



UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Daniel Joau Perez Keller

**Consequências jurídicas da adoção de programas de *compliance criminal* no
direito penal ambiental brasileiro**

Salvador

2021

Daniel Joau Perez Keller

**Consequências jurídicas da adoção de programas de *compliance criminal* no
direito penal ambiental brasileiro**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Heron José Santana Godilho

Salvador

2021

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

K29 Keller, Daniel Joau Perez
Consequências jurídicas da adoção de programas de **compliance criminal** no
direito penal ambiental brasileiro / Daniel Joau Perez Keller. ____ Salvador, 2021.
101 f.

Orientador: Prof. Dr. Heron José Santana Godilho.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró- Reitoria
de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito.

1. Crime Ambiental 2. Compliance 3. Criminal Compliance
4. Responsabilidade Penal Pessoa Jurídica 5. Imputação Objetiva I. Godilho,
Heron José Santana João Glicério de – Orientador II. Universidade Católica do
Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 349.6

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

Daniel Joau Perez Keler

"Consequências jurídico-penais da adoção de programas de compliance criminal no direito penal brasileiro".

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 31 de março de 2021.

Banca Examinadora:

HERON JOSÉ DE SANTANA Assinado de forma digital por HERON JOSÉ DE SANTANA JOSÉ DE SANTANA GORDILHO 23698861534 Data: 2021.05.31 19:02:44 -03'00'
GORDILHO 23698861534

Prof.(a)s. Dr.(a)s. Heron José de Santana Gordilho - UCSAL (orientador)

TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA Assinado de forma digital por TAGORE TRAJANO DE ALMEIDA SILVA Data: 2021.05.31 20:15:19 -03'00'

Prof.(a) Dr.(a) Tagore Trajano De Almeida Silva - UCSAL


Prof.(a) Dr.(a) Yuri Carneiro Coelho - FAN

Resumo

A presente dissertação tem como objeto analisar as consequências jurídicas da adoção de programas de *criminal compliance* no direito brasileiro, no que tange a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. O autor sugere que a adoção de um programa eficiente de *compliance* pode ser invocado pelo poder judiciário como uma circunstância de exclusão de responsabilidade penal a luz da teoria da imputação objetiva. Como alternativa, a pesquisa demonstra que a adoção de um programa de *compliance* deve ser valorado pelo poder judiciário como uma atenuante de pena, na hipótese de ocorrência de um crime contra o meio ambiente. Por fim, a pesquisa passa a analisar os requisitos para que um programa de *compliance criminal* ambiental possa ser considerado eficaz e capaz de alterar a responsabilidade penal das empresas pela prática de crimes ambientais.

Palavras Chaves: Crime Ambiental, *Compliance*, *Criminal Compliance*, Responsabilidade Penal Pessoa Jurídica, Imputação Objetiva

Abstract

This dissertation aims to analyze the legal consequences of the adoption of criminal compliance programs in Brazilian law, with regard to the criminal liability of the legal person for environmental crimes. The author suggests that the adoption of an efficient compliance program can be invoked by the judiciary as a circumstance of exclusion from criminal liability in the light of the objective imputation theory. As an alternative, the research demonstrates that the adoption of a compliance program should be valued by the judiciary as an attenuator of punishment in the event of a crime against the environment. Finally, the research begins to analyze the requirements for an environmental criminal compliance program to be considered effective and capable of changing the criminal liability of companies for the practice of environmental crimes.

Keywords: Environmental Crime, *Compliance*, *Criminal Compliance*, Risk Self-Management, Liability for Legal Entities.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. PROGRAMAS DE COMPLIANCE	10
2.1 ORIGEM DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	10
2.2 OBJETIVO DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	14
2.3 PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E EMPRESAS PRIVADAS	16
2.4 PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E EMPRESAS PÚBLICAS	19
2.5 PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> E CRIMES AMBIENTAIS.....	22
2.6 PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> APLICADOS AO DIREITO PENAL AMBIENTAL	24
2.6.1 Avaliação de gestão de risco.....	24
2.6.2 Código de conduta	27
2.6.3 Sanções internas	28
2.6.4 Investigação interna.....	30
2.6.5 Gestão de conhecimento.....	34
2.6.6 Ecoauditorias e certificações.....	37
2.6.7 Aprimoramento periódico.....	39
3. TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE	39
3.1 A TUTELA PENAL AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	39
3.2 RESPONSABILIDADE PENAL NA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL	43
3.3 TEORIAS QUE FUNDAMENTAM A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL.....	46
3.3.1 Teorias da ficção.....	47
3.3.2 Teorias da realidade.....	47
3.4 MODELOS DE IMPUTAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E <i>CRIMINAL COM- PLIANCE</i>	48
4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> NO BRASIL	58
4.1 APLICAÇÃO DA TEORIA DA AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL.....	59

4.2 CONSEQUÊNCIA DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> NO DIREITO PENAL AMBIENTAL BRASILEIRO.....	61
4.2.1 <i>Criminal compliance</i> como excludente de responsabilidade penal.....	63
4.2.2 <i>Criminal compliance</i> como atenuante de pena.....	70
4.2.3 <i>Criminal compliance</i> como sanção penal.....	73
4.3 CRITÉRIO PARA DEFINIR A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i>	75
4.4 REQUISITOS MÍNIMOS DE EFETIVIDADE DO <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> AMBI- ENTAL.....	79
4.5 O PROJETO DE LEI 5442/2019.....	82
5. CONCLUSÃO	84
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90

1. INTRODUÇÃO

A exploração descontrolada dos recursos minerais, principalmente após a segunda revolução industrial, na primeira metade do século XX, expôs a necessidade de estabelecer mecanismos de controle e prevenção do meio ambiente, sob o risco da atividade econômica tornar a vida no planeta inviável.

Após a segunda guerra mundial os ordenamentos jurídicos passaram a estabelecer a necessidade de se preservar o meio ambiente, elevando-o à condição de bem jurídico essencial.

Acompanhando essas transformações, a ciência jurídica passou a admitir a possibilidade de imputar responsabilidade criminal às entidades coletivas como forma de reprimir e coibir a prática de delitos ambientais.

No Brasil a Constituição Federal e a Lei 9.605/98 estabeleceram a possibilidade concreta de imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica, pela prática de crimes contra o meio ambiente.

Em resposta, as empresas brasileiras passaram a adotar programas de *criminal compliance* com o objetivo de estabelecer procedimentos inclinados à solidificação de práticas preventivas, a partir da criação de procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento de normas jurídicas, de modo a reduzir ou anular os riscos de imputabilidade penal da organização ou dos seus agentes.

Diante desse fenômeno, a ciência jurídica nacional passou a se debruçar sobre um novo problema: Quais as consequências jurídico-penais da adoção de programas de *compliance criminal*, no direito penal brasileiro?

Pode o poder judiciário deixar de responsabilizar pessoa jurídica pela prática de crime ambiental se a empresa adotou um programa eficaz de *criminal compliance* ambiental? Quais os critérios para determinar essa eficácia?

A presente dissertação tem como objetivo investigar essa problemática através de metodologia de pesquisa sistemática da bibliografia jurídica, nacional e estrangeira, sobre o tema, além de analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A principal hipótese desse trabalho é que a adoção efetiva de programas de *criminal compliance* deve servir como critério de extinção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, com fundamento na teoria da imputação objetiva, como forma de estimular a implementação de medidas de prevenção a crimes ambientais por parte das empresas nacionais.

Como hipótese secundária, essa dissertação adota a possibilidade do juiz, afastada a hipótese primária de extinção da responsabilidade penal, valorar a eficácia do programa de *criminal compliance* adotado pela empresa como uma atenuante genérica da pena.

Quanto aos critérios para determinar a eficácia do programa de *criminal compliance*, esse trabalho observa como hipótese a necessidade de demonstração processual de que o programa é capaz de reduzir o risco de dano ambiental através do mapeamento, da análise e da redução dos impactos ao meio ambiente proveniente da atividade empresária, como requisito para qualquer benefício jurídico-penal à pessoa jurídica como uma contrapartida a adoção de programas de prevenção.

Como problema secundário, a presente pesquisa analisa a possibilidade do poder judiciário impor a adoção obrigatória de um programa de *criminal compliance* como sanção imposta à pessoa jurídica condenada pela prática de crime ambiental. A hipótese principal é no sentido de discordar dessa possibilidade diante do princípio da legalidade, mas admitir a adesão voluntária a um programa de *compliance* como objeto de um acordo de não persecução penal firmado com o Estado.

A relevância do tema decorre da importância e da necessidade de se estabelecer critérios objetivos para determinar a consequência jurídica da adoção de programas de *criminal compliance*, como forma de promover a implementação desses programas nas empresas nacionais.

O *compliance* ambiental tem por finalidade monitorar e assegurar que as empresas estejam cumprindo rigorosamente as leis e normas ligadas ao meio ambiente, prevenindo e controlando os riscos internos inerentes de sua atividade. Por meio do *compliance*, qualquer possível desvio ou a mínima desconformidade em relação a legislação ambiental são identificados, controlados e devidamente evitados ou minimizados.

Diante disso, os capítulos da presente dissertação foram organizados da seguinte forma:

O capítulo dois tem como objeto analisar os programas de *criminal compliance* e sua aplicação no direito penal ambiental brasileiro.

O terceiro capítulo analisa em detalhes o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica e suas consequências para a eficácia dos programas de *criminal compliance*.

Por fim, o capítulo quatro analisa as consequências jurídico-penais da adoção do programa de *criminal compliance*, investigando a hipótese de extinção de responsabilidade penal ambiental pela adoção dos programas preventivos.

Esse capítulo também trata dos requisitos para que um programa de *criminal compliance* ambiental possa ser considerado eficaz e, com isso, ser invocado como excludente de responsabilidade ou atenuante de pena.

2. PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

2.1 ORIGEM DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

As últimas décadas testemunharam o aumento da participação e da interferência das organizações coletivas na vida individual.

Garcia Martín observa que esse fenômeno provou um intenso debate social sobre a necessidade de estabelecer critérios objetivos para imputar responsabilidade jurídica a essas entidades, especialmente no âmbito do controle da criminalidade empresarial.¹

Em paralelo a expansão das grandes sociedades empresariais, o Direito Penal presenciou uma evolução teórica e legislativa nos princípios que fundamentam a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Inicialmente as ciências criminais observavam que as entidades coletivas não se adequavam aos critérios tradicionais de imputação penal individual, fundados no conceito clássico de que a culpabilidade consiste na demonstração da existência da vontade psicológica, elemento que, obviamente, falta às pessoas jurídicas.²

Dessa forma, em uma primeira etapa, o Direito Criminal apontava que a imputabilidade penal é um atributo exclusivo das pessoas naturais, cabendo aos demais ramos do Direito, o controle

¹ GRACIA MARTÍN, Luis. **La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas**. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.31

² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte general**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p.103

da atividade empresarial ou mesmo a prevenção dos riscos gerados pela atividade empresária.³

Fernández-Teruelo aponta que, com o avanço das grandes empresas no mercado de consumo e o impacto social desse fenômeno, as ciências criminais gradativamente passaram a abandonar o princípio clássico da culpabilidade individual e passaram a, progressivamente, admitir a hipótese de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas.⁴

Mais do que um mero fundamento para legitimar a imputação de sanção penal às pessoas jurídicas, essa evolução é marcada, principalmente, pela necessidade de prever, controlar e prevenir o risco de lesão a bens jurídicos decorrente da atividade praticada pelas entidades coletivas.⁵

Diante disso, o Direito Penal tem buscado estabelecer um sistema de regras que permita a coexistência de um modelo de punição criminal efetivo e um modelo corporativo de regulação que tenha por finalidade prevenir a prática de crimes, através de um certo controle da atividade empresarial.

