programas deveriam ser implementados, vale dizer, eximindo empresas de

¹⁸¹ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 38.

¹⁸² Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *cit.*, p. 54.

¹⁸³ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, p. 102.

¹⁸⁴ Díaz, M. Conlledo, G., *Op. cit.*, p. 107.

responsabilidade caso houvesse a implementação correta das medidas antes do cometimento das infrações ou atenuando, em caso de parcial implementação.¹⁸⁵

Ademais, o art. 31-bis (2) do Código Penal estabelece a possibilidade de exclusão da sentença, em casos em que há um programa de cumprimento normativo efetivo, se o *compliance* é parcialmente efetivo, uma mitigação da pena aplicada na sentença é possível.¹⁸⁶

Dentre as sanções previstas pelo ordenamento jurídico espanhol estão a multa, dissolução, suspensão temporária de atividades, encerramento temporário de instalações e estabelecimentos, proibição temporária ou definitiva de atividades futuras como as relacionadas com a prática do crime ou o seu favorecimento ou ocultação, inabilitação temporária para obtenção de subsídios e benefícios públicos, contratação com o setor público e obter benefícios e incentivos fiscais ou de Segurança Social e intervenção judicial temporária para salvaguardar os direitos dos trabalhadores ou credores, ademais, algumas das referidas sanções podem ser adotadas como medidas cautelares no curso da instrução processual.¹⁸⁷

3. Alemanha

Conforme explica Mendes, em Alemanha o regime se mostra diverso do que ocorre nos Estados Unidos, pois não há responsabilidade criminal da pessoa coletiva, a responsabilidade é, portanto, atribuída de forma administrativa e contra-ordenacional¹⁸⁸, de modo que não se tem qualquer imunidade ou atenuação de reprimenda para aqueles que adotem um programa de cumprimento anteriormente à prática da infração. Indica,

¹⁸⁵ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 293–294.

¹⁸⁶ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 13.

¹⁸⁷ Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, *cit.*, p. 119.

¹⁸⁸ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 294 e ss.; Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, *cit.*, p. 103.

entretanto, que a situação está prestes a ser alterada, pois há um projeto de reforma na legislação.¹⁸⁹

Assevera o autor que atualmente, o poder das autoridades reguladoras para aplicar sanções é exercido no âmbito administrativo, sendo que a aplicação de sanções em detrimento das empresas é garantida pelo, em tradução livre, ato de infrações administrativas (“Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG”), ademais, as multas eventualmente aplicadas são de valores bastante expressivos.¹⁹⁰

Nesse sentido, Mendes defende que é possível adaptar a regulação responsiva para a Lei de infrações administrativas, pois o § 47 OWiG permite que as autoridades administrativas decidam quando ou não trazer procedimentos administrativos sancionadores, fazendo o uso da discricionariedade.¹⁹¹

Vale ressaltar, entretanto, que atualmente o modelo criminal alemão se concentra nas responsabilidades de administradores, diretores, empregados, entre outros representantes de empresas.¹⁹² Ademais, tendo em vista a situação legal corrente na Alemanha, que permite a sanção de corporações apenas sob o ato de infrações administrativas, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten - OWiG*¹⁹³, esclarece-se, que de acordo com sua Seção 30, uma multa pode ser aplicada em face de uma corporação quando um administrador cometeu uma infração criminal ou regulatória pela qual um dever corporativo foi violado, além disso, na maioria dos casos, nos termos da Seção 130, a infração cometida é uma violação das responsabilidades de supervisão por parte do proprietário da corporação, que também pode resultar em multa regulatória e esta responsabilidade também pode ser violada por pessoas que agem em nome do proprietário, nos termos da Seção 9.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 294 e ss.

¹⁹⁰ Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 294 e ss.

¹⁹¹ Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 294 e ss.

¹⁹² Mendes, P. S., *Op. cit.*, pp. 294 e ss.

¹⁹³ Em inglês: *Act on Regulatory Offenses*.

¹⁹⁴ Allahverdiyev, S. and Othman, M. (2022) “‘Verbandssanktionengesetz’ - Corporate Liability for Germany?”, *German Law Journal*, 23(4), (pp. 637–649), pp. 637-639.

4. Reino Unido

A legislação anticorrupção britânica, costumava ser prevista em diversos instrumentos normativos, contudo, no ano de 2010 foi aprovada a UKBA (United Kingdom Bribery Act).¹⁹⁵ A *Bribery Act 2010* foi aprovada em abril de 2010 e entrou em vigor no Reino Unido em julho de 2011, referida Lei endureceu de forma considerável as sanções aplicadas às empresas por delitos vinculados à corrupção, como penas estão previstas multas penais, cuja quantia não está limitada por lei, além disso, estabelece a possibilidade que a organização se exima de responsabilidade, caso se comprove que implementou procedimentos adequados para prevenir que pessoas a ela associadas executem as condutas delitivas previstas na legislação.¹⁹⁶

A legislação torna ilegal pagar ou receber suborno, direta ou indiretamente e se aplica a cidadãos, residentes, organizações sediadas no Reino Unido e estrangeiros no Reino Unido, além de organizações que conduzem negócios no Reino Unido, isto é, o instrumento tem ampla aplicabilidade, abrange qualquer transação – pública ou privada – que ocorra no Reino Unido ou no exterior, também penaliza corporações por não evitarem o suborno quando este é pago em seu nome por uma “pessoa associada”, que inclui funcionários, agentes ou qualquer pessoa que atue em nome da entidade.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Nagai, R. A. Castro Carvalho, A. (2021), “O uso do programas de compliance anticorrupção como excluyente de responsabilidade: estudo comparativo do UKBA, FCPA, e Lei Anticorrupção brasileira”, *cit.*, p. 186.

¹⁹⁶ Conforme o autor: “*En este documento se establece que los “procedimientos adecuados” a implementar por parte de la organización deben reflejar seis principios: los procedimientos deben ser proporcionales al riesgo de cohecho que enfrenta la organización y a la naturaleza, escala y complejidad de sus actividades (proporcionalate procedures); los directivos principales deben comprometerse con las tareas de prevención de cohecho de las personas asociadas a la organización (top-level commitment); un análisis del riesgo de cohecho al que se está expuesto que sea periódico, informado y documentado (risk assessment); una selección y examen proporcionado y basado en el riesgo de las relaciones comerciales (due diligence); el aseguramiento de que las políticas y procedimientos de prevención del delito de cohecho han sido difundidos y comprendidos al interior de la organización (communication – including training); y un constante monitoreo, evaluación y revisión de los procedimientos de prevención de cohecho (monitoring and review).* Em: Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, pp. 220-221.

¹⁹⁷ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 9.

Vale ponderar, que a Lei não estabelece o conceito de procedimentos adequados, razão pela qual o Reino Unido publicou em março de 2011 um guia confeccionado pelo Ministério da Justiça¹⁹⁸ a explicar o sentido e alcance de certas disposições, tal guia estabelece uma série de definições, princípios e procedimentos específicos a serem implementados pelas organizações comerciais relevantes, que auxiliam na eficácia das medidas preventivas contra o crime de suborno e proporcionam segurança jurídica aos governados.¹⁹⁹

Nagai e Castro Carvalho pontuam ao realizar uma análise da legislação britânica, que dentre os princípios previstos no UKBA, a saber, o de monitoramento e revisão, é recomendada a prática de solicitar uma certificação que ateste o padrão de conformidade, a exemplo da ISSO 37001, entretanto, é ressaltado que este mecanismo de per si, não tem o condão de garantir a eficácia de um programa de cumprimento normativo.²⁰⁰

5. França

A Lei Sapin II foi aprovada no parlamento francês em 2016 e começou a ter efeitos em junho de 2017, o instrumento normativo aplica-se a certas empresas privadas e estatais constituídas ou sediadas na França e suas subsidiárias, ademais, bem como as suas congêneres nos EUA e no Reino Unido, a legislação possui alcance extraterritorial.²⁰¹

A Lei Sapin II cria uma série de requisitos de políticas e procedimentos antissuborno, ademais, as empresas devem criar um código de conduta que identifique especificamente comportamentos proibidos associados a suborno e corrupção, além disso, outros requisitos incluem: criar sanções disciplinares por violação do código de

¹⁹⁸ The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010).

¹⁹⁹ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, p. 221.

²⁰⁰ Nagai, R. A. Castro Carvalho, A. (2021), “O uso do programas de compliance anticorrupção como excludente de responsabilidade: estudo comparativo do UKBA, FCPA, e Lei Anticorrupção brasileira”, *cit.*, p. 191.

²⁰¹ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 10.

conduta; instituir procedimentos de denúncia de irregularidades; realizar uma avaliação de risco de corrupção (atualizada regularmente); rever os procedimentos identificados na avaliação de riscos; implementar determinados procedimentos de controle contabilístico interno e externo; desenvolver programas de formação e criar procedimentos internos para monitorizar e avaliar as medidas anteriormente mencionadas.²⁰²

Ademais, foram publicadas diretrizes da agência anti-corrupção francesa (*Agence Française Anticorruption "AFA"*) para ajudar entidades dos setores público e privado a prevenir e detectar suborno, tráfico de influência, extorsão por funcionários públicos, obtenção ilegal de juros, apropriação indevida de fundos públicos e favoritismo.²⁰³

Nieto Martín indica que a *Loi Sapin II* na França, por um lado, transformou os programas de conformidade em uma pena para a pessoa coletiva, que deve ser implementado sob a supervisão rigorosa da Agência Anticorrupção, de outro lado, formam parte do conteúdo dos acordos processuais, indica ademais, que o modelo de imputação francês ainda está fundamentalmente ancorado na heterorresponsabilidade²⁰⁴.

Quintela de Brito esclarece que na França o modelo de imputação da responsabilidade penal da pessoa coletiva obedece a dois critérios, nas palavras da autora: “(i) comissão da infracção por um órgão ou representante da pessoa colectiva; e (ii) por conta desta. (...) Trata-se de um modelo de responsabilidade indirecta, por ricochete e representação”.²⁰⁵

²⁰² Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 10.

²⁰³ *French Anti-Corruption Agency Guidelines to help public and private sector entities to prevent and detect bribery, influence peddling, extortion by public officials, illegal taking of interest, misappropriation of public funds and favouritism.*

²⁰⁴ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 3.

²⁰⁵ Quintela de Brito, T. (2023), “Lei nº 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, *cit.*, p. 355.

6. Portugal

Em Portugal, a Lei n.º 93/2021 realizou a transposição da Diretiva (UE) 2019/1937 estabelecendo “o regime geral de proteção de denunciadores de infrações²⁰⁶”, o *whistleblowing*, esta Lei determina que os entes coletivos criem ferramentas para proteger “pessoas que denunciam violações do direito da União”, como o exemplo do artigo 8.º, 1, do referido diploma normativo, que dispõe a obrigação para que as pessoas coletivas estabeleçam canais de denúncia interna, além disso, o Decreto-Lei 109-E/2021 dispõe sobre mecanismos de prevenção da corrupção, ambos os diplomas obrigam que as medidas sejam adotadas por pessoas coletivas que empreguem 50 (cinquenta) ou mais trabalhadores.

O Decreto-Lei 109-E/2021²⁰⁷, em seu artigo 5.º impõe a adoção de um programa de cumprimento normativo, com determinadas características como: a adoção de um plano de prevenção de riscos de corrupção e infrações conexas, um código de conduta, um programa de formação, um canal de denúncias, além da designação de um responsável de cumprimento normativo para garantir e controlar a aplicação do programa de *compliance*, ademais, devem adotar as entidade de mecanismos de avaliação que determinem a eficácia dos programas de cumprimento normativo adotados, nos termos dos art. 6.º, 10.º, 15.º e 17.º. Ademais, a ausência ou implementação deficiente de um programa de cumprimento normativo pelo ente coletivo é alvo de contra-ordenação, nos termos do artigo 20.º do referido diploma.

Santos²⁰⁸ aponta como requisitos objetivos para um programa de cumprimento normativo a idoneidade, adequação e efetividade, para o autor, para que um programa de *compliance* seja eficiente a pessoa coletiva deve ter adotado todas as ferramentas funcional e jurídico-penalmente exigidas para a evitação da prática delituosa, de modo que o crime tenha se originado em uma conduta individual contrária às diretrizes implementadas pela pessoa coletiva. Nesse sentido é o artigo 11.º, n.º 6, do Código Penal Português: “A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é

²⁰⁶ Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, Diário da República n.º 244/2021, Série I de 2021-12-20, pp. 3-15.

²⁰⁷ Decreto-Lei n.º 109-E/2021 de 9 de dezembro.

²⁰⁸ Santos, H. L. (2022), *A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance - E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?*, NovaCausa, Edições Jurídicas, Braga, pp. 121-122.

excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”.

Engelhart retrata que há em Portugal um regime de prevenção e repressão de atos de lavagem de dinheiro, o que perfaz com que as entidades tenham um dever de controle, o que na essência estabelece uma obrigação corporativa de implementar e monitorar a execução de um programa de cumprimento normativo adequado ao feito.²⁰⁹

Ensina Mendes que em Portugal, o pacote legislativo anticorrupção dos anos de 2021/2022 impôs a adoção de programas de cumprimento normativo, o que deveria incluir planos de prevenção de riscos, códigos de conduta, treinamento, canais de denúncia e a designação de um “compliance officer”, não havendo, entretanto, a adoção de tais medidas ou caso estas sejam feitas de maneira deficiente ou incompletas, cabe a imposição de sanções administrativas.²¹⁰

Considera Germano Silva que a Lei nº 94/2021 que regula as consequências na esfera penal da adoção dos programas de cumprimento normativo é uma estratégia de política criminal preventiva e, na visão do autor, mais eficaz quanto à evitação de criminalidade das organizações prevista na metodologia sancionatória tradicional.²¹¹

Germando Silva aponta que nos termos da alínea b) do nº 2 do artigo 11º do Código Penal, os programas de cumprimento normativo podem ajudar a corporação a se eximir da responsabilidade penal da pessoa coletiva.²¹² Destaca que ante a existência de programas compliance o artigo 71º do Código Penal prevê o efeito atenuante da pena, ademais, o efeito da adoção do referido instituto possui efeito na determinação concreta da pena, conforme previsto nos n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 90º-A e nº 4 do artigo 90º-B, do mesmo diploma anteriormente referido.²¹³

Silva esclarece que com a alteração da alínea b) do nº 2, do artigo 11º do Código Penal, introduzida pela Lei nº 94/2021 resta claro que a responsabilidade a pessoa

²⁰⁹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 10.

²¹⁰ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, p. 301.

²¹¹ Silva, G. M. (2023), “Imputação da responsabilidade penal e compliance”, *cit.*, pp. 332-333.

²¹² Silva, G. M., *Op. cit.*, p. 327.

²¹³ Silva, G. M., *Op. cit.*, p. 330.

coletiva engloba apenas as condutas praticadas “em nome ou por conta e no interesse direto ou indireto da pessoa coletiva” e não os atos de seus empregados.²¹⁴

Quintela de Brito considerando a alteração do art. 11º/2 do Código Penal pela Lei nº 94/2021 referente aos critérios gerais de responsabilidade dos entes coletivos, indica que a nova redação das alíneas a) e b) do nº 2 do artigo 11º parece ter sido influenciada pelo artigo 31-bis/1 do CP espanhol.²¹⁵ Indica que houve um alargamento dos critérios de imputação da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, sendo estes: “a actuação em nome ou por conta e actuação no interesse directo ou indirecto.”²¹⁶ Indica que o critério alternativo empregado pela legislação portuguesa, referente ao interesse – direto e indireto – do ente coletivo é inadmissível e carece de sentido.²¹⁷

²¹⁴ Silva, G. M. (2023), “Imputação da responsabilidade penal e compliance”, *cit.*, p. 317.

²¹⁵ Segundo a autora: “A anterior alíneas a) apenas exigia que o crime fosse cometido por um líder da pessoa jurídica em seu nome e interesse. A actual alíneas a) veio admitir, ao lado da actuação do líder em nome da pessoa jurídica (i.e., em sua representação), a mera actuação deste por conta do ente, parecendo prescindir da existência de poderes de representação por parte da pessoa singular com posição de liderança. Além disso, a mesma alínea a) alude agora à prática do crime no interesse directo ou indirecto do ente colectivo. De novo, o conceito legal – fundamental – de actuação da pessoa física no interesse indirecto da pessoa colectiva fica por definir. Por seu turno, a nova alínea b) vem explicitar que o subalterno deve intervir na prática do facto colectivo agindo em nome ou por conta e no interesse directo ou indirecto do ente. Na anterior redacção do artigo 11º do CP, a exigência de que também nos casos previstos na alínea b) o subalterno devia intervir na realização do facto colectivo em nome e no interesse do ente retirava-se, a contrario sensu, do artigo 11º/6, que se reportava a todas as hipóteses previstas no nº2. Este nº 6 continua a determinar a exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica quando o agente (pessoa singular) actuou contra ordens ou instruções expressas em nome (se, dirigente ou subalterno, unilateralmente e sem consentimento da pessoa colectiva extravasou o quadro dos poderes, tarefas e funções em que esta o investiu), mas, ao menos e por certo, não actuou no interesse, e sim contra o interesse do ente.” Brito, T. Q. (2023), “Lei nº 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, *cit.*, pp. 337 e 348.

²¹⁶ Brito, T. Q., *Op. cit.*, pp. 393-394.

²¹⁷ Conforme a autora: “A coexistência alternativa de dois conceitos discrepantes de interesse coletivo permite substituir a responsabilidade do ente por um ilícito típico próprio, numa perspectiva organizativa-operativa, finalística e/ou cultural, pela mera imputação (económica) do crime cometido por agente singular, maxime dirigente, a ele funcionalmente ligado, mas contra a cultura de cumprimento, os programas e mecanismos de Compliance pelo mesmo adoptados.” Em: Quintela de Brito, T. (2023), “Lei nº 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes

Indica a autora que o modelo de responsabilidade penal adotado em Portugal é misto de hétero e auto-responsabilidade e que tal modelo não é de todo compatível com outro tipo de interesse, que não seja o próprio e direto, da pessoa jurídica responsabilizada.²¹⁸

Ademais, o art. 90-A, n.º 5, do Código Penal Português²¹⁹, alterado pela Lei n.º 94/2021²²⁰ dispõe que: “O tribunal aplica uma pena acessória juntamente com a pena principal ou de substituição, sempre que tal se revele adequado e necessário para a realização das finalidades da punição, nomeadamente por a pessoa coletiva não ter ainda adotado e implementado programa de cumprimento normativo adequado a prevenir a prática do crime ou de crimes da mesma espécie”.

Santos pontua que há no ordenamento jurídico português uma dupla voloração e punição face a não aplicação ou implementação deficiente de um programa de cumprimento normativo efetivo pelo ente coletivo ou equiparado, pois são impostas uma pena acessória e uma contra-ordenação, havendo vilação ao princípio constitucional *ne bis in idem*, todavia, como tal discussão ultrapassa os limites do tema proposto no presente trabalho, remetemos a leitura da obra produzida pelo autor²²¹.

No que tange ao aspecto processual, Santos assinala que o sistema processual penal português, considerando a insuficiência legislativa (violação ao princípio da proibição da insuficiência e do défice, na posição do autor) não é voltado para as necessidades quanto ao tratamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva,

coletivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, cit., pp. 399 e 408.

²¹⁸ Brito destaca: “Logo, a própria intangibilidade do artigo 11º/6 do CP – fundamental para a afirmação de uma responsabilidade por facto próprio da pessoa colectiva – impõe a eliminação da fórmula do interesse directo ou indirecto do ente a responsabilizar. Fórmula francamente perigosa por possibilitar a mera imputação económica à pessoa colectiva do crime cometido por um dos seus dirigentes em gestão de negócios por ela não autorizada.” Quintela de Brito, T. (2023), “Lei nº 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, *cit.*, p. 410

²¹⁹ Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

²²⁰ Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro.

²²¹ Santos, H. L. (2022), *A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance - E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?*, *cit.*, pp. 106-112.

assevera o autor que se vislumbra apenas as necessidades da pessoa singular, de modo que não há distinção entre as defesas das pessoas singulares e coletivas.²²²

7. Brasil

Busato²²³ indica que, embora haja controvérsias doutrinárias, a Constituição Federal do Brasil permite a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas ou coletivas, sendo que o primeiro diploma normativo a prever a regulamentação foi a lei de crimes ambientais, através da Lei n.º 9.605/1998²²⁴, em seu art. 3º estabelece: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

O autor indica que os Tribunais Superiores do Brasil se posicionaram no mesmo sentido, reconhecendo a possibilidade de imputar criminalmente as pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade de seus sócios. Afirma Busato que as mais importantes infrações criminais ocorridas no Brasil envolvem as organizações empresariais.²²⁵

No Brasil, foi promulgada a Lei 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção, referida legislação entrou em vigor em 2014 e cria responsabilidade civil e administrativa para empresas brasileiras que paguem (ou tentem pagar) subornos no país ou no exterior, e empresas estrangeiras que paguem (ou tentem pagar) subornos no Brasil²²⁶, esta Lei impõe uma responsabilização objetiva das pessoas jurídicas e admite

²²² Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, cit., p. 35.

²²³ Busato, P. C. (2018), “A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro”, RIL Brasília a. 55 n. 218 abr./jun. 2018 (pp. 85-98), pp. 91-94.

²²⁴ Lei no 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. Diário Oficial da União, 12 fev. 1998.

²²⁵ Busato, P. C. (2018), “A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro”, RIL Brasília a. 55 n. 218 abr./jun. 2018 (pp. 85-98), pp. 94-95.

²²⁶ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, cit., p. 10.

a importância dos programas de cumprimento normativo, também denominados programas de *compliance*.²²⁷

Nagai e Castro Carvalho dispõem que não obstante o artigo 7º, inciso VIII, do referido diploma legislativo faça referência à existência de programas de cumprimento normativo, a sua implantação não é obrigatória, entretanto, pode refletir em eventual pena aplicada.²²⁸

V. A prova da efetividade dos programas de cumprimento na aplicação da responsabilidade criminal de pessoas coletivas

Não há como falar em programa de cumprimento normativo sem debater a temática da autorregulação e a responsabilidade criminal da pessoa coletiva, as ideias estão conectadas e diferem na sua aplicação concreta, a depender, como visto, da legislação adotada em cada país.

Apenas um programa de *compliance* efetivo é aceito como um correto padrão para excluir responsabilidade, mitigar sanções ou firmar acordos, a avaliação para o que é um bom programa de cumprimento normativo é intrincada, para Engelhart um dos motivos é que a ainda há pouca pesquisa para defenir as medidas realmente efetivas. A evidência empírica assinala que um programa de *compliance* sistemático com efeitos no ambiente corporativo como um todo é a única ferramenta efetiva para detectar infrações nas companhias, ademais, um programa de cumprimento normativo é uma construção normativa baseada em certos conceitos regulatórios com certas expectativas e previsões, aspecto que é pouco visto no emprego dos institutos pelos reguladores ou determinado por autoridades estatais, falta uma compreensão da teoria do *compliance*, como resultado, por vezes, os reguladores ao invés de apresentarem critérios sobre como construir um programa de *compliance* eficiente, concentram os critérios em estruturas gerais, como exemplo de uma ampla abordagem estrutural é o USSG nos Estados

²²⁷ Nagai, R. A. Castro Carvalho, A. (2021), “O uso do programas de compliance anticorrupção como excludente de responsabilidade: estudo comparativo do UKBA, FCPA, e Lei Anticorrupção brasileira”, *cit.*, p. 197.

²²⁸ Nagai, R. A. Castro Carvalho, A., *Op. cit.*, p. 198.

Unidos, apenas setores específicos como a regulação do mercado financeiro possuem requerimentos mais detalhados.²²⁹

Engelhart pontua que evidências empíricas indicam que um programa de conformidade abrangente e sistemático é uma ferramenta eficaz para prevenir e detectar infrações legais nas empresas, a principal razão para tal efeito é a influência do clima corporativo na empresa.²³⁰

Ademais, o *compliance* pode ser um fator determinante em procedimentos sancionatórios, especialmente criminais podendo ser decisivos para iniciar processos ou mesmo finalizá-los com um acordo. Quando se decide iniciar oficialmente procedimentos ou submeter denúncias perante uma Corte, o desenvolvimento e a implementação de um programa da *compliance* efetivo pode ser considerada uma circunstância favorável para a corporação envolvida, especialmente nos casos onde o ambiente corporativo mal contribuiu para o crime e a culpa individual predomina, em contrapartida, se a empresa possui um programa de *compliance* fraco que contribuiu substancialmente para o crime, isto pode ser um fator decisivo para a responsabilidade da empresa.²³¹

Quintela de Brito destaca que os programas de cumprimento normativo não podem ser considerados de forma abstrata, mas sim relativamente ao fato concreto que eventualmente seja imputado à pessoa coletiva, ressalta, ademais, que não há programas de *compliance* perfeitos que impeçam totalmente a prática de infrações, neste sentido, é possível que mesmo diante da aplicação eficaz de um programa de cumprimento normativo ocorram atos que atentam contra o direito.²³² Na mesma toada, Germano Sousa considera que por mais estruturado que seja um programa de cumprimento normativo, existe o risco de ser desrespeitado ante a atuação negligente dos membros da organização.²³³

²²⁹ Engelhart, M. (2018). "The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes", *cit.*, p. 16.

²³⁰ Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective", *cit.*, p. 66.

²³¹ Engelhart, M. (2018). "The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes", *cit.*, p. 14.

²³² Brito, T. Q. (2014), "Relevância dos mecanismos de 'compliance' na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes", *cit.*, p. 81.

²³³ Silva, G. M. (2023), "Imputação da responsabilidade penal e compliance", *cit.*, p. 330.

Não basta que uma corporação adote um programa de cumprimento normativo é necessário que a medida seja eficaz como ferramenta de prevenção de infrações, vale sopesar todavia, que a ocorrência de um delito, por si só, no seio da organização, não revela que o programa de *compliance* de uma empresa seja ineficaz, Neira esclarece que a eficácia do programa é relativa e não se resume a infabilidade na prevenção dos delitos, aponta a autora como importante elemento de valoração a capacidade de detectar infrações e as providências adequadamente empregadas.²³⁴

Arlen destaca que as empresas normalmente não adotam um programa de *compliance* efetivo, pois a sua implementação é onerosa e por vezes as companhias se beneficiam de crimes cometidos pelos seus membros, segundo a autora a solução é que os países incentivem as empresas a tomar medidas efetivas no controle de má conduta dos funcionários, através de denúncias, cooperação e responsabilidade em face dos diretores na prevenção das infrações.²³⁵

Aponta Neira ademais, posicionamento a qual perfilia a quem vos subscreve, que quando se trata de pequenas ou medias empresas, com maior motivo não se pode exigir um estrito cumprimento dos deveres legais sobre o conteúdo dos programas de cumprimento normativo, pois o grau de exigência deve ser adequado a complexidade da estrutura da organização, como por exemplo tamanho e disponibilização de recursos, para tal especificidade a legislações da Espanha, Chile e Itália assinalam que as entidades de menores dimensões, no que concerne as funções de supervisão que normalmente são assumidas por um órgão com poderes autônomos de controle, podem ser assumidas diretamente pelo órgão de administração ou de direção.²³⁶

²³⁴ Confirme a autora: “*Por eso, si la organización cumple con tales deberes, a través de la implementación efectiva de un programa de prevención de delitos eficaz, pero, a pesar de ello, alguno de sus empleados comete una infracción penal, la entidad no debería responder penalmente, en tanto que, al haber establecido mecanismos de dirección, supervisión y control adecuados, habría cumplido con sus deberes de garante en relación con los bienes jurídicos que pone en peligro con su actividad.*” Em: Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 478.

²³⁵ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 2.

²³⁶ Expõe a autora que: “*Dado que el tamaño o la complejidad organizativa de la entidad también son factores a tener en cuenta a la hora de determinar las medidas de organización y control precisas para mantener los riesgos penales en niveles jurídicamente aceptables, es habitual que la regulación*

1. A abordagem regulatória e a aplicação do *compliance*

Engelhart expõe que há casos em que existe uma obrigação direta de aplicar um programa de cumprimento normativo, estes casos são normalmente limitados a setores específicos, assim, ter um programa de *compliance* que preencha os requerimentos legais, evita futuras ações, uma vez que exclui a responsabilidade de não ter implementado o instituto. O autor também esclarece que os casos onde são impostos padrões gerais de cuidado para a adoção de um programa de cumprimento normativo são mais frequentes que a explícita obrigação legal de empregar o instituto, sendo uma área de relevância o direito empresarial, neste caso, um programa de *compliance* é adequado para preencher padrões corporativos e excluir responsabilidade pela violações destas obrigações.²³⁷

Engelhart esclarece que os elementos de um programa de cumprimento normativo efetivo são um grande desafio tanto para os legisladores, quanto para as organizações que o implementam ou até mesmo para instituições públicas que levam tais programas em consideração, seja um órgão regulador ou sancionador.²³⁸ Para o autor, para que o *compliance* seja um relevante critério a estabelecer a responsabilidade individual ou corporativa é necessária uma previsão legal que permita que um programa de cumprimento normativo seja levado em consideração.²³⁹

Considerando ordenamentos jurídicos que não dispõem concretamente sobre a forma com que uma organização empresarial de empregar um programa de cumprimento normativo, Casas e Feijoo apontam como solução para tal insegurança jurídica que se legisle positivamente sobre a matéria em concreto, estabelecendo a

establezca exigencias atenuadas o medidas de supervisión menos estrictas para aquellas empresas de pequeñas dimensiones o cuyo volumen de actividad es menor.” Em: Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 476-477. Além disso: “*estas pequeñas organizaciones podrán (...) demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.*” Em: FGE, *Circular 1/2016*, p. 50.

²³⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 7-9.

²³⁸ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 3.

²³⁹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 7.

forma e conteúdos mínimos para a adoção de um programa de cumprimento normativo para que tenha efeitos antes da prática de um ilícito penal²⁴⁰.

Arlen retrata, em contrapartida, que as empresas são mais hábeis para detectar uma prática ilegal de seus colaboradores internamente do que as autoridades governamentais, pois as empresas têm mais conhecimentos sobre sua própria operação e riscos, tendo também o seu próprio acesso às evidências documentais e digitais, além disso, as empresas controlam a maioria das características que motivam a decisão dos empregados quanto ao fato de cumprir ou não com o ordenamento jurídico.²⁴¹

Na maioria dos casos, as empresas são responsáveis por avaliar quando um programa de cumprimento normativo é efetivo e as autoridades estatais apenas determinam a efetividade do programa quando devem investigar certo incidente. Se as entidades estatais abordam o *compliance* de uma maneira generalizada, isto concebe mais flexibilidade às empresas, mas em contra-partida, aumenta o risco das empresas quanto à sua autorregulação.²⁴²

Aponta Neira que há riscos em uma regulamentação legal excessivamente detalhada, pois pode resultar na padronização das medidas de controle e direção adotadas pelas empresas, de modo que seja difícil declarar a responsabilidade criminal da pessoa coletiva que tenha cumprido com os requisitos formalmente determinados pela lei, o que pode fazer com que a adoção do programa de cumprimento normativo seja superficial sem a real preocupação com a adoção de uma cultura de cumprimento, para analisar se um programa de *compliance* é efetivo deve se avaliar de uma perspectiva que não seja formal, sem atender única e exclusivamente pelo modelo proposto ou imposto pela legislação, deve-se, em verdade, verificar a importância que o programa tem na tomada de decisões por dirigentes e empregados no seio da organização e em que medida é uma verdadeira expressão de sua cultura de

²⁴⁰ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 39.

²⁴¹ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, pp. 6 e 10-11.

²⁴² Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 16-17.

cumprimento e do seu compromisso de dissuadir condutas ilegais²⁴³, conforme destacado pela Circular 1/2016 da FGE, a saber, “Fiscalía General de Estado”, em Espanha²⁴⁴.

Miller esclarece que o governo não deveria microgerenciar os requerimentos para um programa de *compliance* efetivo, pois as empresas possuem diferentes características, história e culturas, qualquer tentativa de especificar as características de um programa de cumprimento normativo efetivo a um nível mais detalhado geraria fracos resultados, aduz o autor que não se pode esperar que um regulador ou membro do Ministério Público tenha mais conhecimento que trabalhadores internos da organização ou mesmo diretores que passam a sua vida profissional na operação, nesse sentido, a melhor abordagem é que o governo identifique componentes-chave e princípios gerais e que permita a entidade desenvolver os detalhes.²⁴⁵

No que concerne à técnica legislativa Neira assinala as disposições sobre organização empresarial interna acima elencadas mais parecem própria de uma legislação mercantil do que de uma legislação penal, segundo a autora seria tecnicamente mais correto regular a responsabilidade penal das pessoas coletivas em uma lei especial, com a adoção de uma norma penal em branco, cujo conteúdo pode ser complementado com as correspondentes regulações mercantis ou administrativas na matéria, conforme o tipo de pessoa coletiva, atividade social, o risco delitivo a prevenir, dentre outras particularidades, destaca que a legislação espanhola que recorre ao próprio código penal relativamente às normas sobre a estrutura organizativa das empresas, não parece a mais adequada, advoga a autora, ademais, que quanto maior a regulação legal no que tange ao conteúdo dos programas de cumprimento normativo, maior é a segurança jurídica para as pessoas coletivas, tanto no que toca aos deveres de controle

²⁴³ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 475-476.