A principal finalidade desse sistema é fazer a empresa cumprir a lei através de modelos de regulação públicas ou privada, deixando a responsabilidade penal como hipótese subsidiária.⁶ A primeira demonstração concreta desse modelo de coexistência pode ser observado em 1984 nos Estados Unidos, com a criação da *Sentencing Commission*, uma organização autônoma ao poder judiciário que tinha como finalidade uniformizar as decisões judiciais na Justiça Fede-

³ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador - ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 155

⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. **Instituciones de Derecho Penal económico y de la empresa**. Valladolid: Lex Nova/Thomson Reuters, 2013, p.101

⁵ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p.32

⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **Los procedimientos internos de de nuncia como medida de prevención de delitos en la empresa**. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (dir.). **Criminalidad de empresa y compliance**. *Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013, p.54

ral, tornando mais severos os critérios de prevenção de condutas criminosas e punindo de maneira mais efetiva as organizações coletivas.⁷

Dessa forma, foi criado nos Estados Unidos um sistema de responsabilidade penal empresarial híbrido, em que coexistiam um modelo de prevenção através de incentivos a autorregulação e um modelo eficaz de punição, fundado na culpabilidade da entidade coletiva.⁸

A finalidade desses programas é que as próprias empresas estabeleçam métodos de controle à prevenção de delitos decorrentes da sua atividade empresarial, garantindo que a conduta dos seus membros não acarretará em um risco a sociedade.⁹

Outro fator importante é que esse modelo é atrelado a uma noção de ética empresarial, decorrente de uma filosofia baseada na pirâmide, retribuição, prevenção e premiação.

Em verdade, desde 1977, com a entrada em vigor da *Foreign Corrupt Practices Act* a legislação americana já previa a necessidade de introduzir práticas éticas e mecanismos de garantia do cumprimento normativo, como modelo de autorregulação empresarial a fim de evitar e combater a corrupção.¹⁰

No mais, através dessa concepção, ao mesmo tempo que se buscava prevenir a prática de crimes através da autorregulação, o Estado premiava as empresas que estabeleciam medidas de prevenção e controle.¹¹ O objetivo era isentar, ou minorar, a responsabilidade criminal da organização coletiva que implementou medidas preventivas à delinquência, separando a responsabilidade da empresa do agente empresarial que praticou o ilícito penal.

⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.218

⁸ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006, p.93

⁹ *ibidem*, p.94-95

¹⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.220

¹¹ DE STEFANO, Michele Beardslee. **Creating a culture of compliance: why departmentalization may not be the answer**. *Hastings Business Law Journal*, 2014., p.3

No mesmo sentido, a Itália, com advento do Decreto-Lei 231 de 2001, introduziu o sistema de coexistência entre prevenção e punição de delitos praticados pelas sociedades empresariais.¹²

Michael Baucus afirma que, no Reino Unido, o *Bribery Act* tornou crime a conduta da empresa que fosse incapaz de evitar que seus colaboradores praticassem atos de corrupção, afastando a responsabilidade penal da empresa que demonstrasse ter implementado protocolos efetivos de prevenção à essa conduta criminosa.¹³

O Código Penal da Austrália prevê expressamente no artigo doze a imputação de responsabilidade penal das pessoas jurídicas empresariais que deixarem de implementar programas de prevenção da prática de delitos.¹⁴

Em Portugal, o artigo onze do Código Penal afasta a responsabilidade penal da empresa quando o autor individual de um crime pratique um delito contra a ordem ou instrução expressa da empresa.¹⁵

Nas relações internacionais o Banco Mundial e o Banco Europeu de Desenvolvimento tem exigido dos interessados em financiamentos, medidas de prevenção e de controle de conduta delitativa, especialmente no que diz respeito à prática de corrupção.¹⁶

Essas instituições entendem que a voluntariedade da empresa em adotar um programa de *compliance* pode servir de indício ou prova de que a empresa atua conforme a lei.

¹² GIMENO BEVIÁ, Jordi. **Líneas básicas en la elaboración de un programa de cumplimiento para las personas jurídicas**. Madri: Colex, 2013, p.201

¹³ BAUCUS, Michael. **What is corporate crime? It is not illegal behavior**. London: Law and Policy, 1991, p.53

¹⁴ ALDERS, Michael. **Regulation and in-company environmental management in the Netherlands**. London: Law and Policy, 2014, p.75

¹⁵ GARCÍA RIVAS, Nicolás. **Reflexiones sobre responsabilidad penal en el marco de la crisis financeira**. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). **El proyecto de reforma del código penal de 2013, a debate**. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p.43

¹⁶ HUSAK, Douglas. **Overcriminalization: the limits of the criminal law**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p.134

Martins Nery aponta que no Brasil a lei 12.683/12 prevê a adoção de políticas e procedimentos de controle interno por parte de entidades financeiras ou correlatas, sendo a primeira legislação no país a introduzir regras de *compliance*, ainda que de forma tímida e limitada.¹⁷

Em 2013 entrou em vigor no Brasil a Lei 12.846/13, batizada Lei Anticorrupção, que expandiu os modelos de *compliance* a todas as empresas que operam no país.

É interessante observar porém, que a referida lei não adota o sistema de coexistência entre um modelo de autocontrole e um modelo de punição criminal à entidade empresarial.¹⁸

Apesar de trazer uma série de regras quanto a mecanismos de prevenção de delitos, a lei não estabelece um sistema de imputação de responsabilidade penal para as organizações coletivas.

Sobre a legislação, Renata Machado afirma que:

“Regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, cujo Capítulo IV é dedicado exclusivamente aos “programas de integridade”, a lei brasileira refere-se apenas às sanções administrativas e cíveis, sem repercussão direta no âmbito da responsabilidade penal da empresa. Inclusive porque no Brasil, a única previsão de responsabilidade penal de entes coletivos está na Lei dos Crimes Ambientais”¹⁹

No Brasil ainda vigora a regra de que Pessoa Jurídica só pode ser responsabilizada criminalmente pela prática de crimes ambientais, nos termos da Lei 9.605/98.

Dessa forma, a lei traz apenas punições civis e administrativas as empresas que, por omissão, deixem de cumprir os protocolos de autogestão e prevenção introduzidos pela nova legislação.

2.2 OBJETIVO DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

Richard McAdams afirma que o principal objetivo dos programas de *compliance* consiste em orientar a conduta empresarial com a finalidade de evitar a responsabilidade criminal. No

¹⁷ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance* criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.34

¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. **Impressões sobre a Lei Anticorrupção**. Folha de S. Paulo, 2014

¹⁹ SARAIVA, Renata Machado. ***Criminal Compliance* como instrumento de tutela ambiental**. São Paulo: LiberArs, 2018, p.27-28

mais, o *compliance* deve fomentar o cumprimento da legislação e a padronização de um comportamento ético por parte dos agentes que atuem na atividade empresarial.²⁰

Ocorre *criminal compliance* ou *compliance penal* quando estes programas têm como objeto a prevenção da imputação de responsabilidade criminal e a repressão da prática de delitos.²¹

Martins Nery define *compliance* como:

“O termo *compliance* origina-se do verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, satisfazer, realizar o que lhe foi imposto. Em linhas gerais mais abrangentes, significa conformidade com a legislação e regulamentação aplicável ao negócio, bem como ao Código de Ética e às políticas internas de uma instituição e/ou organização empresária”²²

O *criminal compliance* constitui uma grande novidade no Direito Penal moderno, uma vez que tem como objetivo primário evitar que empresas, que tradicionalmente não são sujeito ativo de delitos, respondam criminalmente por suas condutas. Constitui uma mudança radical na concepção da tradicional teoria do delito, elevando a responsabilidade da pessoa jurídica ao patamar de protagonista das ciências criminais.

Mesmo em países onde não existe a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica, como a Alemanha, o instituto do *criminal compliance* tem ganhado destaque.²³ Isso acontece porque, mais do que apenas um conjunto de mecanismos para blindar a empresa da responsabilidade criminal, os programas de *compliance criminal* auxiliam a padronização de comportamentos lícitos por parte das pessoas físicas que atuam nessas empresas, evitando que estes se tornem autores de crimes.²⁴

²⁰ MCADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. **Behavioral criminal law and economics**. In: GAROUPA, Nuno (ed.). **Criminal law and economics** Northampton: Edward Elgar, 2009, p.113

²¹ SOARES, Washington Luiz Pereira. **Logística sustentável e gestão de compliance ambiental**. Belo Horizonte: Editora Arraes, p.43

²² NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.137

²³ SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el derecho penal de l empresa, Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.19

²⁴ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.56

Desta forma, se o objetivo principal dos programas de *criminal compliance* é evitar que a empresa se torne autora de crimes, o objetivo secundário é evitar que os indivíduos que atuam nessas empresas também se tornem sujeito ativo de delitos.

Além disso, um dos objetivos essenciais dos programas de *criminal compliance* é afastar a mera suspeita da prática de crimes por parte da empresa, servindo como uma espécie de atestado de boa conduta da instituição.²⁵

No atual mercado competitivo empresarial, mais do que constituir um programa para evitar a pena e o castigo, a existência de um programa de *criminal compliance* é determinante na constituição da identidade da empresa.²⁶

Uma instituição que possui um eficaz programa de *criminal compliance* transmite para o mercado e para a sociedade, uma imagem que a associa ao cumprimento da lei e da ética.²⁷

Jean Pierre Matus Acuña observa, que os programas de *criminal compliance* ajudam a constituir uma reputação positiva para as empresas, reduzindo ou afastando qualquer desconfiança que eventualmente possa ser observada pelo mercado. A máxima é muito simples, é mais fácil agregar valor e credibilidade às empresas que possuam um modelo de autogestão voltado para evitar a prática de ilícitos penais e para incentivar a prática de boas condutas, por parte dos seus funcionários.²⁸

Além disso, uma das finalidades dos programas de *criminal compliance* é regular medidas para reduzir os riscos de lesões a bens jurídicos.²⁹

²⁵ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.341

²⁶ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.342-343

²⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.45

²⁸ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **La certificación de los programas de cumplimiento** In SARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. **El derecho penal económico en la era del compliance**. Valencia: tirant lo blanch, 2013, p.32

²⁹ SILVA, Sánchez, Jesus Maria. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Madrid: Edisofer, 2013, p.45

Essencialmente todo crime constitui uma lesão ou um perigo a um bem jurídico e parte da finalidade dos programas de *criminal compliance*, é coibir a prática de delitos identificando os potenciais riscos a bens jurídicos, tomando medidas para evitar que tais riscos acabem por se materializar em crimes. É prever condutas criminosas para evitar que sejam praticadas, atuando ainda, na fase embrionária do delito.³⁰

Dessa forma, um programa eficiente de *criminal compliance* deve ter a capacidade de antecipar e reagir aos riscos, identificando as falhas nos cumprimentos normativos, através de autocontrole e busca de padrões éticos de comportamento.³¹

Por fim, deve o programa de *criminal compliance* estabelecer mecanismos de transformação da ética empresarial, alinhando comportamentos sempre com a finalidade de coibir os ilícitos e estimular o comportamento conforme a lei.

2.3 PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E EMPRESAS PRIVADAS

O pressuposto essencial dos programas de *criminal compliance* é que essas medidas sejam aplicadas espontaneamente pelas empresas no curso de suas atividades. Na esfera privada é comum confundir os programas de *compliance* com as regras da própria gestão empresarial.³² São considerados atos de gestão empresarial aqueles que tratam do funcionamento, da organização e do desenvolvimento da empresa. Por outro lado, Gary Becker afirma que são considerados atos de *compliance* os mecanismos adotados pela sociedade empresarial para evitar ris-

³⁰ LE CANNU, Paul. **Les sanctions applicable aux personnes morales em raison de leur responsabilité.** Apud: PRADO, Luis Regis. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.102

³¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.46

³² BRANCO, Fernando Castelo. **Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel.** In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). **Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p.105

cos a bens jurídicos e, no caso do *criminal compliance*, prevenir a prática dos crimes decorrentes desses riscos.³³

Acontece que, na esfera privada, é fácil perceber que os modelos de gestão adotado pela empresa tem forte conexão com os modelos de *compliance* aplicados na sociedade empresaria.