²⁴⁴ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

²⁴⁵ Miller, G. P. (2014), “An Economic Analysis of Effective Compliance Programs”, *cit.*, p. 19.

assumidos ou os efeitos gerados pela adoção de um programa de cumprimento.²⁴⁶

Debate-se sobre o nível adequado de intervenção estatal para garantir a melhor estratégia preventiva, e a solução é que, dado que as atividades das organizações podem variar amplamente, o Estado pode não ter o conhecimento técnico necessário sobre certas funções. Portanto, devem ser definidos apenas parâmetros gerais, permitindo que as empresas ajustem as medidas necessárias de acordo com o tipo de atividade que desempenham, buscando sempre a melhor estratégia e efetividade. Além disso, é crucial que o grau de exigência estatal seja proporcional ao porte das empresas, sendo mais flexível para empresas de médio e pequeno porte, que possuem recursos financeiros limitados e menor complexidade organizacional.

2. O *compliance* e a (des)necessidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva

É discutido se para que um programa de *compliance* tenha relevo no tocante a eventuais infrações praticadas pela pessoa coletiva é necessária a adoção, pela legislação, do sistema de responsabilização penal da pessoa coletiva.

Arlen indica que os países não podem incentivar um programa de cumprimento efetivo apenas adotando regulações que exigem a adoção do instituto, em vez disso, os países devem também impor responsabilidade criminal às empresas pela má conduta de funcionários, incluindo a detecção, denúncias e cooperação, devem também impor deveres aos diretores para que possam obter evidência e conduzir investigações e estejam motivados a adotar medidas de *compliance* efetivas.²⁴⁷

Relativamente ao fato de que com a globalização as empresas hoje são sediadas em diversos países, Sousa Mendes analisou o caso Citigroup, ocorrido em 2004, onde traders negociaram compra e venda de títulos governamentais e, em tese, teriam praticado atos que atentaram contra as normas do mercado financeiro, nesse sentido, quatro países tomaram medidas, a saber, Alemanha, Itália, Portugal e Reino Unido, o

²⁴⁶ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 475.

²⁴⁷ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, pp. 2-4.

resultado dos processos entre os referidos países foi diverso, tendo o Reino Unido aplicado a maior punição.²⁴⁸

Indica Mendes em sua análise que o caso mostrou que as entidades reguladoras dos países não estariam a coordenar suas atividades entre si e não eram capazes de instaurar processos em conjunto, pois cada um tem uma jurisdição, que os sistemas jurídicos dos Estados europeus diferem entre si e que, portanto, nos casos de abuso de mercado, devem ser priorizados esforços conjuntos anteriormente a decisão de como prosseguir com o caso, alerta o autor que na ausência de coordenação entre as autoridades se permitirá a ocorrência de abusos, onde organizações escolherão, como em um *shopping center*, o sistema jurídico mais flexível ou favorável, sob a guarda do princípio *ne bis in idem* supranacional. Ademais, verificamos que os países que não consideravam na altura a responsabilização criminal da pessoa jurídica, tiveram menos sucesso na imposição concreta de sanções à empresa investigada.²⁴⁹

Como retratado alhures, Mendes ressalta que a ausência de responsabilização criminal das pessoas jurídica possui menor relevo ou mera formalidade técnica relativamente às estratégias regulatórias da regulação responsiva e da autorregulação regulada, para o autor, basta a existência de autoridades reguladoras com poderes para impor punições, ademais, a inclinação de utilizar de forma responsiva a aplicação de sanções pode incentivar as organizações a aplicar programas de *compliance*.²⁵⁰

A nosso ver, a adoção pelo sistema de responsabilização penal da pessoa jurídica não é pré-requisito para que um programa de cumprimento normativo seja considerado como estratégia de defesa de uma empresa, desde que se contenha uma norma geral de implantação da medida na legislação. Outrossim, considerando a análise realizada por Mendes²⁵¹ viu-se que os ordenamentos jurídicos que não adotavam, na altura, a responsabilidade penal da pessoa coletiva não impuseram, na prática, medidas

²⁴⁸ Mendes, P. S. (2009), “Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup”, ZIS, pp. 55-58.

²⁴⁹ Mendes, P. S. (2009), “Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup”, *cit.*, pp. 55-58.

²⁵⁰ Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *cit.*, pp. 295 e ss.

²⁵¹ Mendes, P. S. (2009), “Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup”, *cit.*, pp. 55-58.

sancionatórias tendo em conta a prática delitativa ocorrida, ademais, de acordo com a pesquisa demonstrada no presente trabalho restou demonstrada que a responsabilização penal da pessoa jurídica é uma mais-valia na contenção da criminalidade empresarial. Assim, é possível que uma legislação aborde a temática o *compliance* expondo normas gerais sobre o instituto para as organizações, onde as organizações se beneficiem de seus possíveis efeitos, sem que seja considerado em seu sistema legislativo a responsabilização criminal da pessoa jurídica.

3. Características de um programa de cumprimento normativo efetivo

Nieto Martín assinala que nem as leis penais que estabelecem a responsabilidade e nem a doutrina jurisprudencial esclareceram até o momento no que consiste um programa de cumprimento normativo eficaz ou no lado contrário da moeda, qual é exatamente a relação entre o defeito da organização e a infração cometida pela pessoa individual.²⁵²

No mesmo sentido, Arlen destaca que nem mesmo as autoridades responsáveis pela aplicação da Lei ou os reguladores possuem informação suficiente para distinguir de forma idônea quando um programa de cumprimento normativo é efetivo, existindo casos em que aparentam ser efetivos, mas não são.²⁵³

Casas e Feijoo retratam que a análise da efetividade de um programa de cumprimento normativo deve partir da premissa que a produção de um ilícito penal não significa necessariamente que o programa não seja de uma maneira geral efetivo na prevenção e detecção da conduta criminal, para os autores isso permitirá realizar uma análise válida em termos de imputação objetiva sobre a efetividade do *compliance* penal e sobre a atribuição da responsabilidade penal da pessoa coletiva.²⁵⁴

²⁵² Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 5.

²⁵³ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, pp. 2-4.

²⁵⁴ Referem-se os autores à legislação dos Estados Unidos, como se segue: “La sección 8B2.1 de las USSG contiene una cláusula en estos concretos términos a modo de parámetro o guía inicial para que los jueces federales afronten la valoración de la efectividad de los programas corporativos de ética y cumplimiento.” Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 44.

Para Santos, a existência ou não de um programa de cumprimento normativo eficaz está interligado ao princípio da presunção da inocência funcional. Para o autor, um programa de *compliance* eficaz se resume no emprego dos meios necessários para evitar a prática de uma infração criminal. Santos afirma, aliás, que, neste caso, a infração normativa resulta de um ato individual isolado contrário à cultura da empresa na busca de estar em conformidade com ordenamento jurídico.²⁵⁵

Arlen alerta que os testes de eficácia dos programas de *compliance* devem ser evidenciados por dados internos das empresas, de monitoramento, reclamações de clientes e recursos humanos que demonstrem a realização de um comportamento ilegal ou antiético.²⁵⁶

Os elementos centrais para um programa de *compliance* incluem avaliação de riscos, esclarecimentos de regras, padrões e valores em um documento escrito, promover uma estrutura de conformidade, rotinas de educação, supervisão e controle, estabelecer critérios para infringências e sanções, tendo uma avaliação permanente e constante aperfeiçoamento do programa, um programa de cumprimento ideal compreende medidas preventivas e também de controle e investigação, não sendo apenas um programa expresso em papel, mas cumprido na prática, isto é, é uma adoção de comportamento que influencia toda a organização, ademais, o pensamento ético é um elemento crucial na adoção das medidas de *compliance*, comportamento ético é uma pré-condição para um comportamento de conformidade.²⁵⁷

Mendes indica que o DOJ dos Estados Unidos publicou quais as medidas a se ter em consideração para considerar um programa de compliance efetivo, nesse caso, relativamente à legislação antitruste, sendo estas: a) elaboração e alcance do programa; b) a cultura de cumprimento no seio da organização; c) a responsabilidade e recursos de prevenção relativamente às normas antitruste; d) sistemas de avaliação de riscos; e) formação e comunicação aos membros da organização; f) monitorização, auditoria e

²⁵⁵ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, cit., p. 61.

²⁵⁶ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, cit., pp. 2-4.

²⁵⁷ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, cit., pp. 17-18.

revisões contínuas; g) canais de notificação; h) incentivos e medidas de disciplina; i) remédios.²⁵⁸

O cumprimento do programa de *compliance* é fundamental para a sua efetividade, aponta o DOJ e o SEC que são levados em consideração procedimentos disciplinares claros e apropriados, ademais, um programa de conformidade eficaz deve ter como objetivo prevenir e detectar práticas de suborno no estrangeiro também aplicável a terceiros, deve incluir, além disso, mecanismos para os funcionários e outros interessados denunciarem uma má conduta suspeita ou violações das políticas da empresa de forma confidencial e sem medo de retaliação, ademais, um programa de *compliance* efetivo deve estar em constante evolução, de modo que o DOJ e SEC avaliam se as empresas revisam e aprimoram regularmente os seus programas de cumprimento normativo.²⁵⁹

Destaca-se que a legislação dos Estados Unidos, as “Guidelines”, apontam uma relação entre normas administrativas e padrões de qualidade (Normas ISO, por exemplo) e os programas de cumprimento normativo, sendo que o seguimento de tais normas seria um indício de que o programa de *compliance* é eficaz, nesse sentido, aduz Nieto Martín que a eficácia das normas extrapenais, sejam elas derivadas do próprio ordenamento jurídico ou da autorregulação empresarial, têm uma função processual e estabelecem uma presunção *juris tantum* favorável a eficácia do modelo.²⁶⁰

Outrossim, devem estabelecer as empresas processos e sistemas para identificar os pontos-chave para pontenciais atos de suborno e corrupção, e utilizar a informação em sua avaliação de risco, além disso, as políticas conformidade não podem funcionar de forma efetiva a não ser que sejam amplamente divulgadas no seio da empresa, sendo

²⁵⁸ Mendes, P. S. (2022) "A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência", Centro de Estudos Judiciários, Painel II – O direito das contraordenações nos tempos atuais III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Santarém, (pp. 91-139), p. 109; U.S. Department of Justice Antitrust Division (2019), "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations".

²⁵⁹ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, pp. 12-13.

²⁶⁰ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 179.

que o DOJ e o SEC fazem a avaliação do posicionamento da empresa quanto ao mencionado ponto, sendo de suma relevância os treinamentos periódicos e certificações para os relevante membros da organização.²⁶¹

a) Métodos para atestar a eficácia de um programa de cumprimento normativo

Walsh e Pyrich sugerem oito passos para demonstrar se um programa de cumprimento normativo adotado por uma corporação é efetivo, a saber: ter duração adequada; ser aprovado, implementado e apoiado pelos mais altos níveis da corporação; direcionar as áreas problemáticas exemplificadas pelo delito em questão; serem adaptados para se adequarem à cultura específica da empresa, bem como ao setor relevante; comunicar claramente a intenção da corporação de cumprir a lei e anunciar penalidades aos funcionários por atos proibidos; comunicar aos colaboradores e incorporar no seu ambiente de trabalho diário; envolver esforços para fazer cumprir a política e disciplinar os transgressores; e, revisar e atualizar o programa periodicamente.²⁶²

Para Wellner os oito passos anteriormente apontados serviriam apenas como um padrão para que todos os programas de cumprimento normativo fossem eficazes, sem que sua eficácia na prática fosse constatada, defende o autor a solução apontada por Philip Urofsky, a seguir demonstrada.²⁶³

Propõe Urofsky, outrossim, os seguintes passos para avaliar a efetividade de um programa de cumprimento normativo: se o programa é pronto para uso ou é especificamente adaptado para detectar e impedir conduta dentro de uma corporação; a corporação tenha dedicado recursos suficientes, inclusive equipe de auditoria e investigação; realização de treinamento adequado e periódico; a apresentação de

²⁶¹ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 11

²⁶² Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 498 *Apud* Walsh, C. J., Pyrich, A. (1995) “Corporate Compliance Programs as a Defense to Criminal Liability: Can a Corporation Save Its Soul?” *47 Rutgers L. Rev.* 605, 685-86.

²⁶³ Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, pp-498-499.

relatórios aos níveis mais altos da administração; imposição de medidas disciplinares a dirigentes, funcionários e agentes que tenham violado as políticas de conformidade.²⁶⁴

Para Miller, a estratégia de aplicação da lei do governo irá determinar os gastos da empresa com programas de conformidade, vale dizer, se o governo optar por uma estratégia de baixa detecção de irregularidades e altas multas²⁶⁵, uma corporação com aversão ao risco utilizará mais recursos com o *compliance* do que se o governo adotar uma estratégia de alta detecção de regularidades e baixas multas.²⁶⁶

Argumentos políticos sólidos podem ser desenvolvidos tanto a favor, quanto contra a criação de uma causa de exclusão de responsabilidade (*affirmative defense*) para programas de cumprimento efetivos, Miller indica que é provavelmente preferível que o governo não forneça uma causa de exclusão de responsabilidade, mas que considere de forma substancial programas de *compliance* eficazes relativamente à formalização de acusações, acordos e sentenças.²⁶⁷

Nieto Martín indica que embora o modelo apresentado por Miller tenha uma vantagem que é a adequação dos objetivos de política criminal buscados através da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, também apresenta problemas, pois não faz referência ao fato concreto cometido pela pessoa coletiva e que a pretensão de realizar cálculos que são requeridos no método apresentado dificultaria a sua aplicação.²⁶⁸

Nieto Martín esclarece que o método mais usual para estabelecer a eficácia dos programas de cumprimento normativo é através da confecção de *check lists*, indica que

²⁶⁴ Urofsky, P. (2002), “Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs” in: Fraud in the Corporate Context, *United States Attorneys' Bulletin*, pp. 19-25.

²⁶⁵ Ao analisar o entendimento de Miller, pondera Nieto Martín: “Según Miller, a través de las multas fijadas en relación con cada infracción, el legislador debe orientar a las empresas acerca de cuál es la inversión que espera de ellas en sus programas de cumplimiento normativo. Allí donde el sistema de prevención y detección público o estatal puedan descubrir sin excesivos costes las infracciones, las multas no deberían ser excesivas, pues de otro modo se induce a las empresas a utilizar fondos en tareas preventivas, que estarían mejor empleados en otros objetivos.” Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 16.

²⁶⁶ Miller, G. P. (2014), “An Economic Analysis of Effective Compliance Programs”, *cit.*, p. 21.

²⁶⁷ Miller, G. P. (2014), “An Economic Analysis of Effective Compliance Programs”, *cit.*, p. 21.

²⁶⁸ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 17.

os padrões da ISO e os documentos de avaliação do DOJ seguem esta metodologia, indica, ademais, que nos documentos do DOJ são formuladas perguntas²⁶⁹ que respondem a um modelo de cumprimento ideal, retrata que as normas ISO, embora não sejam formuladas sob a base de perguntas, trazem uma explicação geral em que se expõem os objetivos subjacentes a um programa de conformidade. Aduz que os padrões e certificações baseados nesta metodologia geralmente são os mais demandados pelos profissionais de cumprimento normativo, pois aparentemente proporcionam uma maior segurança jurídica, no sentido de que se os itens são cumpridos, se assegura a ausência de responsabilidade.²⁷⁰

Admite o autor, entretanto, que o modelo referido apresenta problemas, pois não é um critério adequado para avaliar a eficácia retrospectiva ou prospectiva e fazem uma referência genérica aos aspectos transversais ao programa de cumprimento, entretanto, como não é a sua finalidade, não se comprova como funcionarão os controles em relação ao fato concreto, afirma que o método *check list* não supõe uma metodologia correta para medir a eficácia retrospectiva do programa de cumprimento e que não pode proporcionar segurança jurídica.²⁷¹

No ponto de vista de quem vos subsegue ancorado nas ideias de Nieto Martín o método *check list* pode se tornar simplesmente um padrão geral, que não se adapta a particularidades de uma organização empresarial e sua utilização pode levar a errônea avaliação da efetividade um programa de cumprimento, pois um cumprimento total dos requisitos do *check list* conduziria a uma exclusão de responsabilidade, enquanto o seu parcial incumprimento levaria, de pronto, a ineficácia do programa de conformidade, o que não se adequa à uma análise de acordo com as características do caso concreto.²⁷²

²⁶⁹ Conforme Nieto Martín: “*Muchas de estas preguntas se basan además en parámetros cuantitativos - ¿cuántas horas de formación?, ¿cuántas denuncias recibió su canal? – por lo que dan a entender que, a partir de la repetición de una determinada conducta o control, se alcanza el ideal requerido por el modelo.*” Em: Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 11.