Os modelos de gestão empresarial são regulados conforme três princípios fundamentais: a) o princípio da hierarquia; b) o princípio da divisão do trabalho; c) o princípio da delegação de funções.³⁴

Quanto ao princípio da hierarquia, Arroyo Jiménez afirma que é possível observar dois modelos de gestão, o modelo centralizado e o modelo descentralizado. No primeiro modelo a gestão se manifesta de forma mais rígida, exercendo o gestor um modelo de controle direto para com os seus subordinados.³⁵

No modelo de gestão descentralizado, o controle é exercido através de várias cadeias diferentes de subordinação, relativizando o poder de gestão.

Quanto ao princípio da divisão do trabalho as atividades da empresa são repartidas por diversos funcionários, de acordo com suas atribuições e competências, dentro da complexidade da atividade empresarial. Nas grandes corporações, milhares de agentes exercem as mais diversas funções, dentro da atividade empresarial, respondendo a uma gestão centralizada ou descentralizada.³⁶

³³ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.85

³⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.201

³⁵ ARROYO JIMÉNEZ, Luis. **Introducción a la autorregulación**. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). **Autorregulación y sanciones**. Valladolid: Lex Nova, 2008, p.33

³⁶ CARRILLO DEL TESO, Ana E. **Responsabilidad penal de la persona jurídica: pasado, presente y futuro**. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). **El proyecto de reforma del código penal de 2013, a debate**. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p.75

O princípio da delegação de função autoriza os gestores à delegação das funções de comando e decisão dentro da estrutura empresarial. Esse princípio é o que fundamenta a transferência de responsabilidade, dando maior autonomia aos colaboradores da atividade empresarial.³⁷

Nas últimas décadas o tamanho e a complexidade das empresas fez nascer modelos de gestão descentralizados e fundados com base na divisão do trabalho e na delegação de funções, tornando as empresas uma gigantesca estrutura formada por diversas cadeias hierárquicas de gestão.

Essa teia estrutural descentralizada é um dos elementos que dificulta identificar o responsável por atos criminosos, praticados no exercício da atividade empresarial. É por essas razões que o direito penal da responsabilidade individual tem dado lugar ao direito penal da responsabilidade coletiva, que tem buscado meios de responsabilizar a pessoa jurídica pela prática de crimes e que tornou tão relevante o debate quanto a *criminal compliance*.³⁸

Essa complexa estrutura da empresa é um desafio tanto para imputação de responsabilidade quanto para implementação de programas eficientes de *compliance*. Um dos empecilhos práticos para implementação de programas de *criminal compliance* está no elevado custo em implementar determinadas medidas de prevenção e padronização de condutas.³⁹

Outro desafio dos tempos modernos está no caráter extraterritorial das grandes empresas multinacionais, que exigem programas de *compliance* que estejam de acordo com os diversos sistemas jurídicos e éticos do planeta.

Uma multinacional, que opera em diversos países, precisaria de um complexo sistema de *compliance* que teria que precisaria conviver com os mais diversos modelos jurídico e com regras do *civil law* e do *common law*.⁴⁰

³⁷ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. **Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p.77-78

³⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. **Compliance y derechos de los trabajadores**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA AGIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.56

³⁹ LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. **The private enforcement of law**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008, p.55-65

⁴⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.67

Não observante esses desafios, em muitos casos os programas de *compliance* podem servir para reduzir despesas. O custo para implementação dos programas pode ser mais barato do que o preço das relações processuais decorrentes dos ilícitos eventualmente praticados.⁴¹

O custo das grandes empresas, com a manutenção de um corpo jurídico e as despesas com demandas processuais é, geralmente, muito mais elevado dos que os custos com a implementação de um eficiente programa de *compliance*.⁴²

Finalmente, é mais econômico implementar um programa eficiente de *criminal compliance* do que arcar com as despesas de um processo ou de uma condenação judicial.⁴³

No âmbito do Direito Penal Ambiental é muito menos custoso implementar programas de *criminal compliance* do que arcar com as consequências da imputação da responsabilidade jurídica pela prática de um delito ambiental, ainda mais nos casos em que o delito acarreta em grandes tragédias ambientais e humanas.⁴⁴

Em verdade um programa eficiente de *criminal compliance* serve, a médio e longo prazo, como um sistema de redução de custos para as empresas privadas.

Ademais, os programas de *criminal compliance* são geralmente associados a grandes corporações. Na verdade, é possível adaptar os principais instrumentos de *criminal compliance* a todas as empresas, inclusive as pequenas e médias⁴⁵.

É importante observar que quanto mais complexa a empresa, mais formal deve ser o programa de *criminal compliance*. Em empresas menores os mecanismos de *compliance* podem ser simplificados e, ainda assim, atingir a finalidade a que se propõem.

⁴¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.70

⁴² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.74

⁴³ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia**. Melbourne University Law Review, v. 30, 2006, p.45

⁴⁴ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.98

⁴⁵ SOARES, Washington Luiz Pereira. **Logística sustentável e gestão de compliance ambiental**. Belo Horizonte: Editora Arraes, p.66

Bridget Hutter observa que, na prática, cabe ao poder judiciário, ao analisar o programa de *criminal compliance* de cada empresa, valor o mesmo de acordo com a complexidade de cada organização, adotando mecanismos de recompensa na medida dessa proporcionalidade.⁴⁶

Dessa forma, é possível criar um ambiente que estimule pequenas e médias empresas a adotarem mecanismos de *criminal compliance*, ampliando a proteção aos bem jurídicos e a segurança da atividade empresária.

2.4 PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E EMPRESAS PÚBLICAS

Ponto extremamente controverso diz respeito a possibilidade de aplicação de programas de *compliance*, ou ainda de *criminal compliance*, nas empresas públicas de regime de gestão pública ou privado.

A princípio, programas de *compliance* decorrem do poder de autocontrole e autogestão que decorrem essencialmente das relações de direito privado, não sendo possível falar, pelo menos no sentido privado desses institutos, em autogestão ou autocontrole nos órgãos públicos.⁴⁷

No que tange ao *criminal compliance* o debate se torna ainda mais complexo. O direito penal não admite a imputação de responsabilidade criminal a entidades públicas, não sendo possível ao Estado aplicar qualquer modalidade de sanção penal ao próprio Estado.⁴⁸

Dessa forma, a incidência de um modelo de *criminal compliance* a empresas públicas, seria, a princípio, uma incongruência. Se as empresas públicas não podem ser responsabilizadas pela prática de crimes, não é cabível falar de programas que tenham por finalidade evitar a responsabilidade penal de tais entidades.⁴⁹

⁴⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.70-71

⁴⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.201

⁴⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government. Causes, consequences and reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.31

⁴⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government. Causes, consequences and reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.32

Porém, em tempos em que a gestão pública tem se aproximado dos modelos de gestão privada, é necessário buscar novos fundamentos para a implementação de programas de *compliance* com a finalidade de adequá-los às entidades públicas.⁵⁰

Partindo dessa premissa, é possível observar a questão sob dois aspectos diferentes, o da possibilidade e o da necessidade.

Quando debatemos o aspecto da possibilidade não existe autorregulação privada nas empresas públicas, tornando impossível a implementação do modelo tradicional de *compliance*.⁵¹

No mais, Susan Rose-Ackerman aponta que as empresas públicas são reguladas pelos princípios do direito administrativo, que são completamente distintos dos princípios de autonomia e autocontrole, que fundamentam a estrutura das empresas privadas. Ademais, como já apontamos, empresas públicas não podem ser sujeito ativo de delitos, logo, sob o ponto de vista da possibilidade, não podemos falar em programas de *compliance* ou *criminal compliance* voltados para entidades coletivas de direito público.⁵²

Contudo, quando analisamos sob outro ponto de vista, é manifesta a necessidade de estabelecer um sistema de controle de riscos e proteção aos bens jurídicos que estão a mercê da atividade exercida pelas empresas públicas.

Apesar das empresas públicas não responderem criminalmente por seus atos, seus agentes públicos podem ser imputados criminalmente. Dessa forma, é necessário criar mecanismos para prevenir abusos e excessos praticados por agentes públicos no exercício das atividades prestadas por empresas e entidades estatais.

O objeto desses programas de prevenção de riscos pode ser a falta de preparo, a burocracia e a deficiência na prestação do serviço público. No mais, uma das principais razões que torna necessário a implementação de medidas de *compliance* nas empresas públicas, diz respeito a

⁵⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.203

⁵¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.204-205

⁵² ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government. Causes, consequences and reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.40-41

necessidade de estabelecer padrões de comportamento que tenham por finalidade evitar a corrupção em órgãos públicos.⁵³

Em muitos países empresas públicas praticam atividades que podem colocar em risco bens jurídicos essenciais a existência humana. Muitas empresas públicas exploram recursos econômicos essenciais como petróleo e gás natural, podendo uma conduta irresponsável dos agentes que trabalham nessas entidades acarretar graves riscos e danos à bens jurídicos como o meio ambiente ou a vida. Nesses casos, ainda que não se possa falar em imputação penal da empresa pública, é necessário estabelecer critérios que norteiam o comportamento dos agentes públicos que, inclusive, podem ser penalmente responsabilizados.⁵⁴

Dessa forma, apesar de não ser possível falar em *compliance* decorrente do poder de autorregulação privado nas empresas públicas, é necessário discutir a implementação de programas semelhantes, ainda que com outra nomenclatura ou com outro fundamento que não sejam os princípios do direito privado.⁵⁵

Compete ao próprio Estado, através da lei, promover essas medidas de prevenção, fundado, inclusive, nos princípios que regem a administração pública, como os princípios do interesse público e da eficiência da prestação.⁵⁶

Nieto Martin observa que é da própria natureza da atividade pública a busca pela ética, a eficiência e a prevenção de riscos aos bens jurídicos relevantes para a sociedade, sendo plenamente necessário estabelecer, através da lei e do poder discricionário, ainda que limitado, das entidades públicas, um código de conduta dos seus agentes, mesmo que não receba, formalmente, nome de *compliance*.⁵⁷

⁵³ ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corruption and government. Causes, consequences and reform**, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.56

⁵⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.210

⁵⁵ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.56

⁵⁶ *ibidem*, p.57

⁵⁷ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.45

No Brasil o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da responsabilidade penal da empresas públicas com modelos de gestão privado, razão pela qual é plenamente possível a adoção de modelos de *criminal compliance* por essas instituições.⁵⁸

2.5 PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* E CRIMES AMBIENTAIS

Um dos principais desafios dos últimos séculos é conciliar uma política eficiente de proteção ambiental com um crescimento econômico capaz de sustentar as necessidades da sociedade moderna.

A necessidade de estabelecer esse balanceamento, entre crescimento econômico e proteção ambiental, tem esbarrado na máxima de que a proteção ambiental é preterida quando diante do desenvolvimento industrial.⁵⁹

Inúmeras são as razões para a formação desse paradigma equivocado de pensamento que privilegia a economia ao meio ambiente e, a primeira delas, é o mau hábito ambiental estimulado pelas leis de concorrência e pelo mercado.⁶⁰

O capitalismo desenfreado, que coloca o lucro como uma máxima absoluta, não consegue inspirar a necessidade de preservar o meio ambiente e elevar essa necessidade de preservação ao mesmo patamar da proteção aos ecossistemas.⁶¹ Até se vislumbra a possibilidade de proteger o ambiente, desde que isso não atrapalhe o dogma capitalista do lucro ilimitado e da acumulação de riqueza.⁶²

⁵⁸ Recurso Especial n. 331.929/SP, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Felix Fischer

⁵⁹ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance* criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.25

⁶⁰ WOLFRUM, Rudiger. **Means of ensuring compliance with enforcement of international environmental law**. Boston: Brill, 2008, p.33

⁶¹ WOLFRUM, Rudiger. **Means of ensuring compliance with enforcement of international environmental law**. Boston: Brill, 2008, p.34

⁶² BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.165

O concorrência e as leis do mercado criaram a cultura de que a proteção ambiental é secundária diante da vantagem econômica em relação a concorrência.⁶³

Outro elemento constitutivo desse paradigma é o baixo nível de consciência ambiental. Mesmo com o avanço dos estudos referentes ao impacto ambiental das atividades industriais, uma grande parcela da população não tem acesso ou não tem interesse em questões ambientais.⁶⁴

Além desse baixo nível de consciência ambiental, pode ser apontada como uma terceira causa, a ausência da eficácia de regulação e fiscalização dos riscos e danos ambientais em todo o mundo.⁶⁵

A maioria dos países falha em fiscalizar e combater as medidas que provocam danos ao meio ambiente, seja na proteção da água, na qualidade do ar, na preservação do solo, da fauna e da flora ambiental.