²⁷⁰ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, pp. 11-13.

²⁷¹ Nieto Martín, A., *Op. cit.*, pp. 13-15.

²⁷² Conforme Nieto Martín ao se referir às legislações da Espanha e da Itália: “*Por esta razón parece más que razonable huir de una interpretación según la cual la ausencia por ejemplo de uno de los elementos*

Nieto Martín indica que na doutrina espanhola e também em uma corrente da doutrina e jurisprudência italiana elaborou-se um modelo retrospectivo para avaliar a eficácia de um programa de cumprimento normativo através da teoria da imputação objetiva, que se conecta com a opinião de que o delito cometido por uma pessoa coletiva equivale a uma infração imprudente ou, a depender do caso, de uma participação imprudente de outra pessoa, para esta posição a valoração da eficácia de um programa de cumprimento deve abordar principalmente como o projeto e a execução dos diversos componentes do programa de cumprimento normativo influenciaram causalmente²⁷³ a prática do delito no caso concreto.²⁷⁴

Nieto Martín indica que na Itália, através da sentença 1321/21 de 11.11.2021 foi acolhida a estrutura do delito imprudente e da imputação objetiva como forma de abordar a existência de um defeito de organização.²⁷⁵

Neste sentido, a eficácia do programa de cumprimento normativo é comprovada seguindo o procedimento característico da teoria da imputação objetiva onde, primeiro, se constata a criação de um risco juridicamente desaprovado, que se produziria quando não existe uma medida de prevenção ou esta não tenha sido projetada, atualizada ou

allí indicados (o su ineficacia), o por el contrario la presencia de todos, llevarán automáticamente a excluir la responsabilidad o a afirmarla.” Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, cit., p. 14.

²⁷³ Nesse sentido: “*El juicio de eficacia no pretende comprobar la virtualidad del modelo en su conjunto, sino de las reglas de prevención vinculadas con el delito que en concreto se ha cometido.*” Em: Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, cit., p. 18 *Apud* Mongilo V., Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione, in La Rep. amm. soc. enti. 2011, n° 3, p. 72.

²⁷⁴ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, cit., pp. 17-18.

²⁷⁵ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, cit., p. 18 *Apud* Cass., sez. VI, sent. 11 novembre 2021 (dep. 15 giugno 2022), N. 23401; Paliero C., L’happy end di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo, Sistema Penale; Cerntonze F., Il Crimine dell’attore decisivo, i limite della Compliance e la prova certa della colpa di organizzazione, - Riglessione a margine della sentenza impregilo, Ossevatori, Attualità 231, 535-536. Cassazione penale – N. 12. 2022.

implementada da forma que exige a norma de cuidado²⁷⁶, assim, nesta concepção de culpa da organização, o trabalho do Juiz, como ocorre com a imprudência individual, consistiria em encontrar a norma que determina o dever objetivo de cuidado e, em seguida, verificar se o risco foi concretizado no resultado.²⁷⁷

Nieto Martín explica que, embora a utilização da teoria da imputação objetiva tenha virtudes, como a valoração retrospectiva dos programas de cumprimento, bem como facilita e racionaliza o trabalho judicial, sua aplicação também apresenta problemas, afirma o autor que a prevenção de comportamentos delitivos em uma organização é uma operação mais complexa que a relação entre a imprudência de um condutor e a morte em um acidente de trânsito, diz que as explicações baseadas na causalidade são válidas para relacionar o comportamento humano com uma modificação exterior, mas não são válidas para explicar o surgimento de determinado comportamento, como exemplo a corrupção ou como poderia ter sido evitado, tendo em vista que a organização possui grande margem de discricionariedade na elaboração de seu sistema de prevenção, de modo que a teoria não pode ser a ferramenta para avaliar a eficácia de um programa de *compliance*.²⁷⁸

Aduz o autor que o dever objetivo de cuidado e a teoria da imputação objetiva servem para estabelecer a responsabilidade, entretanto, a responsabilidade penal da pessoa coletiva está baseada em um modelo de cumprimento normativo distinto, o da autorregulação ou autorregulação regulada.²⁷⁹

Nieto Martín esclarece que os elementos de um programa de *compliance* formam um todo e funcionam como um todo e sua eficácia não pode ser determinada de forma separada, não se pode ter em conta para apreciar o defeito da organização apenas

²⁷⁶ Conforme Nieto Martín: “Esta norma podía determinarse de varios modos, bien podría hacerlo el legislador a través de normas administrativas, bien podrían ser estándares privados, como las normas ISO-UNE, o bien las best practices que se desprende de lo que hacen empresas similares.” Em: Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 18.

²⁷⁷ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, pp. 18-19.

²⁷⁸ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, pp. 20-22.

²⁷⁹ *Op. cit.*, p. 26.

uma das partes do programa ou um determinado controle, a avaliação deve ser feita de uma forma global.²⁸⁰ O autor indica que é importante implantar uma cultura de avaliação, em matéria de cumprimento normativo, que promova a inovação e evite o enrijecimento, bem como a acumulação de controles e medidas desnecessárias.²⁸¹

b) Adequação concreta à atividade da organização

Wellner esclarece que um programa de *compliance* efetivo é um mecanismo interno implementado pelas empresas para detectar e prevenir que infrações criminais ocorram no seio da organização, tal programa é operado de forma contínua através da organização e embora possa ser adaptado às particularidades da atividade desempenhada pela empresa, deve prevenir a ocorrência de qualquer prática de infração criminal.²⁸²

Ainda que existam medidas de gerenciamento de risco comuns na aplicação de um programa de cumprimento normativo é de suma importância que o modelo empregado se adeque às particularidades da organização, como estrutura, tamanho e a natureza de sua atividade, assim, um programa de *compliance* padronizado sem que se adeque às minúcias da entidade de qual opera é considerado ineficaz ou mesmo de fachada.²⁸³

²⁸⁰ Conforme o autor: “Para la prevención de la corrupción, tener un canal de denuncias que funcione correctamente y que no sea un mero apartado en la web de la empresa es tan importante como los controles específicos que se diseñen para el control de la gestión de los recursos financieros; e igualmente lo es que los empleados sepan que las infracciones al Código Ético no se toleran, sino que se investigan y sancionan; de gran importancia es también la implicación de los directivos y que los encargados de supervisar si los controles se aplican tengan los poderes y la autoridad suficientes. Por esta razón, no puede considerarse que los elementos transversales o comunes del programa constituyen simplemente el entorno de los verdaderos controles que son los referidos al hecho concreto y son los que únicamente debe valorarse.” Em: Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 22.

²⁸¹ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 37.

²⁸² Wellner, P. A., (2005), “Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions”, *cit.*, p. 500.

²⁸³ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 479.

Os programas de compliance efetivos são personalizados de acordo com as características do negócio da organização e os riscos associados à sua atividade, nesse sentido, em 2023 o DOJ dos Estados Unidos emitiu um guia²⁸⁴ sobre como avaliar programas de cumprimento normativo durante ações e orienta sobre a análise a ser realizada para se considerar o programa efetivo.²⁸⁵

c) Caráter dinâmico com atualizações periódicas

Para que um programa de cumprimento normativo seja tido como eficaz, deve ser dinâmico com revisões e atualizações periódicas, e que conte com frequentes medidas de capacitação para com o seus membros, sejam empregados ou posições de alto escalão.²⁸⁶

d) Capacitação dos membros da organização

As entidades privadas devem promover treinamento para que os funcionários saibam quando estão ou não cumprindo com a Lei dentro da organização, outrossim, devem as organizações empresariais tratar a atividade de *compliance* como uma métrica importante na tomada de decisões respectivamente à remuneração, promoção e retenção.²⁸⁷

Ademais, o modelo de prevenção de delitos eficaz deve estabelecer protocolos de atuação orientados a minimizar a probabilidade de materialização de riscos delitivos previamente identificados, através de orientar os membros da organização sobre os deveres e proibições na prática de sua atividade, bem como a correta formação relativamente à política de cumprimento da legalidade, complementado por um programa de incentivos que estimule os trabalhadores a atuarem em conformidade com a Lei, bem como pela correta distribuição de responsabilidades, fiscalizada, entretanto,

²⁸⁴ U.S. Department of Justice - Criminal Division - Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated March 2023).

²⁸⁵ Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 11

²⁸⁶ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 480.

²⁸⁷ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, pp. 6 e 10-11.

por um organismo com poderes autônomos de iniciativa e controle, que pode ser digirido por um oficial de cumprimento ou agente externo à entidade.²⁸⁸

e) Auditorias

Existem vários mecanismos que podem ser adotados na busca de um programa de cumprimento normativo efetivo como amostras de programas fornecidas pelas autoridades, revisões externas realizadas por auditores, conselhos técnicos de controle ou padrões internos organizacionais. Particularmente, revisões externas de controle, como procedimentos formais que incluam uma certificação promovem uma avaliação adicional.²⁸⁹

Os mecanismos de controle são uma parte importante das medidas de *compliance*, pois promovem um procedimento de rotina na verificação da efetividade e esforços preventivos, de modo que oferecem a possibilidade de detectar infrações ainda em sua fase inicial, entretanto, devem ser implementados de maneira que não prejudique um ambiente corporativo produtivo, inovador e cumpridor da Lei, Engelhart ressalta que uma cultura de desconfiança é contraproducente acarretando riscos de falsas acusações e estratégias secretas de evasão, assim, mecanismos como canais diretos de denúncia devem ser implementados com cuidado. As medidas investigativas são instrumentos de controle úteis para prevenir, detectar e interromper comportamentos impróprios, todavia, as medidas preventivas permanecem inúteis quando possíveis violações das regras não são investigadas.²⁹⁰

f) Sistemas internos de investigação, incentivo e sanção

Arlen retrata que as organizações podem intervir para que o direito penal tenha uma voz expressiva porque podem controlar a motivação dos empregados ao se engajarem em más condutas e também as características do ambiente onde são tomadas decisões, que pode melhorar ou enfraquecer a forma com que os membros da organização lidam com as normas jurídicas.²⁹¹

²⁸⁸ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 472-473.

²⁸⁹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 17.

²⁹⁰ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 18.

²⁹¹ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 7.

Arlen indica que a implementação de um programa de cumprimento efetivo é onerosa para as empresas, como por exemplo o estabelecimento de diretrizes, treinamento e investigações corporativas.²⁹² Para a autora, as características principais de uma empresa que possui um programa da *compliance* efetivo são as que possuem habilidades para monitorar, detectar e investigar más condutas.²⁹³

Devem as organizações investigar e punir funcionários que tenham más condutas sejam em proveito próprio ou da própria organização e, em contrapartida, devem premiar àqueles dispostos a colaborar com as políticas internas de cumprimento normativo. Para criar uma cultura interna de cumprimento às normas, devem as empresas descobrir as raízes dos comportamentos violadores à Lei e remediá-los, inclusive, através de penalizações e demitindo lideranças que induzam ou até falhem na evitação da prática de infrações.²⁹⁴

Medidas de sanções internas são uma parte importante de um programa de cumprimento normativo, embora não seja permitido a empresas aplicar as mesmas sanções que o Estado ou que as aplique em nome deste, é possível a imposição de sanções por si própria, que na maioria dos casos são permitidas pela legislação laboral, dentre estas, repreensões orais, advertências escritas, penalizações contratuais, redução de remuneração, suspensão e até demissão.²⁹⁵

As empresas podem intervir concretamente para que haja efetividade em um programa de cumprimento normativo através da redução da expectativa dos empregados de se beneficiar com uma má conduta, bem como dificultar o engajamento de seus membros em irregularidades, além disso, buscar ativamente detectar, investigar e reportar irregularidades, cooperando com as autoridades e apresentando evidências contra as infrações praticas por seus membros.²⁹⁶

Além de adotar um sistema eficiente de informações, incentivos e sanções, Neira esclarece que a legalidade não é apenas o limite da atuação da empresa, mas uma parte

²⁹² Arlen, J., *Op. cit.*, p. 14.

²⁹³ Arlen, J., *Op. cit.*, p. 17.

²⁹⁴ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 12.

²⁹⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 18.

²⁹⁶ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 10.

integrante de sua cultura organizacional, que deve ter como base a observância do ordenamento jurídico.²⁹⁷

g) Sistema de avaliação de riscos

Neira destaca que as regulações de países como Espanha, Itália e Chile apontam que a adoção de um programa de cumprimento normativo eficaz exige, em um primeiro lugar, que se identifiquem as atividades cujo âmbito tenham a maior propensão a prática de crimes, ocasião pela qual se vê em voga o termo análise de riscos, o que pode ser desempenhado através de um mapa de riscos delitivos, onde se avalia a probabilidade da prática de delitos pela organização, bem como o impacto e as consequências no âmbito corporativo. Para a autora, um exemplo de área de risco dentro da organização é a financeira, de modo que, por exemplo, se podem adotar certas obrigações de registro e arquivo de operações financeiras, clara distribuição de responsabilidades, bem como auditorias periódicas.²⁹⁸

No mesmo sentido, Vila destaca que os programas de conformidade são vantajosos, pois tendo em vista a avaliação de riscos próprios das empresa, são capazes de pormenorizar especificamente procedimentos de detecção de riscos, assim como mecanismos para sua aplicação, alerta o autor a importância da determinação mais detalhada possível das posições de competência no âmbito da empresa, pois facilita a detecção e sanção do infrator.²⁹⁹

h) Responsável de cumprimento (compliance officer)

Santos indica que que o responsável por monitorar internamente a eficácia do programa de cumprimento normativo é o *compliance officer*.³⁰⁰ Para Neira, quando uma infração é cometida pelos encarregados de efetuar o controle da aplicação de um programa de cumprimento, como os administradores, a alta direção ou os próprios

²⁹⁷ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 480.

²⁹⁸ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 471-472.

²⁹⁹ Vila, I. C. (2013), “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *cit.*, p. 60.

³⁰⁰ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, *cit.*, p. 61.

encarregados do programa de *compliance*, resta evidente a omissão do devido dever de controle ou mesmo que as medidas tenham sido implementadas de forma ineficaz.³⁰¹

Não obstante o entendimento da autora acima exposto, é importante considerar que, levando em conta que o ambiente corporativo das grandes empresas vai além de fronteiras como o caso das multinacionais, pensamos que é possível que um dirigente de alto escalão de uma filial em um país pratique uma irregularidade, enquanto o dirigente de outros países se adequem à observância das normas e à cultura de cumprimento normativo da empresa. Existem multinacionais que estão presentes, por exemplo, em mais de cinquenta países e assumir, de plano, que a prática irregular de um dirigente de alto escalão de um desses países pressuponha automaticamente que o programa de cumprimento normativo da empresa é ineficaz, não parece uma posição acertada, pois não reflete a real cultura de cumprimento de uma empresa.

i) Canal de denúncias

Ademais, tendo em vista a existência de um sistema interno de sanções que permita exigir a responsabilidade disciplinar aos membros da organização que desrespeitem, no todo ou em parte, ao conjunto de regras, protocolos, deveres ou proibições derivados do programa de cumprimento, o sistema de denúncias é uma importante medida de controle das atuações desempenhadas.³⁰² Inclusive, é uma das funções de que se pode encarregar o oficial de cumprimento, vale dizer, ser responsável pela gestão do canal de denúncias ou *whistleblowing*³⁰³.

³⁰¹ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 487.

³⁰² Segundo a autora: “*En primer lugar, habrá que diseñar correctamente el modelo, considerando, no solo la valoración de los riesgos propios de la actividad del ente, sino también las características específicas de su estructura organizativa. En segundo lugar, es preciso implementar el modelo, adaptando la organización y el comportamiento de sus miembros al mismo, para lo cual puede ser preciso desarrollar programas de capacitación de los trabajadores y, en su caso, acometer ciertos cambios en los procesos de decisión y actuación de la entidad, así como en su estructura directiva y organizativa. Y, en tercer lugar, será preciso desarrollar un proceso continuo de actualización y revisión del modelo*”. Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 473-474.

³⁰³ Neira, A. M., *Op. cit.*, p. 473.