A principal consequência disso é o gigantesco dano ambiental ocasionado pela atividade empresarial, seja pelo funcionamento da própria atividade econômica da empresa, seja pela ocorrência de acidentes que poderiam ser evitados.⁶⁶

Gary Becker observa que as Constituições modernas e, como consequência, a legislação infraconstitucional, na tentativa de responder a essas lesões, elevou o bem jurídico ambiental a condição de direito transindividual, que necessita da proteção estatal.⁶⁷

⁶³ GRACIA MARTÍN, Luis. **La cuestión de la responsabilidad penal de Olas propias personas jurídicas**. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.56

⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. **La cuestión de la responsabilidad penal de Olas propias personas jurídicas**. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.57

⁶⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.167

⁶⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.166

⁶⁷ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.54

Como consequência, os tradicionais programas de *criminal compliance*, que historicamente são aplicados para coibir as práticas de corrupção, passaram a se debruçar sobre a prevenção de crimes ambientais.⁶⁸

Independente da imputação penal de responsabilidade, os programas de *criminal compliance* servem como um mecanismo eficaz de proteção ao meio ambiente. Tornando as empresas co-responsáveis pela preservação do ecossistema onde estão inseridas.

2.6 PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* APLICADOS AO DIREITO PENAL AMBIENTAL

2.6.1 Avaliação de gestão de risco

O primeiro e mais importante programa de *criminal compliance* aplicado ao direito ambiental é a avaliação de gestão de riscos.

A noção de risco e perigo possui uma estreita relação com dois elementos essenciais dos modelos de *Criminal Compliance*, a previsibilidade e o dano ambiental.

Toda lesão ambiental resulta de um risco, que decorre sempre da decisão de alguém. Por essa razão ocorre a imputação de responsabilidade penal daquele indivíduo e, como consequência, da empresa onde o sujeito atua.

É por esse motivo que sempre que um risco é identificado é necessário que a organização tome uma decisão para evitar que esse risco se converta em uma lesão à um bem jurídico. Identificado o risco ambiental uma decisão deve ser tomada para evitar o dano ao meio ambiente. O risco pode ser sempre evitado por uma decisão eficiente, inspirada em modelos de prevenção de dano.

Uma importante decisão, para que seja efetuada uma eficiente gestão de riscos, é a escolha da pessoa ou da equipe que vai lidar com os riscos que, eventualmente, sejam identificados na gestão empresarial.

⁶⁸ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.23

O primeiro passo desse grupo de gestão é identificar os riscos (ambientais por exemplo) através da aplicação de conhecimento técnico, pressuposto extremamente importante para a escolha do corpo de membros da equipe de gestão de riscos.

Esse processo de identificação deve ter uma estreita relação com a atividade exercida pela organização, devendo a equipe de gestão identificar os riscos que se manifestam conforme a complexidade da sociedade empresária que investiga.

Essa análise tem como objetivo permitir deslocar recursos da empresa para a prevenção e controle dos riscos apontados pela equipe de gestão e, após esse mapeamento, permitir que os gestores adotem medidas de redução desses riscos.

Ao elaborar a avaliação de gestão de riscos a equipe técnica deve delimitar a responsabilidade de cada colaborador da empresa, de acordo com a sua atividade e sua relação com o risco decorrente de sua função.

Essa relação de individualização do risco com a hierarquia e as funções exercidas pelos colaboradores da empresa é extremamente importante para mapear, com precisão, as atividades mais arriscadas dentro da complexidade de funções dentro das sociedades empresariais.

Também é relevante observar a importância da equipe técnica, que vai elaborar o programa de gestão de riscos, ser formada por profissionais multidisciplinares, que tenham uma percepção multidimensional da prevenção de riscos.⁶⁹

É importante, por exemplo, que a equipe conte com profissionais de criminologia que tenham a capacidade de identificar os potenciais delitos que podem decorrer dos riscos constatados na sociedade empresárias.

O especialista em criminologia pode identificar os fatores criminológicos associados ao tipo criminal que pode se manifestar, de acordo com a modalidade de atividade exercida pela organização. O profissional pode fazer uma análise quanto ao perfil do sujeito ativo de crimes ambientais dentro da estrutura da empresa e das condições que motivam e contribuem para a ocorrência desses delitos, sugerindo medidas para minorar a potencialidade da ocorrência desses ilícitos penais.

A equipe de gestão deve identificar as fontes dos riscos mapeados, tendo consciência de que a origem desses riscos pode ser interna ou externa.

⁶⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.87

São riscos internos aqueles que derivam da própria atividade da empresa. Por outro lado os riscos externos são aqueles que decorrem da atividade dos colaboradores e representantes da sociedade empresarial.⁷⁰

Essa identificação tem como objetivo evitar a responsabilização penal da empresa, ou minorar uma eventual sanção aplicada, em decorrência da demonstração judicial de que a organização não podia evitar o desvio de conduta do seu representante, na conformidade com o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado pelo legislativo de cada Estado.

Por fim, a doutrina tem estabelecido que os modelos de avaliação e gestão de riscos devem ser sistematizados em duas fases, a primeira é chamada de *risk assesment* e a segunda etapa recebe o nome de *risk management*.⁷¹

A primeira etapa consiste na identificação do risco, e deve ser exercida em três passos. No primeiro a equipe de gestão deve fixar os objetivos do programa, determinando os setores e as atividades da empresa que serão objeto do *compliance criminal*.

Após fixar os objetivos do programa, a equipe de gestão deve identificar os possíveis delitos que possam ocorrer no setor ou atividade delimitada no momento anterior.

Esse processo de identificação dos possíveis crimes perpassa pela identificação dos riscos de lesão ao bem jurídico tutelado pelos tipos penais, no caso do recorte desta pesquisa, os tipos penais ambientais.

Por fim, encerrando a etapa de *risk assesment*, cabe a equipe de gestão avaliar a potencialidade dos riscos identificados. Nesse momento é importante identificar os riscos que são toleráveis (riscos residuais) e os riscos que são intoleráveis e precisam ser submetidos ao programa de *criminal compliance*.⁷²

⁷⁰ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance criminal***. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.140

⁷¹HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.101

⁷² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.101-102

Finalizado esse procedimento é iniciada a etapa de *risk management*, quando a equipe de gestão vai apresentar medidas a serem implementadas com a finalidade de minorar e prevenir os riscos da ocorrência dos delitos identificados.⁷³

Também faz parte do *risk management* garantir um sistema de reavaliação de riscos que possibilita manter o programa de *criminal compliance* sempre atualizado.⁷⁴

Tão importante como implementar um programa de gestão é estabelecer instrumentos para a constante atualização e revisão dos programas implementados.

Diante disso, é manifesta a importância de um programa de avaliação e gestão de riscos ambientais, sempre tendo como objetivo impedir ou minorar a responsabilidade penal da empresa e proteger o meio ambiente.⁷⁵

2.6.2 Código de conduta e gestão ambiental

Além do programa de avaliação de gestão de riscos é importante a implementação de um programa de *criminal compliance* com a finalidade de elaborar um código de conduta e gestão ambiental para contribuir com a prevenção de riscos de dano ao meio ambiente.

Esse código de conduta tem como princípio fundamental a aplicação do binômio responsabilidade social da empresa e o perfil denominado *good corporate citizenship*.

O objetivo é elaborar uma declaração de valores éticos e ambientais da organização, promovendo e organizando o comportamento dos representantes e colaboradores da empresa, criando um padrão de conduta que tenha como fundamento a preservação e o respeito ao meio ambiente equilibrado.

O programa deve estabelecer um modelo de comportamento a ser exercitado pelos colaboradores da organização diante do exercício da especificidade e da complexidade do conjunto de atividades praticadas por cada indivíduo na estrutura empresarial.⁷⁶

⁷³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.102

⁷⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.103

⁷⁵ ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Barcelona: Enero, 2012, p.23

⁷⁶ ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Barcelona: Enero, 2012, p.30

A finalidade secundária é estabelecer regras objetivas de como o agente deve agir diante do exercício de funções que implementam o risco ao meio ambiente, constituindo manifesta modalidade de autoregulação da organização empresarial.⁷⁷

A literatura jurídica apresenta um série de modelos de código de conduta que podem ser observados no caso concreto, sendo que o mais comum é o modelo voluntário.

Nesse modelo, cada empresa, diante das suas particularidades e valores, elabora o seu código de conduta, definindo o padrão de comportamento dos seus colaboradores.

Outro modelo comum nos Estados Unidos e na Inglaterra é o código de conduta intergovernamental. Nesses países o Estado estabelece os padrões mínimos de comportamento que devem ser estimulados e adotados nos programas de *compliance* das empresas.⁷⁸

Um terceiro modelo, também muito adotado nos Estados Unidos, é o chamado *stakeholders*, ou código de múltiplas partes interessadas, que constitui em um código de conduta pactuado entre diversas entidades empresariais e sociais. É o caso de um código de conduta pactuado entre empresas, ou entre empresas e sindicatos, organizações, federações de empresas etc.⁷⁹

A doutrina ainda aponta o modelo de múltiplos códigos de conduta, permitindo a uma empresa implementar diversos subcódigos de conduta, regulando setores específicos da organização, estabelecendo, por exemplo, códigos separados para regular o uso dos sistemas de informática, o uso de equipamento de proteção ou modelos de comportamento que busquem evitar assédio moral ou sexual.⁸⁰

Na prática, esses modelos de contrato de gestão sempre buscam estimular comportamentos com a finalidade de combater a corrupção, de estimular a observação de direitos humanos, a proteção de dados e da confidencialidade, além de promover a ética e o cumprimento da legislação ambiental.

⁷⁷ SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline. **Principles of International Environmental Law**. 3.ed. New York: Cambridge University Press, 2012, p.31

⁷⁸ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.98

⁷⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.107-108

⁸⁰ ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Barcelona: Enero, 2012, p.166

A existência desse modelo de *criminal compliance* contribui para o aumento da credibilidade social da empresa, associando a imagem da organização com padrões éticos e ambientais.⁸¹

É importante observar que esses códigos de conduta devem estabelecer sanções administrativas para permitir a aplicação de medidas disciplinares àqueles subordinados que violem o padrão de conduta estabelecido por esse programa de *criminal compliance*.⁸²

2.6.3 Sanções internas direcionadas a proteção ambiental

O terceiro programa de *criminal compliance*, eficaz para tutela do meio ambiente, é o programa de sanções internas direcionadas a proteção ambiental.

Esse programa decorre da necessidade de adoção de um sistema de sanções internas para aqueles que violem as regras de *criminal compliance* adotadas pela empresa.

A finalidade é demonstrar que, para a organização, o cumprimento da norma é tão importante quanto os resultados econômicos da atividade empresária e fortalecer a credibilidade ética da sociedade coletiva.⁸³

Acontece que algumas ponderações são necessárias para evitar vicissitudes que eventualmente podem deformar esse programa, tendo como consequência uma redução da credibilidade ética da organização.