As características de um programa de *compliance* efetivo podem variar de acordo com as particularidades da corporação, como por exemplo, a atividade desempenhada, por isso, conforme indica Arlen, que a legislação dos países para garantir que um programa de cumprimento normativo seja efetivo não pode se utilizar apenas de mandatos regulatórios, pois, por si só, não garantem a real cultura de cumprimento em uma empresa, ao contrário, os países devem adotar regulações que estimulem a detecção, denúncia e cooperação, a responsabilidade corporativa precisa ser estruturada para induzir as empresas a ajudar as autoridades detectarem, investigarem e perseguirem malfeitores, ademais, devem se produzir leis que protegem e premiam aquele que denuncia irregularidades.³⁰⁴

Arlen indica que países comprometidos com políticas de *compliance* efetivas devem implementar medidas onde o governo promove incentivos e proteções para denunciante para que estes possam reportar infrações dentro de organizações empresariais, de modo a aprimorar o seu sistema de detecção externa, em contrapartida, as empresas devem ser proibidas de retaliar denunciante que reportem irregularidades de boa-fé, ademais, o governo deve coibir a existência de acordos entre empresas e empregados que proíbam a divulgação de informações ilegais, de modo que, caso haja acordo de confidencialidade entre empresa e empregado, deve haver menção expressa declarando que quaisquer proibições de divulgação não se aplicam à denúncia de má conduta.³⁰⁵

j) Documentos, normas internas de conformidade

Os órgãos dos Estados Unidos SEC e DOJ levam em consideração o comprometimento dos líderes corporativos com a cultura do *compliance* e buscam avaliar se esse comprometimento do alto escalão da organização, também é

³⁰⁴ Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, pp. 2-4.

³⁰⁵ Importa salientar que a obrigatoriedade de uma cláusula expressa que possibilite empregados que assinada acordo de confidencialidade de divulgar irregularidades ao governo, já é realidade nos Estados Unidos através da regra 21F-17 do SEC, a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos. Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *cit.*, p. 19.

implementado por todos os níveis da empresa, ademais, o código de conduta de um empresa é comumente visto como a base de um programa de conformidade efetivo³⁰⁶.

k) Cultura de cumprimento

A cultura de cumprimento não faz parte de uma das características de um programa de cumprimento normativo efetivo, na realidade, o termo é utilizado no presente trabalho para determinar quando uma organização adota uma postura real de observância às normas, não se trata de uma postura de fachada com adoção das medidas de prevenção apenas de forma objetiva, mas de uma aplicação verdadeira de tudo o que estiver ao seu alcance para evitar a prática de infrações.

A nosso ver, o maior desafio para determinar a eficácia de um programa de cumprimento normativo é garantir que o comportamento da organização é adequado mesmo quando não esteja a ser observada, vale dizer, que a cultura de cumprimento funciona ainda quando, por exemplo, não esteja a ser auditada por uma entidade externa ou mesmo quando não seja alvo de investigação.

Entendemos que as características acima demonstradas não são taxativas, o fato de uma empresa aplicar todos os pontos aqui elencados não significa que possui um programa de cumprimento eficaz, além disso, o fato de ter adotado as medidas de forma parcial, em contrapartida, também não significa a ineficácia do programa de conformidade.

Nesse sentido, aponta Alfaro que o *compliance* se concentra na criação de uma cultura empresarial voltada para o cumprimento das normas legais, o que é alcançado por meio da implementação de valores, códigos, regras e procedimentos internos destinados a prevenir crimes, além de garantir sua efetiva divulgação e sanção.³⁰⁷ Além disso, indica o autor que se observa uma simbiose natural entre os princípios éticos e os

³⁰⁶ Conforme os autores: “*Components of such a code of conduct may include due diligence checklists and questionnaires for prospective vendors; periodic employee training and annual compliance certifications from both employees and vendors; hotline reporting and anti-retaliation policies; gift, entertainment, charitable giving, and political giving policies; prior approval tables; and standard anti-corruption contract language for vendors.*” Em: Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, *cit.*, p. 11

³⁰⁷ Alfaro, L. M. R. (2015), "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", *cit.*, p. 463.

de conformidade. Essa cultura se manifesta principalmente através das ações dos funcionários e dos gestores empresariais, assim como dos responsáveis pela fiscalização. O resultado é a inclinação dos diversos participantes do conglomerado empresarial a agir conforme os regulamentos, mesmo que isso contrarie os objetivos tradicionais da atividade empresarial, como a maximização do valor para os acionistas.³⁰⁸

Em verdade, independente do número de medidas adotadas pela organização, o que, em verdade, irá determinar a eficácia de um programa de cumprimento normativo é a adoção de uma cultura de cumprimento pela organização, o que, entretanto, apenas poderá ser verificada mediante as circunstâncias do caso concreto.

4. A prova da efetividade dos programas de cumprimento normativo

Em um esquema conceitual de injusto comum, a pessoa coletiva se torna penalmente competente sempre que se organize de uma maneira que favoreça, que não impeça ou dificulte a execução material do delito por parte de um membro individual.³⁰⁹ O defeito de uma organização se expressa concretamente quando há a falta de adoção de um programa de cumprimento normativo prévio que busque evitar a prática de delitos, quando este é implementado de maneira deficiente ou quando simplesmente não tenha funcionado no caso concreto.³¹⁰

Considerando os efeitos que um programa de cumprimento normativo eficaz pode desempenhar na determinação da responsabilidade penal da pessoa coletiva, tais programas são também relevantes como objeto de prova em processo penal, aponta Neira, todavia, que é importante evitar que um programa de *compliance* seja uma prova absoluta ou autossuficiente, pois sua existência poderia servir para blindar a pessoa jurídica de responsabilidades penais a que viria incorrer.³¹¹

³⁰⁸ Alfaro, L. M. R. (2015), "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", *cit.*, p. 464.

³⁰⁹ Cavero, P. G. (2020), "Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal", *La Ley compliance penal*, ISSN-e 2660-7948, N.º. 3, 2020, p. 2.

³¹⁰ Cavero, P. G. (2020), "Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal", *La Ley compliance penal*, ISSN-e 2660-7948, N.º. 3, 2020, p. 2.

³¹¹ Neira, A. M. (2016), "La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal", *cit.*, p. 486.

Nieto Martín destaca que um bom entorno processual para o cumprimento normativo é o que permite que as empresas realizem investigações internas e que estas possam ser utilizadas em processo penal ou em outro processo público, alerta, entretanto, que um processo penal em que tanto o Estado como a empresa investigam, pode gerar um desequilíbrio importante no princípio de igualdade de armas.³¹²

Sob o aspecto processual penal Santos denuncia uma ausência de normas específicas para lidar com a responsabilidade penal das pessoas coletivas e que as garantias de defesa processuais restam comprometidas, para o autor, nesse caso, há uma violação ao princípio da proibição da insuficiência e do défice, ou seja, quando há uma prestação legislativa precária, seja por omissão ou ineficiência, assim, o processo penal, no lugar de estender às garantias concedidas às pessoas singulares em face da pessoa coletiva, deve buscar se adaptar à realidade desta última.³¹³

Neste diapasão é possível indagar de que forma um ente coletivo pode provar, seja no que tange a sua responsabilização criminal ou não, que um programa de cumprimento normativo é efetivo, tendo em vista que o ordenamento jurídico, por vezes, não regula o procedimento processual penal adequado ao feito.

Cavero pondera que a efetividade de um programa de *compliance* deve ser determinada *ex ante*, aduz ainda, que normalmente as legislações penais contemplam exigências mínimas de idoneidade, estabelecendo padrões geralmente reconhecidos, indicando não haver problema quando tais padrões de exercício de programas de cumprimento não estejam expressamente previstos em lei.³¹⁴

Para Cavero³¹⁵ não se impõe à pessoa coletiva o dever de aplicar um programa de cumprimento normativo levando em conta os riscos de uma infração penal, mas é importante fazê-lo, pois caso não o aplique, será responsável pelos delitos criminais praticados por seus membros individuais. Cumpre mencionar, nesse diapasão, que o

³¹² Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, pp. 173-173.

³¹³ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, *cit.*, pp. 27-34 e 60.

³¹⁴ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 3.

³¹⁵ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 2.

presente trabalho não discute a obrigatoriedade da implementação de um programa de cumprimento, tema abordado por esta A. em artigo não publicado anteriormente ao presente³¹⁶, cuja conclusão foi que sua aplicação depende da legislação aplicada em cada país, havendo legislações em que existe um incentivo e outras em que há clara imposição.

Cavero pondera que em um processo penal instaurado em face de uma pessoa coletiva o objeto de prova dependerá do fato que sustente sua responsabilidade penal ou a exclua, de modo que o delito cometido por um membro individual só será imputado a pessoa jurídica ou coletiva se esta, anteriormente à execução, não implementou um programa de cumprimento normativo com medidas de vigilância e controle suficientes para prevenir razoavelmente a prática do delito ou reduzir significativamente o risco de seu cometimento, de modo contrário, caso a pessoa coletiva tenha cumprido com a adoção de um programa de cumprimento normativo efetivo, não será competente pela infração criminal perpetrada por um membro individual, de modo que a existência, vigência e idoneidade de um programa de cumprimento normativo é convertido em um objeto de prova, devendo-se então determinar quais os meios probatórios mais adequados para determinar sua efetividade.³¹⁷

Cavero assinala que os fatos objetos de prova no processo penal podem ser comprovados por qualquer meio de prova admitido em lei. Considerando que sejam aplicadas as pessoas coletivas padrões de prova exigidos para uma condenação, o Ministério Público deverá comprovar que o membro individual da pessoa coletiva cometeu o fato em nome ou por conta desta, beneficiando-a, a partir desta base probatória, deverá estabelecer que o delito cometido deveria razoavelmente ser evitado pela pessoa coletiva com a implementação de medidas de prevenção idôneas. Incumbe a defesa da pessoa coletiva provar a existência da implementação prévia de um modelo de prevenção com base no padrão de prova preponderante para se eximir da responsabilidade, de modo que o padrão probatório será suficiente para gerar dúvida

³¹⁶ Redana, A. C. (2021), "Limites da interferência estatal na autorregulação empresarial - O *compliance* como exemplo da interferência estatal", artigo não publicado, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção de nota no curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade Direito Penal e Ciências Criminais.

³¹⁷ Cavero, P. G. (2020), "Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal", *cit.*, pp. 2-3.

razoável, o Ministério Público apenas poderá conseguir uma condenação se comprovar que o modelo de prevenção não foi efetivamente implementado antes da prática do delito ou caso tenha sido implementado, não foi adequado para controlar razoavelmente o risco de realização do delito concretamente cometido. Cavero consubstancia sob uma perspectiva *lege ferenda*, que o mais razoável seria deixar aberta a possibilidade de que a acusação possa formalizar o processo penal contra a pessoa coletiva, mesmo que a informação técnica conclua que o modelo de prevenção foi implementado e funcionou adequadamente, pelo que se poderia exigir, uma decisão especialmente motivada.³¹⁸

Neira, entretanto, ressalta que a adoção de um programa de cumprimento normativo efetivo não deve ser a única via pela qual uma corporação demonstre que tenha ocorrido o devido controle no seio da organização, o que seria inadmissível em um sistema de prova livre, onde os meios de prova não se encontram previamente determinados, de modo que a inexistência um programa de *compliance* não significaria de forma automática que o controle desempenhado pela companhia tenha sido ineficiente, podendo, para tanto, comprovar em caso concreto que os deveres de direção e supervisão foram efetivamente exercidos por intermédio de outras ferramentas, que não um programa de cumprimento.³¹⁹

A autora aponta que os programas de cumprimento normativo são inegavelmente relevantes como objeto de prova³²⁰, podendo esta ser exercida de várias formas, como se delineará abaixo. Antes verificaremos, entretanto, as considerações sobre o ônus da prova.

a) Ônus da prova

Relativamente ao ônus da prova, discute-se se é a acusação que deve ser a encarregada por provar que a organização empresarial não tenha implementado um modelo de programa de *compliance* eficaz ou se, por outro lado, a pessoa coletiva deve demonstrar que, embora a ocorrência da prática delitativa no seio de sua organização,

³¹⁸ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 7.

³¹⁹ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 487-488.

³²⁰ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 489.

tenha atuado de forma diligente na implementação das medidas adequadas a evitação da prática delitiva.³²¹

Pontua Cavero que não se é concebida uma regra expressa sobre o ônus da prova no processo penal da pessoa coletiva, indica o autor que a posição defendida pelo Supremo Tribunal Espanhol que o ônus da prova cabe à acusação em consequência do princípio da presunção de inocência, por outro lado, existe a posição defendida pela doutrina penal maioritária que defende que a prova dependerá se o programa de *compliance* é idôneo e se constitui uma defesa negativa ou afirmativa, no primeiro caso se considerar que falta um elemento constitutivo da ação penal, compete a acusação refutar a alegação, no segundo caso, se baseada, por exemplo, em uma causa de justificação ou exclusão de punibilidade, compete a defesa comprovar o alegado.³²²

Nieto Martín esclarece que a diferença entre *offense* e *defense* determina o ônus da prova, enquanto a *offense* (portanto, o defeito de organização) deveria ser provado pela acusação, a prova das *defenses* correspondem à organização empresarial.³²³

No mesmo sentido, Neira aponta que, em teoria, a acusação deve provar que a pessoa coletiva na gestão de sua atividade incorreu em riscos penais acima do juridicamente aceitável e, em consequência dos riscos excessivos, um membro pode ter cometido um delito, em contrapartida, a organização para se desligar da atuação de seus membros e ter em seu favor a extinção da responsabilidade, deve provar que se utilizou da devida diligência para prevenir e detectar as condutas delitivas que poderiam ser desencadeadas no exercício de sua atividade, medidas estas desempenhadas através de

³²¹ Para Neira: “*La solución a este problema aparece vinculada, en parte, al entendimiento dogmático de los modelos de prevención, ya como elementos del tipo penal imputable a las personas jurídicas, ya como circunstancias eximentes de la culpabilidad empresarial*”. Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 469.

³²² Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 5.

³²³ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 183.

um programa de cumprimento normativo ou outros instrumentos idôneos para prevenir e detectar irregularidades.³²⁴

Ademais, não obstante haja legislações que indiquem que um programa de cumprimento normativo seja um indício do efetivo cumprimento dos deveres de supervisão e direção da entidade, como exemplo o disposto na legislação chilena através do art. 3º III, da Lei 20.393, esclarece Neira que caso não se tenha adotado um modelo de prevenção nos modelos determinados pela legislação repisamos que não se pode conceber que, automaticamente, o cometimento de uma infração delitiva no seio da organização foi consequência da ausência de observância dos deveres de supervisão e direção por parte da pessoa jurídica, devendo tal atribuição de responsabilidade ser provada, com ônus da prova incumbido à acusação.³²⁵

b) Meios de prova

Um programa de cumprimento normativo na esfera criminal é determinado quando são identificados os riscos de uma infração penal, definindo as medidas de prevenção e detecção idôneas, com a nomeação de um oficial de cumprimento. A prova do fato pode então ser alcançada por prova documental, prova testemunhal, bem como pelo conhecimento de especialistas, devendo ser levada em consideração a realização de perícias ou até mesmo uma certificação³²⁶ atribuída a um programa de cumprimento normativo voluntário.³²⁷

Não obstante a existência do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou o Direito à não auto-incriminação) e havendo o entendimento de que o instituto pode ser

³²⁴ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 515.

³²⁵ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 476.

³²⁶ Cavero expõe: “(...) se asume la posición mayoritaria en la doctrina penal que, si bien le niega a la certificación el carácter de una prueba plena, le reconoce, por lo menos, el carácter de un indicio sobre la idoneidad del criminal compliance, en especial, si el delito es cometido con cierta cercanía a la expedición de la certificación.” In: ³²⁶ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 4.

³²⁷ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, pp. 3-4.

aplicado às pessoas coletivas³²⁸, entende-se que a entrega de documentos, no curso de uma investigação perpetrada em face de uma pessoa jurídica ou coletiva pode ser tido como uma extensão da eficácia de um programa de cumprimento, tendo em vista o fato de a organização estar a colaborar com as auditorias naturalmente necessárias num processo de implementação e/ou manutenção de um programa de cumprimento normativo. Além disso, a prestação de informações por parte de agentes da organização que eventualmente tragam à tona a prática de infrações, também nada mais seria do que a extensão de uma ferramenta que já deve ser utilizada em um programa de cumprimento normativo eficaz, como o canal de denúncias.

b.1) Prova pericial

Cavero tece uma importante consideração no sentido de que a vigência de um programa de cumprimento normativo não pode ser concebida de uma maneira estática, mas uma atividade que é implementada ao longo do tempo que evolui progressivamente, nessa esteira, entende o autor que uma análise pericial deve levar em conta um período razoável de transição, no que concerne a adoção de um programa de cumprimento, não se podendo exigir a adoção integral do instituto já no primeiro dia de implementação, necessário considerar aspectos como a dimensão da entidade privada e a disponibilidade de recursos financeiros, entende o autor que a perícia é o melhor meio de prova para determinar a efetividade de um programa de cumprimento normativo, pois é baseada em conhecimentos especializados sobre o funcionamento das medidas de *compliance*.³²⁹

³²⁸ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Coletiva na Era do Compliance*, cit., p. 65.

³²⁹ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, cit., p. 3. Esclarece o autor: “A partir de lo expuesto es posible sostener que la actividad probatoria sobre el criminal compliance puede desarrollarse de dos maneras distintas. Una manera sería recoger primero la prueba documental y testimonial sobre la existencia y la vigencia del criminalcompliance para luego ser utilizada, como insumo fáctico, por el perito al momento de emitir un pronunciamiento pericial sobre su adecuada implementación e idoneidad concreta. La otra manera sería que el perito obtenga directamente los documentos y testimonios en el marco de la realización de su pericia, la que daría cuenta, de manera global, sobre la existencia, vigencia e idoneidad del criminalcompliance. Más allá de que ambas maneras de proceder son igualmente capaces de acreditar si existe un criminalcompliance idóneo previamente implementado por parte de la persona jurídica, parece ser que la segunda de ellas optimiza el trabajo probatorio y trae consigo también resultados más

Ademais, as provas periciais, que são externadas através de laudos periciais emitidos por especialistas e testemunhais, através de depoimentos, por exemplo, de empregados, do oficial de cumprimento, de clientes ou fornecedores, são meios de prova igualmente necessários e idôneos para demonstrar a eficácia do programa de cumprimento normativo, de modo que as medidas preventivas podem ser valoradas de uma forma dinâmica.³³⁰

Como visto acima, um programa de cumprimento normativo eficaz deve ser adequado às idiossincrasias da organização, para tanto, de um ponto de vista processual e de análise de riscos é possível que o judiciário tenha que recorrer à conhecimentos técnicos especializados para decidir se o programa foi, de fato, efetivo para aquela entidade.³³¹

Quanto à prova pericial existe o debate sobre a sua compatibilidade com o princípio da livre valoração da prova, pois há quem diga que se tratando de temas que sejam alheios à competência técnica do julgador, a opinião pericial seria tida como fator determinante para a exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva, importante ressaltar que, neste caso, o Juiz pode controlar o grau de aceitação da conclusão dos especialistas, quanto à análise dos delitos.³³²

b.2) Prova testemunhal

uniformes.” Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 4.

³³⁰ Conforme a autora: “*De hecho, cabe afirmar que lo más habitual será que la eficacia del programa de prevención se acredite procesalmente a través de un experto independiente, que actúe en calidad de perito, como por ejemplo, un certificador o auditor de compliance.*” Em: Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 491.

³³¹ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 479-480.

³³² Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 492 *Apud* Vázquez Sotelo, J. L. (1985), “Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español”, Barcelona: Bosch, 1985, pp. 470-479, esp. 478-479.

Já as provas testemunhais³³³ podem ser obtidas através de declarações do oficial de cumprimento, dos empregados responsáveis pela implementação e exercício dos programas de cumprimento ou canais de denúncias internos. Um gestor empresarial de alto escalão, por exemplo, pode apontar a integridade e eficácia do programa de compliance empregado pela organização e tentar demonstrar que todos os meios necessários foram empregados para evitar a prática ilegal.³³⁴

b.3) Prova documental

Cavero³³⁵ cita como exemplo de provas documentais as atas de capacitação de pessoal, registros de operação, a informação proveniente de canal de denúncias, registros de sanções internamente impostas, informações de auditores, bem como registros audiovisuais ou informáticos.

Dentre os meios probatórios mais adequados para se comprovar processualmente que o programa de cumprimento normativo é existente, válido e eficaz, está a prova documental, que pode ser apresentada pela empresa através da apresentação dos códigos de ética, pelo mapa de riscos delitivos e pelo modelo concreto de organização e gestão aplicado com o fito de evitar a prática de delitos, o que pode incluir o modelo de capacitação de empregados, registros dos canais de denúncia, o sistema interno de sanções, dentre outras medidas integrantes do programa, de modo que é de suma importância o registro documental da atividade pela organização, aponta Neira, entretanto, que a prova documental não pode, por si só, ser suficiente a declarar a efetividade de um programa de cumprimento normativo, pois do contrário, a valoração seria apenas objetiva, sem se dedicar às particularidades do caso concreto.³³⁶

³³³ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 3.

³³⁴ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), "Compliance as a form of defense against corporate criminal liability", *cit.*, p. 3.

³³⁵ Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *cit.*, p. 3.

³³⁶ Conforme a autora: “Así pues, si la entidad cuenta con un programa de cumplimiento eficaz podrá usarlo para ir preconstituyendo pruebas que le podrán servir para quedar exenta de responsabilidad penal si, a pesar de que alguno o algunos de sus miembros hayan delinquido, acredita que empleó toda la diligencia debida para evitarlo.” Em: Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 489-490.

A prova documental que é relativa aos protocolos de atuação projetados pela organização no desenvolvimento de sua tarefa de prevenção delitiva, são evidências não apenas em papel, mas também eletrônicas, entretanto, a prova documental é insuficiente e para ser efetiva, deve ser complementada com testemunhos e perícias que validem a capacidade do programa de cumprimento de condicionar o comportamento dos membros da organização e o compromisso da entidade com a cultura de cumprimento normativo.³³⁷

Assim, a prova documental embora seja útil não é um meio autossuficiente para demonstrar a efetividade de um programa de cumprimento normativo, devendo ser complementada por outras provas como a pericial e testemunhal.³³⁸

c) Entidades certificadoras

A regulamentação chilena contempla a possibilidade de que a eficácia do programa de cumprimento normativo seja auditada ou certificada *ex ante* por organizações especializadas, independentes da entidade, nos termos do art. 4º da Lei n. 20.393.³³⁹ Para Matus Acuña a certificação da adoção de programas de prevenção de delitos seria uma acreditação de bom comportamento prévio e que, portanto, nada impede que diante da falta de outras evidências que sejam contraditórias ao comportamento anterior, tal certificação possa servir como prova da atenuação, nos termos do Art. 6º, da Lei n. 20.393 do Chile, assim, segundo o autor, a certificação pode servir como prova para convencer o Tribunal de que a organização é um bom cidadão corporativo³⁴⁰. Nieto Martín assinala, outrossim, que no Chile há um novo projeto de Lei que modifica amplamente a regulação chilena e suprime as certificações da regulação penal.³⁴¹

³³⁷ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 468-469.

³³⁸ Neira, A. M. *Op. cit.*, p. 494.

³³⁹ Neira, A. M. *Op. cit.*, p. 495.

³⁴⁰ Matus Acuña, J. P. (2012), “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 11.

³⁴¹ Nieto Martín, A. (2023), “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *cit.*, p. 7.

Scandelari se posiciona no sentido de que a certificação pode ser utilizada como mecanismo para constatar o nível de qualidade de um programa de cumprimento normativo. Indica que a idoneidade de programas de *compliance* atestada por meio das certificações é realidade na legislação de dois países da América Latina, a saber, o Peru e no Chile.³⁴² Aduz o autor que permitir que certificadora privadas avaliem a efetividade de um programa de conformidade, mediante prévia acreditação e controle, auxilia a divisão de custos, minimizando gastos públicos e preservaria sua legitimidade ante o envolvimento do Estado, sugere nos termos da legislação chilena, a equiparação de certificadores a funcionários público para fins criminais.³⁴³

Neira indica que o valor das certificações de programas de cumprimento normativo em eventual processo penal resulta incerto, uma vez que, em primeiro lugar, a certificação está em mãos de empresas privadas, onde podem ser compartilhados interesses comerciais, em segundo lugar, porque não existe um procedimento padrão que obrigue o julgador a valorar casuísticamente como se realizou a certificação e o acompanhamento da entidade e, em terceiro lugar, pela escassa jurisprudência a respeito do assunto.³⁴⁴

Indica a autora, que com a atividade de certificação ou verificação da eficácia dos programas de cumprimento normativo, surge a figura do auditor de *compliance*, ademais, a independência e neutralidade do certificador é a chave para determinar a qualidade e a confiabilidade dos serviços³⁴⁵.

Aduz Neira que na Espanha não se regulamentou legalmente a possibilidade de os programas de cumprimento normativo serem auditados, ademais, as certificações não

³⁴² Scandelari, G. B. (2023), “Certificação em compliance: bases e possibilidades para o exame da idoneidade do programa”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N., Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, (pp. 99-127), pp. 100 e 117-118.

³⁴³ Scandelari, G. B., *Op. Cit.*, p. 123.

³⁴⁴ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 495.

³⁴⁵ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 496 *Apud* Nieto Martín, A. (2015), “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, em: Nieto Martín, A. (Ed.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Barcelona: Tirant lo Blanch, (pp. 111-134), p. 117.

podem ser por si mesmas uma constatação de que se adotou um modelo de prevenção idôneo e eficaz³⁴⁶, as certificações não podem ser tidas como a rainha das provas e serem autosuficientes para acreditar a eficácia dos programas de cumprimento e sua efetiva implementação na organização, nem tampouco podem impedir o Juiz da faculdade de valorar livremente o delito no caso concreto,³⁴⁷ Nieto Mertín assevera que os padrões provenientes das investigações privadas poderiam servir para estabelecer uma presunção *juris tantum*, favorável à eficácia do modelo embora, posteriormente, mostre algumas reservas quanto à credibilidade e independência das entidades certificadoras.³⁴⁸

Neira esclarece que independente que o programa de cumprimento normativo se encontre ou não certificado, ou inclusive que exista ou não, a acusação será a encarregada de provar que o delito foi cometido como consequência de um exercício insuficiente dos deveres de supervisão e controle da entidade ou devido ao risco excessivo assumido pela organização.³⁴⁹

A existência de uma certificação, outorgada por uma entidade externa e independente, resultará relevante, mas não determinante, quanto à eficácia do sistema de prevenção delitiva da entidade, segundo Neira, previsivelmente, será preciso que a entidade certificadora seja chamada ao processo, como testemunha ou perícia, para

³⁴⁶ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 498 *Apud* Gallego Soler, J. I. (2014), “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, em: Mir Puig, S.; Corcoy Bidasolo, M.; Gómez Martín, V. (Dirs.); Hortal Ibarra, J. C.; Valiente Ibáñez, V. (Coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014, (pp. 195-229), p. 225.

³⁴⁷ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 499 *Apud* Nieto Martín, A. (2015), “Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, em: Nieto Martín, A. (Ed.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Barcelona: Tirant lo Blanch, (pp. 111-134), p. 117.

³⁴⁸ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, pp. 499-500 *Apud* Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, em: Kuhlen, L.; Montiel, J. P.; Ortiz de Urbina Gimeno, Í. (Eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, (pp. 21-50), pp. 28-29, 42-43.

³⁴⁹ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 500.

explicar em que se consistiu e que garantias oferece o procedimento de certificação desenvolvido.³⁵⁰

Bedecarratz pondera, ademais, que certas sociedades auditoras ou certificadoras podem oferecer certificados de *compliance*, sem realizar processos de certificação sérios que incluem controles de implementação ou eficácia do programa, oferecendo assim uma verdadeira insegurança contra processos criminais estatais, para o autor, para resolver esta dificuldade, é necessário padronizar a função de certificação com base em padrões objetivos.³⁵¹

Ademais, Nieto Martín destaca que o problema do sistema de certificação é que, embora auxilie no quesito de falta de certeza por parte das organizações sobre os procedimentos corretos de cumprimento normativo a empregar, apontaria outro contratempo, a saber, o uso cosmético do *compliance*, assim, existe um perigo de ser criado um mercado de certificação onde as empresas pensariam obter um “passe-livre” contra a aplicação de multa, o autor indica que neste caso, o Juiz possui livre acesso para apreciar.³⁵²

Nesse sentido, entendemos que as certificações não podem ser tidas como provas absolutas, tendo em vista a existência de corrupção e mesmo de conflito de interesses entre as entidades privadas, as certificações devem ter apenas uma presunção relativa de veracidade e para ter validade é necessário que sejam corroboradas com outras provas para demonstrar que, de fato, a organização possui um programa de cumprimento normativo efetivo e, portanto, uma cultura de cumprimento.

³⁵⁰ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 500.

³⁵¹ Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *cit.*, pp. 224-225.

³⁵² Nieto Martín, A. (2012) "Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?", *Eu crim: the European Criminal Law Associations' fórum*, ISSN 1862-6947, N°. 3, (pp. 124-127), p. 125.

5. Efeitos do compliance na atribuição da responsabilidade criminal em face das organizações empresariais

Por norma, os efeitos que se buscam com a adoção de programas de cumprimento normativo por parte das pessoas coletivas é a atenuação ou até exclusão³⁵³ de sua responsabilidade penal, todavia, há importantes variantes no interstício que ocorre entre a aplicação de um programa de *compliance* e seus efeitos práticos por ocasião de uma sentença. Neira aponta que se uma pessoa coletiva conta com um programa de cumprimento normativo eficaz pode evitar ser acusada e julgada, pode ser isenta de responsabilidade ou em caso de condenação, pode ter uma redução substancial na pena aplicada.³⁵⁴

Quanto às sanções Engelhart assinala que o *compliance* possui duas funções, primeiro, ser um fator decisivo de mitigação ou agravamento em sua determinação, segundo, que a obrigação de implementar um programa de cumprimento normativo pode servir como uma sanção em si mesma. O *compliance* como fator mitigador ou agravante nas sentenças aplica-se a responsabilidade individual e também corporativa, quanto mais um indivíduo se adequa às orientações e padrões corporativos, mais esse comportamento é visto como uma circunstância mitigadora e menos culpa de forma individual, em contrapartida, quanto mais um indivíduo desconsidera os padrões de *compliance*, maior será sua culpa individual. Quando se sentencia uma corporação, mais culpa individual normalmente significa menos culpa corporativa, na contramão, quando o ambiente corporativo aceita ilegalidades contribuindo para violações de normas, mais a entidade é considerada culpada.³⁵⁵

Sousa Mendes ao analisar se os programas de *compliance* em matéria de concorrência devem ou não ser considerados para a mitigação ou exclusão da responsabilidade penal da pessoa coletiva indica que tal consideração tem sido rejeitada pela maioria das autoridades de concorrência dos países europeus, sob o argumento de

³⁵³ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, p. 38.

³⁵⁴ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 468.

³⁵⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 12.

que a prática da irregularidade é a comprovação de que o programa de conformidade não foi eficaz.³⁵⁶

Esclarece Mendes, entretanto, que uma das razões para a desconsideração das autoridades da concorrência dos países europeus relativamente aos programas de *compliance* como medidas favoráveis às organizações é a falta de interesse em verificar o programa de cumprimento normativo existente, bem como a recusa em realizar medidas de investigações mais complexas ou prolongadas.³⁵⁷

Atenta Mendes para a mudança de paradigma ocorrida nos Estados Unidos, onde a Divisão Antitruste (*Antitrust Division*) do Departamento de Justiça dos EUA (*U.S. Department of Justice – DOJ*), no ano de 2019 deixou para trás a prática que não levava em conta programas de *compliance* efetivos e mudou seu entendimento no sentido de reconhecê-los, o que pode, devido a relevância do órgão, gerar impactos extraterritoriais, ademais, a justificativa para o novo posicionamento foi a de que não se pode conceber um programa de cumprimento normativo verdadeiramente efetivo, nas palavras de Mendes: “mesmo o melhor programa de conformidade imaginável não pode impedir de forma permanente e confiável as violações da Lei”.³⁵⁸

Casas e Feijoo apontam que um programa de *compliance* penal podem gerar certos efeitos secundários, a saber: uma possível fonte de responsabilidade penal para as pessoas naturais, a exemplo dos *compliance officers* e posições de garante; elevar o nível de exigência de que carece uma pessoa coletiva e também pessoa individual, pois a entidade que auto-impor obrigações muito ambiciosas estará elevando por si mesma o padrão de diligência com que será avaliada no futuro; e o conflito de interesses que pode existir, primeiro, entre a defesa dos agentes de direção, empregados e a da própria

³⁵⁶ Mendes, P. S. (2022) "A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência", *cit.*, p. 108.

³⁵⁷ Mendes, P. S., *Op. Cit.*, p. 108.

³⁵⁸ Neste sentido, o autor: “*As novas orientações, intituladas “Avaliação de Programas de Conformidade Corporativos em Investigações Criminais Antitruste” (Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations), de julho de 2019, determinam que os programas de conformidade efetivos sejam levados em consideração nas investigações criminais antitruste para reduzir as penalidades*” Em: Mendes, P. S. (2022) "A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência", *cit.*, pp. 108-109.

organização e, segundo, na própria elaboração dos programas de cumprimento normativo, quando recorrem a agentes especializados externos³⁵⁹.