É necessário perceber que existem duas formas de implementar esse programa de *compliance*, um modelo eficaz e um modelo que pode levar a violação de algumas garantias que são inalienáveis. A doutrina aponta um modelo de programa de sanção denominado sistema de vigilância, que adota um paradigma de controle permanente das condutas praticadas pelos representantes da empresa.⁸⁴

⁸¹ SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline. **Principles of International Environmental Law**. 3.ed. New York: Cambridge University Press, 2012, p.44

⁸² NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.101

⁸³ ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p.33

⁸⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.110

Essa paradigma de *criminal compliance* é perigoso, podendo se converter em um mecanismo de violação de direitos fundamentais ao autorizar o monitoramento desproporcional da intimidade dos subordinados. Constitui exemplo de modelos reprováveis de vigilância, a possibilidade da empresa ter acesso aos e-mails institucionais e as mensagens trocadas entre funcionários da entidade, além da prática de monitorar a navegação dos colaboradores na internet, implementar um programa de revista corporal e vigilância eletrônica das atividades dos representantes da organização.⁸⁵

Melhor modelo é a adoção do chamado sistema da cultura da legalidade que, ao invés de implementar programas de vigilância, pretende educar os representantes da empresa criando uma conscientização da necessidade de seguir as leis e evitar a prática de ilícitos, preservando, como consequência, os bens jurídicos relevantes, dentre eles o meio ambiente.

Outro fator importante é que qualquer programa de *criminal compliance* ambiental que tenha como objeto implementar sanções internas, deve levar em consideração o princípio da legalidade.⁸⁶

Isso significa que as normas de padrão de comportamento devem ser taxativamente dispostas e que as sanções devem ser expressamente e anteriormente documentadas.

É necessário evitar normas que imputem sanções subjetivas, criando uma sensação de segurança jurídica nos colaboradores e representantes submetidos a elas.

Também é necessário que fique claro quais condutas e riscos são tolerados e quais são consideradas intoleráveis. Quais possuem potencial de risco ambiental e quais condutas não possuem. Elaborando, inclusive, um sistema de agravantes e atenuantes na dosimetria da sanção que leve em consideração a maior e menor reprovabilidade da conduta executada pelo agente e o grau da intensidade do dano ao meio ambiente.

No direito penal americano é previsto o instituto da *reverse wistleblowing* (*RWB*), que permite que uma empresa reúna provas contra seu subordinado com a finalidade de permitir a ade-

⁸⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.97-99

⁸⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.104-105

são a programas de leniência que promovem a isenção ou minoração da responsabilidade criminal da organização.⁸⁷

A doutrina recomenda, que as sanções internas que versem sobre a prática de crimes ambientais, tenham um caráter de educação ecológica, determinando, como exemplo, a obrigação do subordinado frequentar cursos sobre a necessidade de observar a importância de políticas ambientais. Outra hipótese seria a aplicação de sanções simples, como promover o reflorestamento, replantar uma árvore, participar de programas de reciclagem, limpeza do ambiente e do solo etc.⁸⁸

A finalidade da sanção deve ser promover uma consciência ambiental e demonstrar a intolância da empresa com a prática de delitos ambientais.

2.6.4 Sistema de investigação interna

Outro importante programa de *criminal compliance*, aplicado a previsão de delitos contra o meio ambiente, é a criação de um sistema de investigação interna.

Esse programa tem como finalidade estabelecer mecanismos para que a empresa possa exercer certo poder de investigação interna dos seus subordinado, objetivando a apuração da prática de delitos, dentre eles, os crimes contra o meio ambiente.⁸⁹

Em verdade, esse programa pode ser aplicado tanto na suspeita de violação das regras de *compliance* da empresa, quanto na eventual suspeita da prática de um ilícito criminal na organização.

⁸⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.110

⁸⁸ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.112

⁸⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.120

É importante estabelecer a diferença entre as medidas de controle interno e as medidas de investigação interna. As medidas de investigação são eventuais, tem natureza de reação, sendo invocada apenas se existir a suspeita de prática ilegal.⁹⁰

Por outro lado, as medidas de controle interno são permanentes e tem um caráter preventivo. É o exemplo das auditorias mantidas com a finalidade de prevenir a prática delitiva.

Em modelos eficientes de programas de *criminal compliance*, quando os instrumentos de controle interno identificam a suspeita do cometimento de um crime, acionam os mecanismos de investigação interna para elucidar o fato, identificando, se for o caso, elementos de autoria e materialidade do cometimento de um ilícito penal.⁹¹

A doutrina também aponta a necessidade de diferenciar investigação preliminar dos procedimentos de investigação interna em sentido estrito.

Duas são as razões para a implementação dessa experiência. Em primeiro lugar, para evitar a instauração de procedimentos de investigação interna desnecessários evitando o constrangimento dos subordinados da organização.

Antes de se instaurar qualquer investigação, deve a sociedade empresária produzir uma investigação preliminar, com o objetivo de reunir indícios mínimos de autoria e materialidade delitiva.⁹²

A segunda razão que torna esse procedimento importante, decorre do risco de criar uma reputação negativa e desnecessária para a empresa. O mercado não valoriza positivamente uma empresa que passou por diversos procedimentos de investigação criminal interna, de modo que esses procedimentos devem ser implementados em *ultima ratio*, ou seja, apenas se o uma investigação preliminar reunir fortes indícios da prática do ilícito criminal.⁹³

⁹⁰ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia.** Melbourne University Law Review, v. 30, 2006, p.91

⁹¹ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia.** Melbourne University Law Review, v. 30, 2006, p.91

⁹² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.89

⁹³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.93

Outro ponto que merece cautela é que a instauração de procedimentos de investigação sem lastro probatório mínimo, pode acarretar na imputação de responsabilidade civil e penal da empresa em face ao subordinado constrangido com procedimentos dessa natureza.

Dessa forma, cabe ao programa de *criminal compliance* elaborar códigos de investigação interna prevendo os mecanismos e procedimentos de investigação de forma clara, transparente e objetiva.⁹⁴

Essas codificações devem garantir o devido processo, fixando, taxativamente, as etapas dos procedimentos de investigação criminal conduzidos pela empresa.

Esses códigos devem garantir o sigilo e a transparência da investigação, minimizando os riscos de violação de qualquer direito fundamental do investigado.

Essas normas devem estabelecer limitações no poder da investigação da empresa, garantindo sempre a aplicação do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do órgão investigador.

Essas normas de garantia devem, expressamente, impedir a violação de qualquer direito constitucional do investigado, sob pena de tornar ilícito o procedimento.

Durante a investigação interna é de suma importância que se adote uma postura de cautela, buscando evitar a produção de provas ilícitas que, eventualmente, podem provocar a anulação de futuros processos judiciais fundamentado nessas investigações.

A violação de um direito material no curso de uma investigação interna pode, pela aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, contaminar e provocar a extinção de um processo penal fundamentado em provas produzidas ilegalmente.⁹⁵

É sempre importante observar que a empresa deve adotar uma postura de primazia da prevenção de delitos diante da cultura da punição desproporcional. Significa dizer que, em todas as

⁹⁴ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.79

⁹⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.122-123

investigação internas, o programa de *compliance criminal* deve estimular a confissão do investigado.⁹⁶

O objetivo é premiar com a anistia o investigado que colaborar com a elucidação do fato. Uma postura punitivista da organização pode dificultar a compreensão dos riscos da empresa e, como consequência, dificultar a implementação de protocolos de prevenção para a reincidência delitiva. Uma confissão premiada pode ajudar a identificar e prevenir o risco da ocorrência de crimes da mesma natureza no futuro.⁹⁷

Ao final do procedimento de investigação, a empresa deve publicar um relatório apresentando as conclusões da investigação criminal. Mais uma vez, para preservar o princípio da presunção da inocência, que decorre do exercício constitucional da ampla defesa, a empresa não deve tornar público esses relatórios, salvo se resultarem na constatação da materialidade delitiva.⁹⁸

Investigações internas bem elaboradas podem fundamentar ações penais promovidas pelo Ministério Público, sem a necessidade de instaurar procedimentos de investigação policial ou ministerial.

O inquérito policial é procedimento facultativo, sendo necessário apenas nos casos em que é necessário reunir indícios de autoria e materialidade para o oferecimento da ação penal. Se uma investigação interna conseguiu reunir autoria e materialidade da prática de um crime ambiental, o Ministério Público deve oferecer diretamente a denúncia.

No mais a doutrina aponta que o principal objetivo da investigação interna é provar que o crime não ocorreu e, se ocorreu, isentar ou minorar a responsabilidade da empresa pela prática do delito ambiental.⁹⁹

⁹⁶ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia.** Melbourne University Law Review, v. 30, 2006, p.122

⁹⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.129

⁹⁸ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance.** Corporate Governance v. 6, n. 3, 2006, p.125

⁹⁹ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance.** Corporate Governance v. 6, n. 3, 2006, p.129

Por fim, a investigação também existe com a finalidade de fornecer informações ao Estado, seja através da notícia de um crime, seja quando for demandado pelos órgãos de persecução penal.

2.6.5 Gestão de conhecimento

Extremamente relacionado com os mecanismos de investigação interna, o programa de gestão de conhecimento é essencial em qualquer modelo de *criminal compliance*. Essencialmente esse programa de *criminal compliance* estabelece a necessidade de elaborar um mecanismo interno de compartilhamento de informações dentro da organização.

O principal objetivo é evitar, através da implementação de um sistema de compartilhamento eficiente de informações, falhas no sistema de *compliance* da empresa.

Consiste também em um modelo de demonstração do uso da informação como prova da efetividade dos programas de *criminal compliance* da entidade coletiva, atestando a importância da informação e da transparência como um critério capaz de constituir valor positivo a reputação da organização.¹⁰⁰

A gestão do conhecimento tem como objetivo secundário facilitar o exercício da defesa da organização, na eventualidade de uma ação judicial, reunindo e mantendo em sua posse documentos que possam servir de prova judicial.

Da mesma forma, através dessa modalidade de *criminal compliance*, a empresa passa a ter maior capacidade de responder as demandas estatais, seja no papel de denunciar a prática de crimes ou quando notificada pelos órgãos oficiais para prestar esclarecimentos.¹⁰¹

A doutrina aponta quatro aspectos importantes da gestão de informação dentro da empresa, sendo que o primeiro deles é a importância da transmissão do conteúdo dentro da empresa, ou seja, o acesso fácil da informação.¹⁰²

¹⁰⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.144

¹⁰¹ PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. **Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia**. Melbourne University Law Review, v. 30, 2006, p.88

¹⁰² LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. Corporate Governance v. 6, n. 3, 2006, p.131

Todos os representantes e subordinados devem ter a capacidade de acessar as informações de gestão que circulam dentro da empresa, sendo de extrema importância a implementação de um canal de comunicação eficiente entre os graus mais altos da hierarquia empresária e as bases da pirâmide organizacional.¹⁰³

O segundo aspecto diz respeito a necessidade da informação contribuir para que as regras e normas da instituição sejam assimiladas.

É importante prezar por uma linguagem clara, pela instrumentalização e uso de informativos voltados para todos os representantes e colaboradores da empresa, com constante e periódica atualização.

No que tange ao terceiro aspecto da importância desse modelo de *compliance*, a gestão de informação deve permitir denunciar comportamentos irregulares dentro da empresa.

Administrar a informação é também garantir a existência de canais anônimos, seja através da implementação de um sistema eficiente de denúncias anônimas, seja através da implementação de questionários periódicos, onde os colaboradores possam auxiliar na prevenção dos atos ilícitos, através das suas experiências pessoais dentro da empresa.¹⁰⁴

Através de um sistema eficaz de colaboração, os representantes da empresa são capazes de fornecer uma ajuda, no que tange ao mapeamento dos riscos das atividades exercidas individualmente e coletivamente na organização empresária.¹⁰⁵

Ademais esse programa pode contribuir com o fornecimento de matéria de defesa para a empresa demandada judicialmente, podendo servir como prova de culpa exclusiva, ou concorrente, do subordinado da empresa.