A adoção de um programa de cumprimento normativo eficaz pode até mesmo influenciar uma decisão cautelar, pois o juízo pode levar em conta as medidas de gestão e evitação de risco da organização na análise do *periculum in mora*, na área cível ou do *periculum libertatis*, na área penal.³⁶⁰

Portanto, dentre os efeitos que a adoção de um programa de cumprimento normativo pode gerar em favor da organização estão a atenuação ou até mesmo a exclusão da pena, mas há outras variantes, podem ter medidas mais brandas, como impedir o início de um processo com acordos de não persecução, a determinação do aprimoramento de um programa de conformidade já existente ou medidas mais severas como a reestruturação de uma empresa ou a sua liquidação compulsória.

a) Acordos e sanções

Engelhart assinala que em muitos sistemas legislativos nacionais, procedimentos criminais não mais terminam apenas com um julgamento, em vez disso o Ministério Público e as Cortes se utilizam de medidas procedimentais para terminar os procedimentos de forma rápida, através, especialmente, de acordos entre defesa e acusação, como por exemplo, acordos de não persecução, muito comum nos Estados Unidos, como regra, estes procedimentos requerem que a empresa ou indivíduos confessem certas infrações, mas que também aceitem as sanções. Deste modo, um programa de cumprimento normativo é relevante para decidir qual tipo de acordo ou sanção aplicada na determinação da responsabilidade. Nos Estados Unidos ditos acordos não apenas incluem a aplicação de multas como também determinam a adoção ou aperfeiçoamento de um programa de cumprimento normativo.³⁶¹

³⁵⁹ Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *cit.*, pp. 37-38.

³⁶⁰ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 483.

³⁶¹ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 14-15.

Considerando que as sanções criminais em detrimento de empresas são tradicionalmente monetárias, o movimento do *compliance* tem provocado novas sentenças corporativas, como exemplo, o USSG nos Estados Unidos prevê uma específica sentença de *compliance*, onde a Corte pode determinar que se implemente ou aperfeiçoe um programa de cumprimento normativo. Além disso, uma sentença que imponha uma reestruturação da empresa pode ser mais severa que qualquer outra sanção pecuniária, pois pode alterar substancialmente a estrutura interna de uma empresa, de modo que a instituição teria que aprimorar suas estruturas corporativas que puderam no passado ter contribuído para a infração criminal praticada por um empregado.³⁶²

Nos Estados Unidos a fase pré-processual sofre forte influência quando se leva em conta adoção de um programa de *compliance*, pois a legislação possibilita a realização de acordos de não persecução, caso a organização se comprometa a adotar um programa de cumprimento normativo ou mesmo aprimorar um programa já existente, podendo evitar a má reputação causada por um processo judicial que venha a público.³⁶³

Engelhart assinala que tais sanções informais oferecem à acusação flexibilidade e normalmente são bem vistas pelas empresas porque aceleram os procedimentos e podem evitar que o julgamento venha a público, pontua o autor, entretanto, que a ferramenta não é isenta de riscos para a segurança jurídica e para o equilíbrio de poderes entre o executivo e o judiciário, ademais, medidas de curto prazo não criam reais incentivos para o desenvolvimento de um ambiente corporativo de conformidade à longo prazo.³⁶⁴

Similarmente ao que ocorre nos Estados Unidos, em Portugal existe a possibilidade de celebrar acordos entre acusação e defesa que suspendam processos criminais por um período, quando se concorda com medidas cautelares aplicadas, tais medidas podem ter como exemplo um pagamento a uma instituição social, há ainda a possibilidade de uma medida que imponha a implementação de um programa de

³⁶² Engelhart, M. *Op. cit.*, p. 13.

³⁶³ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 484.

³⁶⁴ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, pp. 15-16.

cumprimento normativo e possibilidade de se suspender o pagamento de multa após se verificar que o programa de *compliance* foi aplicado³⁶⁵.

b) Compliance “ex post”

Um programa de cumprimento normativo adotado após o cometimento de uma infração criminal e anteriormente à prolação de uma sentença pode gerar uma atenuação na pena aplicada, o que na prática pode significar uma redução da pena de multa ou influenciar a duração ou intensidade da pena restritiva de direitos, cuja imposição pode até mesmo ser evitada³⁶⁶, quando tais providências forem possibilitadas pela legislação.

Embora um programa de cumprimento normativo tenha uma característica inicialmente preventiva, é possível identificar vantagens para a adoção do instituto após o cometimento de uma infração criminal, em uma altura onde o processo de responsabilidade criminal da pessoa coletiva já se tenha iniciado, vez que evidencia uma reflexão ética sobre a adoção do instituto onde se avalia condutas passadas podendo até mesmo influenciar na aplicação da pena, ainda que o programa de *compliance* tenha falhado para prevenir a prática da infração criminal. Ademais, os esforços *ex post* de uma empresa podem ser levados em consideração também por autoridades reguladoras.³⁶⁷

Engelhart assinala que programas de *compliance* aplicados após a prática da infração ou melhoras substanciais em um programa de cumprimento normativo que já existe podem ser tidos em consideração em uma sentença, especialmente associados à outros remédios, como esforços que indicam uma atitude positiva para cumprir a lei no futuro, o que valeria mitigar a pena, com efeito, o aspecto preventivo de evitar incidentes futuros tem primazia sobre a função repressiva de avaliar meramente o comportamento passado no momento do delito.³⁶⁸

³⁶⁵ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 15.

³⁶⁶ Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *cit.*, p. 483.

³⁶⁷ Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), “Compliance as a form of defense against corporate criminal liability”, *cit.*, p. 3.

³⁶⁸ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, *cit.*, p. 13.

A exemplo disso, o caso de corrupção Siemens teve um grande impacto quando veio a público em 2006, embora a empresa considerasse ter um dos mais fortes programas de cumprimento normativo, tal consideração não ajudou a prevenir graves ilegalidades, sendo alvo de investigação pelas autoridades da Alemanha e Estados Unidos, gerando uma dura sentença em face da organização, todavia, as autoridades também reconheceram a cooperação e melhora substancial no programa de *compliance* da empresa, o que evitou que as sanções aplicadas fossem ainda mais duras.³⁶⁹

c) *Compliance versus cooperação*

É debatida a importância que possui a colaboração da empresa com a administração da Justiça, a colaboração se trata de uma reação interna destinada a melhorar a eficácia do modelo de organização.³⁷⁰

Santos defende não ser possível utilizar a prova colhida no âmbito de um programa de cumprimento normativo na condução de investigações quer pela polícia criminal ou Ministério Público³⁷¹. Para o autor o acervo probatório colhido pelo ente privado faz parte de sua esfera íntima.³⁷²

Entendemos, nesse sentido, que a possibilidade de cooperação está associada ao conceito de autorregulação como uma ferramenta para auxiliar os organismos públicos na evitação de práticas infracionais, pois o propósito de um programa de cumprimento normativo efetivo é utilizar do seu trabalho para auxiliar os organismos públicos na não só prevenção, mas também detecção de irregularidades. Não se pode esquecer que a autorregulação privada veio diante da latente incapacidade do poder público de fiscalizar eficientemente a esfera privada.

³⁶⁹ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 5.

³⁷⁰ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 196.

³⁷¹ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, *cit.*, p. 70.

³⁷² Santos, H. L., *Op. cit.*, pp. 71-73. Pondera o autor em outro ponto que: “*Aceita-se que assim seja: a criação dos programas de cumprimento do direito assenta primacialmente na vontade soberana de colaborar com o Estado-Juiz na determinação da responsabilidade penal e na vontade (igualmente soberana) de recolher antecipadamente um acervo probatório que permita à pessoa colectiva alijar (ou mitigar) a sua própria responsabilidade penal*”.

É importante destacar que não se está a por em causa uma obrigatoriedade do compartilhamento de provas colhidas oriundas da aplicação de um programa de cumprimento normativo por parte de um ente coletivo, em verdade, está a discutir-se se uma colaboração voluntária através das ferramentas que naturalmente fazem parte de um programa de *compliance* podem ser tidas como um importante vetor na mitigação de eventual pena aplicada à pessoa coletiva.

Pondo de parte à discussão sobre a eventual faceta cosmética de um instituto de *compliance*, a verdade é que as provas defensivas³⁷³ colhidas em virtude da adoção de um programas de cumprimento normativo podem ser utilizadas como moedas de troca na busca da exclusão ou mitigação de pena aplicada em face da pessoa coletiva. Em que ponto isto pode ser favorável ao Estado ou ao ente privado, é uma discussão que não se pretende esgotar no curso do presente escrito. Em verdade, como pontua Santos “quanto melhor for o programa de *compliance*, maiores serão as questões processuais penais em torno da aquisição da prova recolhida no âmbito do mesmo”³⁷⁴.

Engelhart pondera que a cooperação com entidades estatais embora seja próximo de um programa de *compliance* não é necessariamente uma característica que integre um programa de cumprimento normativo, na realidade a cooperação é vista como um substancial fator mitigador de sentença, a exemplos de sistema de leniência e antitruste que promovem uma redução atrativa de multas, se a má conduta corporativa for exposta às autoridades, com a realização de investigações internas para esclarecer os incidentes.³⁷⁵

³⁷³ “A prova defensiva é, pois, toda a prova que exclua a responsabilidade jurídico-penal da pessoa colectiva arguida, seja ela destinadada a demonstrar a sua inocência, a suscitar uma dúvida razoável quanto à sua culpabilidade, em qualquer dos caso procurando obter a sua absolvição (prova absolutória), ou, ainda mais simplesmente, em conseguir uma menos gravosa punição (e.g. através de uma atenuação da pena) (prova atenuane da punição, nas sua natureza e/ou no eu quantum).” Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, cit., p. 74 apud Aguilar, F. (2018), “A Destrinça Tipológica entre Prova Defensiva e Prova Ofensiva em sede de Proibições de Prova em Processo Penal”, in: *Revista Portuguesa da Ciência Criminal*, ano 28.º, n.º 2, maio-agosto de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, pp. 286-287.

³⁷⁴ Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, cit., p. 70.

³⁷⁵ Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes”, cit., p. 14.

Para o autor ao se enfatizar medidas de cooperação e pressionar para que se conduzam investigações internas após o cometimento de uma infração pode ser considerado contraprodutivo para a promoção de um programa de cumprimento normativo, ao estabelecer a cooperação em primeiro lugar pode-se criar um cenário onde uma empresa não faz nada ou apenas o mínimo até o deslinde do feito promovido pelas autoridades.³⁷⁶ Engelhart assinala, entretanto, que nem a cooperação ou os requerimentos de *compliance* podem ser utilizados para contornar os padrões de um procedimento criminal.³⁷⁷

Nieto Martín indica que a norma italiana não estabelece qualquer tipo de atenuação ou prêmio para as empresas que detectem fatos delitivos e decidam colaborar, outrossim, nos Estados Unidos, as *Guidelines* falam expressamente que os programas devem ser orientados a descobrir fatos delitivos e há vantagens quando a empresa colabora no processo penal denunciando os fatos ou aportando provas, ademais, na Espanha a maioria das atenuantes de que se pode beneficiar a pessoa coletiva sancionada são comportamentos consistentes em colaborar com o processo penal.³⁷⁸

A cooperação por parte da empresa, requer, ademais, que se realize uma investigação interna, para Nieto Martín, admitir a cooperação e, com isso, as investigações internas supõe uma opção de política jurídica favorável à privatização do processo penal, o prêmio relativo à cooperação supõe buscar uma aliança estratégica dentro do processo entre a empresa e o Estado, representado pelo órgão a conduzir a persecução pública.³⁷⁹

A investigação empresarial é de grande utilidade em seus primeiros momentos, quando os fiscais não dispõem de nenhuma dúvida para obter a autorização judicial, nestes instantes o poder de investigação empresarial é superior ao estatal.³⁸⁰ Ademais,

³⁷⁶ Engelhart, M., *Op. cit.*, pp. 15-16.

³⁷⁷ Engelhart, M., *Op. cit.*, p. 37.

³⁷⁸ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, pp. 196-197.

³⁷⁹ Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 197.

³⁸⁰ Nieto Martín, A. (2013), “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, *cit.*, p. 198.

diante das medidas de investigação internas e do controle estatal, a pessoa individual terá que lidar com dois gigantes, a empresa e o Estado.³⁸¹

O fato de existir a possibilidade de colaborar, não impõe o dever de colaborar, se como resultado dos fatos delitivos denunciados pode se impor algum tipo de sanção, penal ou administrativa contra a pessoa coletiva, esta dispõe do direito a não declarar contra si mesma e não contribuir para a sua própria acusação.³⁸²

Nieto Martín destaca que, via de regra, quanto ao binômio investigação *versus* cooperação, as empresas possuem mais vantagens do que inconvenientes, neste caso, o que convém à empresa é demonstrar que os seus controles funcionam, que é uma empresa cumpridora.³⁸³ É importante buscar uma decisão equilibrada que permita aproveitar a maior eficácia e economia de custos que supõe a colaboração das empresas e suas investigações, e evitar que os direitos de defesa sejam deteriorados.³⁸⁴

Assim, a cooperação nada mais é que uma aliança estratégica entre entidades privadas e o Estado para se utilizar dos frutos de investigações internas, colhidos no seio das empresas, como moeda de troca, isto é, com o objetivo de se obter benefícios em favor da organização, a exemplo da mitigação de pena. A estratégia não é obrigatória e não pressupõe a existência de um programa de cumprimento normativo.

Conclusão

Para compreender o *compliance* e os efeitos de sua aplicação como objeto de prova, é de suma importância perceber o debate entre as estratégias regulatórias estatais e também o instituto da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, os temas são conexos e determinantes para compreender o contexto histórico, e a experiência na legislação estrangeira é um importante complemento para verificar o que funciona, na prática, como estratégia de prevenção da criminalidade empresarial, o que é na verdade o objetivo principal de todos os assuntos aqui levantados.

A regulação estatal veio para combater o interesse puramente econômico das empresas, que por vezes ultrapassa a observância de padrões éticos e gera uma

³⁸¹ Nieto Martín, A. *Op. cit.*, p. 198.

³⁸² Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 198.

³⁸³ Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 198.

³⁸⁴ Nieto Martín, A., *Op. cit.*, p. 199.

verdadeira desigualdade e descontrole no mercado. Entretanto, o Estado se viu em uma importante dificuldade, qual seja, dispor de instrumentos necessários para o controle das organizações. Com isso, buscou-se estabelecer um meio termo, através da autorregulação regulada, onde o Estado mantém o seu poder como regulador de mercado e, por vezes, até expede recomendações, mas também dá uma margem de liberdade para as empresas se autorregularem, à troca das ferramentas internas de que dispõem as próprias organizações empresariais no combate à criminalidade.

Discute-se qual o nível de intervenção estatal adequado para garantir a melhor estratégia preventiva e o consenso é que, tendo em conta que as atividades das organizações podem ter um sem número de variantes, não sendo o Estado capaz ou até mesmo detentor do melhor conhecimento técnico sobre determinadas funções, devem ser estabelecidos apenas parâmetros gerais, onde em um contexto concreto, as organizações empresariais adequam as medidas necessárias ao tipo de atividade desempenhado, buscando sempre a melhor estratégia e efetividade. Ademais, é importante ressaltar que o grau de exigência estatal deve ser adequado à dimensão das empresas, no caso das empresas de médio e pequeno porte, que dispõem de menos recursos financeiros e menor complexidade no seu modo de organizar.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva foi adotada para aprimorar o controle da criminalidade empresarial pelo Estado, tal ferramenta pode estimular a cooperação, bem como evitar que as empresas transfiram entre si responsabilidades individuais de forma estratégica, ademais, com o advento da tecnologia, uma empresa é capaz de cometer crimes sem a direta participação de uma pessoa singular, além disso, um processo criminal é ruim para a imagem de uma organização, que o tentará evitar a todo o custo. Nesse sentido, tem-se que o sistema de responsabilidade criminal da pessoa jurídica é mais efetivo como estratégia preventiva e repressiva, do que as sanções administrativas no combate à criminalidade empresarial.

Ademais, os programas de cumprimento normativo podem gerar efeitos na condução de processos ou procedimentos que apuram infrações em face da pessoa coletiva, independente do modelo de responsabilização criminal adotado (heterorreponsabilidade, autorresponsabilidade ou misto).

O programas de cumprimento normativo são uma importante ferramenta de defesa, no que toca à responsabilidade criminal da pessoa coletiva, bem como, caso

aplicados de forma efetiva reduzem os riscos da própria prática delitiva no seio da organização, além de ajudarem a manter uma reputação positiva das empresas.

Ademais, a adoção de um programa de cumprimento normativo por uma organização, embora seja uma ferramenta de prevenção, não é uma garantia de que não ocorrerão irregularidades, entretanto, é necessário que sejam empregados os mais absolutos esforços para garantir que as providências tomadas são efetivas. Outrossim, o fato de se ocorrer uma infração no seio da organização, não é prova automática da ineficácia das medidas de cumprimento normativo adotadas.