¹⁰³ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.76

¹⁰⁴ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.77

¹⁰⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.153

Em paralelo ao programa de gestão de informação é necessário implementar mecanismos para garantir a proteção das informações colhidas, evitando publicidade externa e prejudicial à reputação e os negócios da empresa.

Também é importante assinalar que, em demandas judiciais contra a pessoa coletiva, essas informações podem se tornar mecanismos de cooperação que, eventualmente, podem servir como atenuantes de responsabilidade.

Um debate interessante diz respeito a obrigatoriedade do responsável ou colaborador da empresa fornecer informações para o programa de *criminal compliance*. Existe essa obrigatoriedade?

Conforme já mencionado, os sistemas de investigação interna devem prezar pela garantia dos direitos constitucionais de todos os envolvidos nas relações da empresa. A violação dessas garantias podem ensejar em uma prova ilícita, que terá o condão de anular uma eventual ação judicial decorrente dela.¹⁰⁶

Uma das principais garantias do sistema constitucional democrático diz respeito ao princípio da proibição a autoincriminação. Através do referido princípio ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Essa máxima constitucional veda que as empresas obriguem seus subordinados a apresentarem informações que possam servir de prova criminal contra esses subordinados.

Dessa forma, é impossível a implementação de qualquer medida de *criminal compliance* que torne obrigatória a prestação dessas informações, ainda que o direito do trabalho possa estabelecer essa negativa como uma justificativa para o desligamento do funcionário.¹⁰⁷

2.6.6 Ecoauditorias e certificações

Atestada a importância do programa de gestão de informação, surge a necessidade de discorrer sobre os programas de *criminal compliance* denominados ecoauditorias e certificações. Esses programas buscam identificar falhas nos procedimentos das empresas para que sejam implementadas correções e aperfeiçoamentos.

¹⁰⁶ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006, p.139

¹⁰⁷ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.68

As auditorias buscam identificar atividades de risco e irregularidades na organização, as ecoauditorias são especializadas na identificação de riscos e irregularidades que podem acarretar em danos ao meio ambiente.¹⁰⁸

As ecoauditorias devem constituir uma prática periódica de qualquer atividade empresarial, efetuando uma análise global para ajustar e melhorar os demais programas de *criminal compliance* da empresa.¹⁰⁹

Essas auditorias devem ser públicas e de conhecimento aprovado pela diretoria da empresa, que deve salvaguardar autonomia e independência dos auditores que podem ser agentes da instituição ou de terceiros.¹¹⁰

É de suma importância que sejam fornecidos aos auditores o acesso a todo tipo de informação e documentos da empresa, mesmo aqueles de caráter sigiloso. É através dos mecanismos de informação que os auditores serão capazes de implementar o melhor serviço de prevenção.

As ecoauditorias são um instrumento extremamente eficaz, servindo de importante auxílio para que os dirigentes da organização possam saber identificar os riscos de violação ao meio ambiente e estabelecer políticas de prevenção e proteção ambiental.¹¹¹

Ao lado as auditorias estão os protocolos de certificação. As certificações atuam como um sistema de verificação, buscando atestar a qualidade dos programas de *criminal compliance* da empresa, servindo como um selo de qualidade capaz de atestar a confiança e a qualidade da instituição.¹¹²

¹⁰⁸ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. **Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p.65

¹⁰⁹ MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **La certificación de los programas de cumplimiento** In SARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013

¹¹⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.132

¹¹¹ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006, p.148

¹¹² ROTSCHE, Thomas. **Criminal Compliance**. Barcelona: Enero, 2012, p.40

Uma empresa certificada por um órgão ambiental agrega valor a sua marca como instituição que respeita o meio ambiente, principalmente em um mercado global que tem, gradativamente, dado relevância a esse tipo de postura.¹¹³

Legalmente as consequências jurídicas da certificação vai depender do modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica no estado em que esta se desenvolve.

Nos sistemas em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser isentada com relação a pessoa jurídica, a certificação é um importante atestado de afastamento de responsabilidade criminal.¹¹⁴

Mesmo sendo um importante meio de prova, a certificação, sozinha, não deve servir para isentar a responsabilidade penal. É necessário, dentro do caso concreto, valorar todo o conjunto probatório de elementos para valorar a conduta da pessoa jurídica, principalmente quando da ocorrência de um crime ambiental.¹¹⁵

Diversas são as razões para esse alerta em não tratar a certificação como uma prova absoluta de isenção de responsabilidade penal. É sempre bom lembrar que a responsabilidade penal é sempre do fato e nunca da pessoa. O fato de alguém dispor de um diploma, ou atestado, de boa conduta até pode servir como um critério de minorante de pena, mas nunca de isenção de responsabilidade de um fato, que ainda que isoladamente, tenha sido praticado.¹¹⁶

Também é importante lembrar que programas de certificação são caros, o que consistiria um benefício penal que seria restrito apenas as grandes empresas, violando claramente qualquer concepção de igualdade e equidade que deve fundamentar qualquer sistema jurídico democrático.¹¹⁷

¹¹³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.134

¹¹⁴ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.195

¹¹⁵ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006, p.151

¹¹⁶ LAUFER, William. **Illusions of compliance and governance**. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006, p.152

¹¹⁷ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.195-196

No caso concreto é sempre necessário verificar a seriedade do programa de certificação, analisando os antecedentes da instituição certificadora, para que seu atestado possa ser utilizado de forma legítima em um processo judicial.

2.6.7 Aprimoramento periódico

Finalmente, resta tratar dos programas de aprimoramento periódico. Esses programas de *criminal compliance* consistem em estabelecer sistemas de monitoramento e revalidação dos próprios programas de *compliance* da empresa, com a finalidade de buscar as melhores técnicas de identificação e prevenção de riscos, além de fomentar a implementação de um sistema ético de comportamento empresarial.¹¹⁸ A finalidade é garantir que a empresa adote uma postura de constante atualização dos seus procedimentos de *compliance*.

A ausência desse programa pode transformar o *compliance criminal* da empresa em uma série de princípios e idéias que, com o tempo, percam a relevância e a aplicação prática.

É muito comum que esse programas de aprimoramento sejam executados pelas próprias empresas externas de certificação, garantindo um eterno dinamismo dos programas de *criminal compliance*, promovendo a melhor tecnologia possível para garantir o cumprimento efetivo da lei e das melhores culturas de mercado.¹¹⁹

3. TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

3.1 A TUTELA PENAL AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Durante quase toda a história da civilização, a consciência humana não levou em consideração a gravidade e o impacto dos danos ao meio ambiente.

¹¹⁸ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.198-199

¹¹⁹ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.199

Apenas o advento de grandes acontecimentos sociais, como guerras e calamidades naturais, tiveram a capacidade de despertar a consciência humana para questões pertinentes a necessidade de preservar o meio ambiente.

No final da década de 1960, preocupada com o crescimento econômico e com o processo de industrialização ecologicamente predatória, a Suécia propôs à Organização das Nações Unidas (ONU) a realização de uma conferência internacional para discutir os principais problemas ambientais que, naquele momento, já alcançavam uma dimensão global.¹²⁰

Acatada a proposta sueca, em 1972 foi organizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, que teve como consequência a elaboração da Declaração de Estocolmo, contendo vinte e seis princípios que devem nortear o comportamento e a responsabilidade jurídica dos processos decisórios que tenham relevância para a questão ambiental.¹²¹

¹²⁰ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance* criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.18

¹²¹ BESSA ANTUNES, Paulo de. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumem-juris, 1999, p. 21

¹²² “Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

No Brasil, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.983/81, estabeleceu, pela primeira vez na legislação nacional, o conceito de meio ambiente¹²² e a implementação de alguns instrumentos de preservação aos bens jurídicos¹²³ relacionados a questão ambiental.¹²⁴ Posteriormente foi editada a Lei de Ação Civil Pública, lei 7.347/85, que introduziu no direito brasileiro a possibilidade do oferecimento de ação judicial com a finalidade de imputar responsabilidade civil à danos causados ao meio ambiente.¹²⁵

No direito criminal, entrou em vigor a Lei 9.605/98 que, regulando o parágrafo terceiro, do artigo 225¹²⁶ da Constituição Federal, estabeleceu um conjunto de normas jurídicas que impu-

¹²³ O Artigo 9º da lei estabeleceu os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, quais sendo: *I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; II - o zoneamento ambiental; III - a avaliação de impactos ambientais; IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental; IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais; XIII - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros.*

¹²⁴ FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito Penal Ambiental e Reparação de Dano**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.19

¹²⁵ Art. 1º *Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente;*

¹²⁶ Art. 225. *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

tam e regulam a responsabilidade criminal consequente da prática de delitos contra o meio ambiente.¹²⁷

Mais do que estabelecer um simples conjunto de tipos penais, a lei 9.605/98 estabeleceu um sistema de princípios e regras específicas para a imputação de responsabilidade penal, aplicados, tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, que pratiquem um dos delitos tipificados em seu corpo legal.¹²⁸

É importante observar que a Constituição Federal de 1988 implementou no Brasil a possibilidade de imputar responsabilidade criminal à pessoas jurídicas pela prática de delitos ambientais, restando ao legislador infraconstitucional regulamentar o referido dispositivo, como o fez com a edição da lei 9.605/98.¹²⁹

Antes da Constituição, o direito penal brasileiro não admitia a possibilidade de imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica e, a partir do novo texto constitucional e da edição da lei 9.605/98, o tema passou a fomentar debate doutrinário, principalmente em virtude dos princípios da culpabilidade e da individualização da pena, tradicionais ao direito criminal.¹³⁰

Martins Nery aponta que

“Nesse contexto, surgiu solo fértil para debates entre os seguidores da Teoria da Real ou da Realidade, de Otto Gierke, que são partidários da responsabilização da pessoa jurídica, e, de outra parte, os defensores da tese de irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, escudada pela Teoria da Ficção, de Savigny”¹³¹

Ademais, ainda que reconhecida a possibilidade de imputação de responsabilidade criminal à pessoa jurídica, a doutrina passou a questionar os critérios para valorar essa responsabilidade, debatendo novos requisitos para a dosimetria da pena aplicáveis a natureza da pessoa jurídica. Além disso, se discute a possibilidade de aplicação das tradicionais excludentes de responsa-

¹²⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal ambiental: problemas fundamentais**. São Paulo: RT, 1992, p.22

¹²⁸ REALE JUNIOR, Miguel. **A Lei de crimes ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 31

¹²⁹ COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de Direito Penal didático, volume único**. São Paulo: Atlas, 2014, p.52

¹³⁰ GOMES, Luiz Flavio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.13

¹³¹ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.19

bilidade do direito penal - como as excludentes de tipicidade subjetiva - à realidade da pessoa jurídica autora de delitos.¹³²

Diante do debate quanto a tutela penal do meio ambiente no Brasil, alguns autores também apontam que o direito criminal não seria o instrumento adequado para reprimir ilícitos contra o meio ambiente. Helena Regina Lobo sustenta que o estigma do direito penal poderia gerar um dano maior a pessoa jurídica (ou a pessoa física) do que a própria lesão ambiental.¹³³

Em sentido oposto Vladimir Passos de Freitas afirma “a luta na defesa do meio ambiente tem encontrado no Direito Penal um de seus mais significativos instrumentos.”¹³⁴

O autor continua apontando que “Evidentemente, não seria necessário criminalizar condutas se houvesse, por parte da sociedade, a compreensão da importância de preservar o meio ambiente, ética ambiental”¹³⁵

Ana Paula Fernandes Nogueira entende que a tutela criminal é necessária para efetivar a proteção reclamada pelo meio ambiente.¹³⁶

Martins Nery afirma que “A construção de uma tutela criminal fulcrada no aspecto da prevenção do dano é a única forma de coibir a prática de condutas agressoras ao bem ambiental em análise que, caso realizadas, causam uma lesão irremediável”¹³⁷

A autora conclui que “A proteção dos bens ambientais necessita de uma tutela eficaz somente propiciada pelo direito penal”¹³⁸

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica. medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.56-50.

¹³³ COSTA, Helena Regina Lobo da. **Termo de ajustamento de conduta e crime ambiental**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008, p.15

¹³⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito Administrativo e meio ambiente**.3.ed. Curitiba: Juruá, 2002, p.33

¹³⁵ *ibidem*, p.34

¹³⁶ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. **A importância da tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p.58-59

¹³⁷ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.54

¹³⁸ *ibidem*, p.55

Com todas as vênias ao pensamento contrário, não merece prosperar a posição de que o direito penal não deve ser aplicado a tutela ambiental. Os bens jurídicos ambientais são tão importantes, ou até mais importantes, do que os bens jurídicos tradicionalmente tutelados pelas ciências criminais.

O meio ambiente equilibrado é essencial para a vida e a integridade física de toda a espécie humana, tanto das gerações atuais, quanto das gerações futuras. Ademais o direito penal, através dos seus instrumentos particulares, possui uma força repressiva muito mais efetiva do que o direito administrativo e o direito civil.

Fabio Roque Araújo defende que o caráter preventivo do direito penal é essencial para evitar as lesões ao meio ambiente, o que é necessário é estabelecer critérios objetivos e precisos para imputação de responsabilidade pela prática de crimes ambientais, respeitando os princípios fundamentais do direito penal, como a legalidade, a proporcionalidade e a ofensividade.¹³⁹

A tutela penal do meio ambiente pela lei brasileira inova ao trazer para o âmbito penal a proteção ao meio ambiente. Através da legislação constitucional e infraconstitucional a proteção ao meio ambiente passou a ser tríplice, tanto penal, quanto administrativa e cível.

3.2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

A complexidade e a importância dos bens jurídicos ambientais exigiram da doutrina a necessidade de reconhecer a existência de uma criminalidade moderna cuja prevenção e repressão necessitam de uma nova abordagem do direito penal.¹⁴⁰

Mesmo rompendo com o paradigma do direito penal clássico, o legislador brasileiro inseriu a responsabilidade de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, fundamentado na necessidade de proteger o meio ambiente da atividade exercida pelas organizações empresariais.¹⁴¹

¹³⁹ ARAUJO, Fábio Roque. **Peculiaridades do Direito Penal ambiental**. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/11935/9427>

¹⁴⁰ SANCTIS, Fausto Martins de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.61

¹⁴¹ MILARÉ, Edis. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002 p.39

Passados mais de trinta anos da promulgação da carta constitucional brasileira, uma parte considerável da doutrina penal tradicional se opõe a adoção de um modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esses autores sustentam que a responsabilidade penal de uma entidade jurídica violaria os princípios constitucionais da culpabilidade, da pessoalidade e da individualização da pena.¹⁴²

Guilherme José Ferreira aponta que o direito penal é fundado no princípio da culpabilidade, não podendo admitir responsabilidade penal com ausência de dolo e culpa, sob pena de sacramentar a responsabilidade penal objetiva.¹⁴³ Esses autores sustentam que a responsabilidade penal da pessoa jurídica seria inconstitucional.

Entretanto essa posição é minoritária.

A doutrina mais moderna tem defendido a tese da necessidade de superar princípios tradicionais do direito penal diante da urgência de prevenir e combater uma moderna delinquência, impensável na época em que esses princípios foram forjados.¹⁴⁴

O mundo moderno tem passado por grandes transformações e, sendo o direito uma ciência dinâmica, deve acompanhar essas mudanças, sob pena de dificultar o próprio desenvolvimento da sociedade humana.

É interessante que a doutrina contrária a responsabilidade penal da pessoa jurídica se restringe, quase que exclusivamente, aos países que adotam um sistema penal codificado, existente na Europa Continental e na América Latina. A doutrina penal dos países que adotam o *common law* não reconhece qualquer obstáculo em responsabilizar a pessoa jurídica.¹⁴⁵

¹⁴² SILVA, Guilherme José Ferreira da. **Incapacidade criminal da pessoa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.12

¹⁴³ *ibidem*, p.14

¹⁴⁴ SOUZA NETO, Christiano. **Breves reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais**. Curitiba: Juruá, 2003, p.19

¹⁴⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.33

Gomes-Jara Díez observa que diversos países adotaram a possibilidade de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, dentre eles se destacam a Inglaterra, os Estados Unidos, a França e Portugal.¹⁴⁶

O autor sinaliza, inclusive, que países como a França, que tradicionalmente não aceitava a possibilidade de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, passou a admitir essa possibilidade. Desde 1984 a lei francesa tem admitido a responsabilidade penal da pessoa jurídica, adotando um sistema de responsabilidade que exige a demonstração de dolo ou culpa do representante da organização empresária. A finalidade é evitar a responsabilidade penal objetiva (sistema da heterorresponsabilidade penal) ¹⁴⁷

Não obstante o debate doutrinário, a Constituição Federal do Brasil admite, expressamente, no artigo 225, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Dessa forma o legislador infraconstitucional, ao disciplinar a matéria na lei 9.605/98, estava autorizado pelo mandamento constitucional.¹⁴⁸

No Brasil não se admite a tese de inconstitucionalidade do texto constitucional originário. Prevalece no constitucionalismo nacional a tese de que o poder constituinte originário é ilimitado e desprovido de qualquer requisito material ou formal. ¹⁴⁹ Desta forma seria impossível sustentar a inconstitucionalidade do artigo 225 da Constituição brasileira.

Diante disso, Cezar Roberto Bittencourt não considera o artigo 225 inconstitucional, mas tece profundas críticas a redação da lei 9.605/98, principalmente na ausência de previsão de regras

¹⁴⁶ GÓMES-JARA DÍEZ, Carlos. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.U.U.**Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006, p.67

¹⁴⁷ *ibidem*, p.68

¹⁴⁸ Existe outro dispositivo constitucional que responsabiliza a pessoa jurídica, deste vez no artigo 173 da carta magna. O referido artigo prevê a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular. Acontece que o referido instrumento jamais foi regulamentado pela legislação infraconstitucional brasileira.

¹⁴⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição 1988, v. 1 - art. 1º a 5º.** São Paulo: Forense Universitária, 1997

na parte geral do código penal quanto a dosimetria da pena a ser aplicada à pessoa jurídica autora de crimes ambientais, além da falta de normas processuais penais quanto a matéria.¹⁵⁰

Os tribunais superiores do Brasil, desde o advento da lei de crimes ambientais tem reconhecido a constitucionalidade e a aplicação do dispositivo, não obstante o protesto de parte da doutrina.¹⁵¹

Servinska observa que a Constituição brasileira inovou o sistema jurídico nacional ao introduzir a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O autor observa que o constituinte agiu corretamente, uma vez que os maiores agressores do meio ambiente são as empresas que, através da atividade industrial, poluem a atmosfera, a água e/ou o solo, comprometendo a saúde humana e o meio ambiente.¹⁵²

Lacey afirma que “as mais graves ofensas, os mais expressivos perigos ao meio ambiente não promanam da pessoa individualmente considerada, já que são causadas pela e através da pessoa jurídica.”¹⁵³

No prática a imputação responsabilidade penal da pessoa jurídica se tornou uma realidade no poder judiciário brasileiro e, como consequência, acabou estimulando as empresas a adotarem programas de *compliance criminal* em matéria ambiental.

Martins Nery observa que a imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica faz nascer no Brasil o conceito de “*criminal compliance*, como atividade indispensável à redução de riscos, ou redução dos prejuízos e danos, no desempenho das mais diversas atividades econômicas, e, até começando a enveredar para o direito ambiental”¹⁵⁴

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. In: GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51-53

¹⁵¹ No Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n. 234.382/SP, Relator Ministro Felix Fischer. No Supremo Tribunal Federal Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 63,746/ES, Relator Min. Cezar Peluso.

¹⁵² SIRVINKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605/98**. São Paulo: Saraiva, 2004

¹⁵³ LACEY, Eládio. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.36

¹⁵⁴ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance criminal***. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.54

Quanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais, a autora ainda observa que “o Brasil não poderia ficar de fora do cenário ambiental, quando vários países, tanto na Europa como na América Latina estão na vanguarda da proteção dos recursos naturais, que são tão importantes para a preservação desta geração como para as gerações vindouras”

3.3 TEORIAS QUE FUNDAMENTAM A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Toda a concepção de imputação de responsabilidade penal a pessoa jurídica tem sua origem no âmbito do direito privado.

No direito privado existem duas correntes de pensamento quanto a imputação de responsabilidade da pessoa jurídica, as chamadas teorias negativistas e as chamadas teorias afirmativistas.¹⁵⁵

As teorias negativistas negam a existência da pessoa jurídica, não aceitando que uma associação formada por um grupo de pessoas possa ter personalidade jurídica própria.¹⁵⁶

Em sentido oposto estão as teorias afirmativistas, que se dividem em dois grupos; as chamadas teorias da ficção e as chamadas teorias da realidade.

3.3.1 Teorias da ficção

Nascidas no século XIX, podem ser divididas em duas categorias: a) teoria da ficção legal; b) teoria da ficção doutrinária.

Para a teoria da ficção legal, desenvolvida por Savigny, a pessoa jurídica é uma criação artificial da lei, uma entidade fictícia, uma vez que apenas pessoa natural pode ser sujeito da relação jurídica.¹⁵⁷

¹⁵⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. São Paulo: LTr, 2007, p.104

¹⁵⁶ *ibidem*, p.105

¹⁵⁷ ABREU FILHO, José. **O Negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.101

Carlos Roberto Gonçalves afirma “Constrói-se, desse modo, uma ficção jurídica, uma abstração que, diversa da realidade, assim é considerada pelo ordenamento jurídico”.¹⁵⁸

Para a teoria da ficção doutrinária, que tem como principal defensor Vereilles-Sommières, a pessoa jurídica não tem existência real, existindo apenas intelectualmente, sendo uma mera ficção criada pela doutrina.¹⁵⁹ É uma variante da teoria anterior.

Essas teorias não são aceitas pela doutrina atual, “a crítica que se lhes faz é a de que não explicam a existência do Estado como pessoa jurídica. Dizer-se que o Estado é uma ficção legal ou doutrinária é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é”¹⁶⁰

3.3.2 Teorias da realidade

Um contraponto as teorias da ficção, essas teorias compreendem a pessoa jurídica como uma realidade viva e não uma mera abstração. Para os defensores dessas teorias a pessoa jurídica tem existência própria, diversas dos indivíduos que a instituíram.¹⁶¹

Duas teorias da realidade se destacam; a) teoria da realidade objetiva ou orgânica; teoria da realidade jurídica ou institucionalista.