A responsabilidade penal da pessoa coletiva, embora seja uma mais-valia como medida de contenção da criminalidade empresarial, não é pré-requisito para que o programa de *compliance* possa ser utilizado como estratégia de defesa pelas organizações, é possível que uma norma preveja a adoção de estratégias de conformidade, sem que considere a formal responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Vejamos as características para a adoção de um programa de *compliance* efetivo por uma organização: adequação das medidas à atividade concreta da organização; caráter dinâmico, atualizações periódicas; capacitação constante dos membros da organização; realização de auditorias (internas e/ou externas); sistemas internos de investigação, incentivo e sanção; desenvolvimento de um sistema de avaliação de riscos; nomeação de um responsável de cumprimento (*compliance officer*); disponibilização de um canal de denúncias, com agarrância de não retaliação; elaboração de documentos internos de boas práticas, a exemplo dos códigos de conduta.

Todas as características acima indicadas não são taxativas, são meros vetores, recomendações de melhores práticas, em verdade, o que, de fato, irá determinar a efetividade um programa de cumprimento normativo é a “cultura de cumprimento” da organização, vale dizer, que a empresa demonstre que se utilizou de todos os meios necessários para garantir que a corporação atua de acordo com os padrões éticos aceitáveis e isso não é demonstrado através de um “check-list” de medidas empregadas, mas sim deve ser sempre verificado no caso concreto.

A existência de um programa de cumprimento normativo não é uma prova absoluta de que a empresa não praticou irregularidades. Ademais, a implementação de

um programa de conformidade eficaz não deve ser a única maneira pela qual uma corporação demonstre que houve o devido controle dentro da organização, ainda que não se adote um programa de *compliance*, uma organização pode se utilizar de outros mecanismos para provar que cumpre com as medidas de prevenção requeridas, como por exemplo, códigos de ética, de responsabilidade social corporativa, programas de gerenciamento de risco.

A prova da idoneidade de um programa de cumprimento normativo pode ser demonstrada através da prova pericial, prova documental, prova testemunhal e através de certificações. Relativamente à prova pericial, o judiciário, diante das particularidades do caso concreto e da especificidade da matéria, pode se recorrer ao parecer de peritos, mas não está restrito à opinião pericial, devido ao princípio da livre convicção. Ademais, a prova documental é um importante mecanismo de defesa para demonstrar, inclusive, a existência do *compliance* no seio da organização, mas não é um meio de prova absoluto e deve ser corroborada pelas demais provas testemunhais e periciais. No que toca à prova testemunhal esta pode se dar pelos próprios responsáveis de cumprimento, bem como pelos membros da organização seja de qual for o escalão. Ademais, as empresas podem se utilizar de entidades certificadoras para atestar a idoneidade de um programa de cumprimento normativo, todavia, tais certificações possuem presunção relativa.

Via de regra, o ônus de provar que o programa de cumprimento normativo implementado pela empresa não foi suficiente para demonstrar o comprometimento da organização com a prevenção e detecção da criminalidade é da acusação.

Além disso, dentre os efeitos que a adoção de um programa de cumprimento normativo pode gerar em favor da organização estão a atenuação ou até mesmo a exclusão da pena, mas há outras variantes, podem ter medidas mais brandas, como impedir o início de um processo com acordos de não persecução, a determinação do aprimoramento de um programa de conformidade já existente ou medidas mais severas como a reestruturação de uma empresa ou a sua liquidação compulsória.

A adoção de um programa de *compliance* para além de gerar efeitos “ex ante” pode provocar efeitos “ex post” e, assim, mesmo que instituído após a prática do delito, pode influenciar na aplicação da pena, como fator de redução.

A cooperação nada mais é que uma aliança estratégica entre entidades privadas e o Estado para se utilizar dos frutos de investigações internas, colhidos no seio das empresas, como moeda de troca, isto é, com o objetivo de se obter benefícios em favor da organização, a exemplo da mitigação de pena. A estratégia não é obrigatória e não pressupõe a existência de um programa de cumprimento normativo.

Em suma, o presente estudo nos levou as seguintes conclusões: 1ª) O Estado, no tocante à estratégia regulatória, deve apenas estabelecer normas gerais e as particularidades das medidas empregadas devem ser definidas por cada corporação; 2) O sistema de responsabilidade criminal da pessoa coletiva é mais efetivo no tocante à prevenção e repressão da criminalidade empresarial, quando comparado com a reprimenda apenas administrativa; 3) A adoção da responsabilidade penal da pessoa coletiva não é pré-requisito para que o programa de *compliance* seja utilizado como estratégia de defesa das entidades; 4) O que irá garantir a efetividade de um programa de cumprimento normativo é a “cultura de cumprimento” da empresa, o que deve ser demonstrado mediante as particularidades do caso concreto; 5) A adoção de um programa de *compliance* pode gerar efeitos “ex ante” e “ex post” em favor da pessoa coletiva. 6) Como meios de prova para atestar a efetividade de um programa de cumprimento normativo estão as provas documentais, periciais, testemunhais e as certificações que, por norma, têm presunção relativa; Além disso, via de regra, o ônus da prova é da acusação.

Bibliografia

_____. Decreto-Lei n.º 109-E/2021 de 9 de dezembro, disponível em: <https://files.dre.pt/1s/2021/12/23701/0001900042.pdf> (acesso em 28.07.2024).

_____. Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro, Diário da República n.º 244/2021, Série I de 2021-12-20, pp. 3-15.

_____. Lei no 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. Diário Oficial da União, 12 fev. 1998.

Alfaro, L. M. R. (2015), "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados", Em: Ambos, K., Caro Coria, D. C., Malarino, E. (Eds.), *Lavado de activos y compliance - Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista editores, Lima, pp. 453-475

Allahverdiyev, S. and Othman, M. (2022) ““Verbandssanktionengesetz” — Corporate Liability for Germany?”, *German Law Journal*, 23(4), pp. 637–649, disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2022.37> (acesso em: 20.07.2024)

Arlen, J. (2023), “The Compliance Function”, *NYU Law and Economics Research Paper No. 23-38*, *NYU School of Law*, Public Law Research Paper No. 23-54, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4502973> (acesso em 17.07.2024)

Ayres, I. Braithwaite, J. (1992), *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, New York.

Bedecarratz, F. (2018), “La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad”, *Polít. crim.*, Vol. 13, N° 25, pp. 208-232, disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A6.pdf (acesso em 20.07.2024).

Bock, D. (2009), “Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion- § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance“, *ZIS*, (70), disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_2_293.pdf (acesso em 24.07.2024).

Bolina, H. M. (2023), “Pirâmide regulatória de Ayres e Braithwaite e discricionariedade na intervenção sancionatória contraordenacional”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q.,

Pereira, R. S., Costa, J. N, Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, pp. 53-78.

Brito, T. Q. (2014), “Relevância dos mecanismos de ‘compliance’ na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Anatomia do Crime*, N. 0, Almedina, Lisboa, pp. 75-91.

Brito, T. Q. (2018), “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, in: Palma, M. F. Dias, A. S., Mendes, P. S., *Estudos sobre Law Enforcement, compliance e direito penal*, 2 ed., Almedina, Coimbra, pp. 57-100.

Brito, T. Q. (2023), “Lei nº 94/2021: novos critérios de imputação de responsabilidade penal aos entes coletivos, responsabilização da sociedade-mãe e (ir)relevância dos programas de compliance”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N, Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, pp. 335-414.

Busato, P. C. (2018), “A responsabilidade criminal de pessoas jurídicas na história do Direito positivo brasileiro”, *RIL Brasília* a. 55 n. 218 abr./jun. 2018 pp. 85-98.

Busato, P. C. (2019), *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de "compliance" penal? ¿y qué forma le doy? (responsabilidad penal de la persona jurídica en la I.O. 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, n. 28, pp. 26-47.

Casas, I. C., Feijoo, M. A. (2011), “¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la lo 5/2010: incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, ISSN 1578-956X, n. 28, pp. 26-47, disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/2903/documento/articuloUM.pdf>, (acesso em 13.06.2024).

Cavero, P. G. (2020), “Cuestiones básicas sobre la prueba del criminal Compliance en el proceso penal”, *La Ley compliance penal*, ISSN-e 2660-7948, Nº. 3, 2020, disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sI>

AAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf019KYwkpRs76JLIWEpZw-6KLRyDa7W2nDb_fqKt4CE99EnvVimvIz0ELLvgeXulhNGUNXFaLzDmSkZwKtBs vmyr6gxaqRgHttA1TxcWGnGCxnB2IPtVJ2HB-EsF2na_N2Xm-xGX4FECpx7z629wDoax0dq135_dziyUiwLwFzwlITMHPx9U8uILYbbzCT2BpteLM vyB5fp4b_oqoteTpPPTGxu1Dyj0g5GSe-f-A1ChFNfzAAAAWKE (acesso em 25.05.2024).

Cavero, P. G. (2022), “La imputabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, Vol. 2, N.05, ISSN: 2764-1899, pp. 136-158, disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/download/127/134/246> (acesso em 13.06.2024).

Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001> (acesso em: 13.07.2024).

Código Alemão de Governança Corporativa (*Deutscher Corporate Governance Kodex*), disponível em: <https://www.dcgk.de/de/kodex.html>, (acesso em: 01.06.2024).

Díaz, M. Conlledo, G. (2019), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático”, in: Colomer, J. G., Boquín, C. M. M. (eds), *Tratado Sobre Compliance Penal - Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 101-123.

Engelhart, M. (2014). "Corporate Criminal Liability from a Comparative Perspective". In: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (eds) *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Switzerland, pp. 53-75.

Engelhart, M. (2018). “The Nature and Basic Problems of Compliance Regimes” in: *Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, Forschungsgruppe "Architektur des Sicherheitsrechts" (ArchiS), disponível em: <https://hdl.handle.net/21.11116/0000-0002-1B6F-5> (acesso em: 30.05.2024).

French Anti-Corruption Agency Guidelines to help public and private sector entities to prevent and detect bribery, influence peddling, extortion by public officials, illegal taking of interest, misappropriation of public funds and favoritism. Disponível em:

<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/French%20AC%20Agency%20Guidelines%20.pdf> (acesso em: 20.07.2024).

Funk, PhD, T. M., Glasser, E., Curfman, C. W., Solis, S., Haggard, M. (2023), “Anti-Bribery & Corruption Compliance Programs”, Forthcoming, *Society of Corporate Compliance and Ethics Compliance Manual*, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4668338> (acesso em 20.07.2024)

Gómez-Jara Díez, C. (2006), "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, pp. 05:1-05-27.

Gómez-Jara Díez, C. (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial - Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, n. 8, disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>, (acesso em: 09.06.2024).

Laufer, W. S. (1999). “Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance”, *Vanderbilt Law Review* 1341, Volume 52, artigo 3, (pp. 1344-1420). Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol52/iss5/3> (acesso em 27:04:2023).

Martín, A. N. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista xurídica galega*, ISSN 1132-6433, n. 63, pp. 47-70, disponível em: <http://www.rexurga.es/pdf/COL260.pdf> (acesso em: 09.06.02024).

Matus Acuña, J. P. (2012), “Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diritto Penale Contemporaneo*, disponível em: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1346962909Matus%20-%20certificaciones.pdf> (acesso em 21.07.2024).

Mendes, P. S. (2009), “Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup”, *ZIS*, disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_2_291.pdf (acesso em: 24.07.2024)

Mendes, P. S. (2009), “Was tun im Falle von transnationalem Marktmissbrauch? – Der Fall Citigroup”, *ZIS*, pp. 55-58.

Mendes, P. S. (2018), “Law Enforcement & Compliance”, em: Palma, M. F. Dias, A. S. Mendes, P. S. (Eds.), *Novos estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, Almedina, Coimbra, pp. 11-20.

Mendes, P. S. (2022) "A influência do Direito da União Europeia no Direito das Contraordenações, em especial no domínio do sancionamento das práticas restritivas da concorrência", *Centro de Estudos Judiciários*, Painel II – O direito das contraordenações nos tempos atuais III Jornadas do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, Santarém, pp. 91-139.

Mendes, P. S. (2022). “Responsive Regulation, Enforced Self-regulation, and Corporate Liability”, *Crim. Law Forum*, Vol. 33, pp. 285–321.

Miller, G. P. (2014), “An Economic Analysis of Effective Compliance Programs”, Forthcoming in Jennifer Arlen, ed., *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing* (Edward Elgar 2015), *NYU Law and Economics Research Paper* N. 14-39, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2533661> (acesso em 21.07.2024).

Moreno-Piedrahíta Hernández, C. (2019). “El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Política criminal*, v. 14, n. 28, pp. 323-364, disponível em: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200323> (acesso em 09.06.2024).

Nagai, R. A. Castro Carvalho, A. (2021), “O uso do programas de compliance anticorrupção como excludente de responsabilidade: estudo comparativo do UKBA, FCPA, e Lei Anticorrupção brasileira”, em: Martinelli, J. P., Costa, I. Simões da Conceição, P. (ed). *O empresário no banco dos réus: responsabilidade civil, administrativa e penal na atividade empresarial*, 1ª edição, D’Plácido, Belo Horizonte - MG, São Paulo - SP, pp. 183-202.

Neira, A. M. (2016), “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal”, *Polít. crim.*, Vol. 11, Nº 22, Art. 5, pp. 467-520, disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf (acesso em 13.06.2024).

New York Central R. Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1909).

Nieto Martín, A. (2012) "Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution?", *Eucrim: the European Criminal Law Associations' fórum*, ISSN 1862-6947, N.º 3, pp. 124-127

Nieto Martín, A. (2013), "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal", *Anuario de Derecho Penal. Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, N. 2013-2014, pp. 171-200, disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/problemas-fundamentales-del-cumplimiento-normativo-en-el-derecho-penal-1133079/> (acesso em 23.07.2024)

Nieto Martín, A. (2023), "La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración", *Revista de Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Compliance*, Vol. N. 1, disponível em: <https://www.redepec.com/wp-content/uploads/pdf/la-eficacia-de-los-programas-de-cumplimiento-propuesta-de-herramientas-para-su-valoraci-n-2090.pdf> (acesso em: 21.07.2024).

Nieto, A. (2008), "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", *Polít. crim.*, N.º 5, 2008, A3-5, pp.1-18, disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf, (acesso em 13.06.2024).

Redana, A. C. (2021), "Limites da interferência estatal na autorregulação empresarial - O *compliance* como exemplo da interferência estatal", artigo não publicado, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para obtenção de nota no curso de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade Direito Penal e Ciências Criminais.

Rotsch, T. (2012), "Criminal Compliance", disponível em: <https://indret.com/criminal-compliance/> (acesso em: 26.05.2020).

Santos, H. L. (2021), *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, NovaCausa, Edições Jurídicas, Braga.

Santos, H. L. (2022), *A Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos na Esfera do Compliance - E depois da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro?*, NovaCausa, Edições Jurídicas, Braga.

Scandelari, G. B. (2023), “Certificação em compliance: bases e possibilidades para o exame da idoneidade o do programa”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N, Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, pp. 99-127.

Silva, G. M. (2023), “Imputação da responsabilidade penal e compliance”, em: Mendes, P. S., Brito, T. Q., Pereira, R. S., Costa, J. N, Machado, M. C. (Eds.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Responsabilidade Empresarial*, Almedina, Coimbra, pp. 315-333.

Teichmann, F. Wittmann, C. Boticiu, S. (2023), "Compliance as a form of defense against corporate criminal liability", *Journal of Economic Criminology*, Volume 1, 100004, ISSN 2949-7914, disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100004> (acesso em 26/05/2024).

The Bribery Act 2010 - Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010), disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5d80cfc3ed915d51e9aff85a/bribery-act-2010-guidance.pdf> (acesso em 20.07.2024).

The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998), United States Code, disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf> (acesso em 28.07.2024).

Tiedemann, K. (2014). "Corporate Criminal Liability as a Third Track". In: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parra, M., Tiedemann, K., Vogel, J. (eds) *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, Switzerland, pp. 11-18.

U.S. Department of Justice - Criminal Division - Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated March 2023). Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal/criminal-fraud/page/file/937501/dl?inline> (acesso em: 21.07.2024).

U.S. Department of Justice Antitrust Division (2019), "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations", disponível em: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/dl> (acesso em 24.07.2024).

Urofsky, P. (2002), "Prosecuting Corporations: The Federal Principles and Corporate Compliance Programs" in: Fraud in the Corporate Context, *United States Attorneys' Bulletin*, pp. 19-25.

Van Weezel, A. (2010), "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Art. 3, pp. 114-142, disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf (acesso em 26.07.2024)

Vila, I. C. (2013), "¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", in: Silva Sánchez, J. M. e Fernández, R. M. (Eds.), *Criminalidad de empresa y compliance - Prevención y reacciones corporativas*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 43-76.

Wellner, P. A., (2005), "Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions", *Cardozo Law Review*, pp. 497-528, disponível em: <https://www.friedfrank.com/uploads/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf> (acesso em 20.07.2024)