A primeira teoria “sustenta que a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, ser com vida própria, que nasce por imposição das forças sociais”¹⁶²

Tem origem no trabalho de Otto Gierke, e compreende a pessoa jurídica como uma entidade que nasce da vontade humana, que tem existência própria. Um organismo distinto de seus membros.¹⁶³

¹⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2020, p.209

¹⁵⁹ ABREU FILHO, José. **O Negócio jurídico e sua teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.102

¹⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2020, p.209

¹⁶¹ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**, São Paulo: Saraiva, 1999, p.41

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2020, p.209

¹⁶³ *Ibidem*, p.209

Essa teoria tem sido transplantada para o direito penal e tem servido de fundamento doutrinário e jurisprudencial para imputação de responsabilidade criminal da pessoa jurídica.¹⁶⁴

Ao compreender a pessoa jurídica como um organismo distinto da pessoa física, é possível analisar a culpabilidade dessa entidade dissociada das pessoas físicas que a constituíram.¹⁶⁵

A teoria da realidade jurídica foi construída por Hauriou, e “considera as pessoas jurídicas como organizações sociais destinadas a um serviço ou ofício e, por isso, personificadas”¹⁶⁶

A única diferença para a teoria anterior é que a origem dessa entidade jurídica está nas relações sociais e não na vontade humana. “constando a existência de grupos organizados, para a realização de uma ideia socialmente útil, as instituições, sendo, estas grupos sociais rodados de ordem e organização própria.”¹⁶⁷

3.4 MODELOS DE IMPUTAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA E *CRIMINAL COMPLIANCE*

O avanço das relações sociais e o aumento da presença das pessoas jurídicas nas relações econômicas e sociais tornou necessário repensar o modelo clássico de responsabilidade penal constituído com base nos critérios de culpabilidade e personalidade individual da pessoa física.¹⁶⁸

Essas teorias podem ser divididas em: teoria da heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, teoria da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica e teoria mista.¹⁶⁹

¹⁶⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2008, p.64

¹⁶⁵ *ibidem*, p.65

¹⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2020, p.210

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1**. São Paulo: Saraiva, 2020, p.210

¹⁶⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. **La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas**. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.98

¹⁶⁹ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.45

Para de heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica a vontade e a conduta da entidade coletiva são uma representação da vontade e da conduta da pessoa física. Para essa teoria, a pessoa jurídica responderá pelo crime da pessoa física, bastando demonstrar que o indivíduo, representante da empresa, praticou o crime através do ente coletivo.¹⁷⁰

Significa que para determinar a responsabilidade penal da pessoa física basta identificar a responsabilidade criminal de um dos seus agentes.

Para a teoria da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica, a empresa responde pela sua omissão no controle da gestão de riscos.¹⁷¹

A empresa responde pela falha, pelo defeito, que deu causa ao crime.

Nesse caso é a omissão do dever de prevenção que justifica a imputação penal da pessoa jurídica, não existindo uma representação direta entre a conduta da pessoa física e da pessoa jurídica.¹⁷²

Deste forma, ainda que um agente da empresa tenha praticado um crime, a pessoa jurídica será isenta de responsabilidade penal se tomou todas as medidas de gestão e prevenção de riscos.¹⁷³

A terceira teoria recebe o nome de teoria mista por ser uma mescla das duas teorias anteriores. Para essa teoria, a heterorresponsabilidade é um critério para determinar a imputação de responsabilidade da pessoa jurídica, porém a autorresponsabilidade servirá como critério de dissimetria da pena, servindo como eventual agravante ou atenuantes de pena.¹⁷⁴

¹⁷⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas**. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.100

¹⁷¹ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.46

¹⁷² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: lustel, 2009, p.56

¹⁷³ SAHAN, Oliver. **Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. Traducción por Albert Estrada** In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.45

¹⁷⁴ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresario**. Madrid: lustel, 2009, p.61-62

Para a teoria mista, o fato de um representante da empresa praticar um crime através da entidade torna a pessoa jurídica responsável pelo crime porém, a sanção aplicada pelo Estado vai levar em conta a eventual omissão da empresa em estabelecer programas de prevenção a conduta criminosa.¹⁷⁵

Estabelecidas essas três teorias é possível observar que o modelo de *criminal compliance* a ser adotado pela empresa vai ter relação direto com o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotada pelo Estado onde a empresa exerce sua atividade.¹⁷⁶

Em países que adotam a primeira teoria, como a França, o foco da imputação da responsabilidade penal é a ação e a vontade da pessoa física.

O que ocorre nesses ordenamentos jurídicos é que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma representação dos mesmos critérios utilizados para responsabilizar a pessoa física.

Significa que a pessoa jurídica só será responsabilizada se for possível determinar a culpabilidade da pessoa física conforme os seus critérios tradicionais. Na prática o juiz deve auferir se a conduta do representante da empresa é típica, tanto no seu aspecto objetivo quanto subjetivo (dolo e culpa), antijurídica e culpável. Demonstrado esses elementos individuais será imputada a responsabilidade penal à pessoa jurídica.¹⁷⁷

Em verdade o que se observa é uma responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, uma vez determinada a responsabilidade subjetiva da pessoa física que praticou o delito através da empresa.

Essa teoria apresenta alguns problemas práticos, sendo o mais óbvio deles a impossibilidade de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica quando não for possível identificar quem foi a pessoa física que, com dolo ou culpa, deu causa ao delito.¹⁷⁸

¹⁷⁵ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.47

¹⁷⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.140

¹⁷⁷ SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.50

¹⁷⁸ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. **Responsabilidad penal por omisión del empresário**. Madrid: lustel, 2009, p.64

É possível imaginar, como exemplo, o caso de um grave dano ambiental ocasionado pelo vazamento de petróleo em uma plataforma de exploração administrada por uma empresa privada.

Se no caso real não for possível identificar quem foi a pessoa física que dolosa ou culposamente - seja por imperícia, imprudência ou negligência - deu causa a lesão ambiental não será possível imputar responsabilidade a empresa que operava a plataforma.

O segundo problema é de ordem processual. Como o critério de imputação de responsabilidade penal depende da imputação de responsabilidade da pessoa física, a empresa passa a ter dificuldade de exercer o seu direito constitucional a ampla defesa processual.¹⁷⁹

Todo o contraditório processual vai levar em consideração a conduta da pessoa jurídica, afastando qualquer argumento defensivo da empresa. A única defesa possível seria tentar alegar que o sujeito ativo não seria funcionário da pessoa jurídica, o que na prática seria bastante improvável.¹⁸⁰

Demonstrada a responsabilidade penal do indivíduo pessoa física, a empresa responderá independente de qualquer conduta que tenha tomado para evitar ou minorar as consequências do crime praticado por seu representante.

O terceiro problema é a manifesta injustiça com a empresa, uma vez que pode responder por um crime praticado por seu representante, ainda que não tenha tido qualquer responsabilidade no resultado.¹⁸¹

É o exemplo da empresa que tem um exemplar programa de treinamento para seus funcionários, que disponibiliza o melhor equipamento de proteção ambiental, que respeita todas as normas de proteção ao ecossistema em que atua mas um funcionário, irresponsável, lança em um rio material contaminado que provoca uma tragédia ambiental.

Nesse caso, pouco importa a cautela e o cuidado da empresa, responderá pelo crime ambiental praticado pelo seu agente.

¹⁷⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.203

¹⁸⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 83

¹⁸¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.208

Sistema semelhante é adotado na Inglaterra, através do *Identification Theory*, porém com algumas particularidades.¹⁸²No modelo inglês a pessoa jurídica responderá apenas se o agente que praticar o crime for o dirigente da empresa, ainda que o crime não seja praticado em benefício necessário da pessoa entidade coletiva.¹⁸³

Diante desse modelo de responsabilidade da pessoa jurídica, os programas de *criminal compliance* terão como principal finalidade evitar que os representantes legais ou contratuais das empresas pratiquem crimes através da mesma.¹⁸⁴

Em regra os programas de *compliance* levam em consideração o número de funcionários, o modelo contábil, os agentes internos e externos da empresa, seus fornecedores, o contexto social e econômico da pessoa jurídica para estabelecerem, inicialmente, a previsibilidade do risco aos bens jurídicos que eventualmente podem ser afetados pela atividade empresarial.¹⁸⁵

Aqui não é a administração da empresa ou a previsibilidade do risco através de controles internos e medidas destinadas a prevenção e descobrimento de fatos delituosos que serão valorados para determinar a imputação penal à empresa.¹⁸⁶

Todo o *compliance* vai ser focado em prevenir que pessoas físicas pratiquem o crime através da empresa, sendo essa a única finalidade do *compliance criminal*. Uma vez que praticado o crime por um representante da empresa a existência ou não de um programa de *compliance* se torna irrelevante.¹⁸⁷

¹⁸² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.209

¹⁸³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.211

¹⁸⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 91

¹⁸⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 102

¹⁸⁶ HAWKINS, Keith. **Environmental and Enforcement - Regulation and the Social Definition of Pollution**. New York: Oxford University Press, 2011, p.203

¹⁸⁷ HAWKINS, Keith. **Environmental and Enforcement - Regulation and the Social Definition of Pollution**. New York: Oxford University Press, 2011, p.204

Pouco importa se a empresa desenvolveu os melhores programas de *compliance criminal*, se um representante da empresa praticou o delito através da pessoa jurídica a mesma será responsabilizada.¹⁸⁸

No mais, ainda que alguns ordenamentos jurídicos estabeleçam a necessidade de observar que o sujeito privado deve ter um poder de decisão e o fato do crime precisar trazer algum benefício para a empresa, esses conceitos geralmente são apresentados de forma subjetiva, tornando, na prática, a responsabilidade penal da pessoa jurídica um critério meramente objetivo.¹⁸⁹

Na prática os programas de *criminal compliance* nos ordenamentos que adotam a teoria da heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica são voltados exclusivamente para a prevenção de riscos que eventualmente podem acarretar em crimes praticados por pessoas físicas. A existência de programas de *criminal compliance* podem servir, no máximo, como um critério para fixar a pena a ser aplicada a empresa, jamais como uma excludente de responsabilidade.¹⁹⁰

Diametralmente oposta a teoria da heterorresponsabilidade, está a teoria da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Adotada no direito da Suíça e da Espanha essa teoria propõe um modelo de imputação penal autônomo da pessoa jurídica independente da pessoa física. Para muitos autores é um modelo de responsabilidade penal mais moderno que o modelo da heterorresponsabilidade penal.¹⁹¹

Para essa teoria nem toda pessoa jurídica deve ser responsabilizada criminalmente pelo ato de seus representantes, restando a imputação penal para as empresas que deixarem de implementar medidas de prevenção de riscos a bens jurídicos relevantes.

Dessa forma o Estado não deve responsabilizar empresas que implementaram programas de *compliance criminal* com a finalidade de evitar a prática de crimes.

¹⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 104

¹⁸⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **Fronteras del normativismo: a ejemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance**. Revista da Faculdade de Direito da USP, n. 108, 2013

¹⁹⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.224

¹⁹¹ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.111

A teoria da autorresponsabilidade penal remonta do sistema americano de gestão empresarial e do conceito de autoresponsabilidade da pessoa jurídica.¹⁹²

O sistema jurídico americano introduziu o conceito de *Good Citizen Corporation*, que determina que a responsabilidade criminal deve recair no infrator dos valores do bom cidadão corporativo.¹⁹³

Esse “bom cidadão corporativo” se materializa na figura do representante empresarial, que exerce o papel de autoregulador, premiando a empresa que estabelece mecanismos necessários a autogestão, auto organização e autocontrole empresarial.¹⁹⁴

Através dessa concepção, mais do que uma medida preventiva, o *criminal compliance* tem como finalidade adotar medidas corretivas, investigar crimes que aconteçam no âmbito da corporação e evitar a reincidência delitiva.¹⁹⁵

Esse modelo de responsabilidade penal diferencia a culpabilidade individual, aplicada como pressuposto de responsabilidade penal de pessoas físicas, da culpabilidade construtivista.¹⁹⁶

Essa modalidade de culpabilidade tem uma dimensão temporal, não sendo valorada no momento da ação ou omissão criminosa. Diferente da culpabilidade clássica, a culpabilidade construtivista tem um caráter permanente, o que importa não é o fato praticado mas a forma em que a empresa é administrada.¹⁹⁷

¹⁹² TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 110

¹⁹³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.444

¹⁹⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 111

¹⁹⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.446

¹⁹⁶ 446-447

¹⁹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Carlos*. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU**. Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006, p.61

O juiz deixa de avaliar a conduta que lesionou o bem jurídico e passa a valorar o comportamento da empresa antes, durante e após a execução do delito pelo representante da empresa.¹⁹⁸

Dessa forma a conduta do sujeito ativo perde a relevância, deixando de ocorrer a representação objetiva da conduta do indivíduo na pessoa da empresa, como acontece na teoria da heterorresponsabilidade penal.

No modelo da autorresponsabilidade a pessoa jurídica não responde objetivamente pela conduta da pessoa física, sendo que a responsabilidade da empresa vai ser determinada pelo nexo de causalidade entre o resultado do crime e a falha na autogestão da organização.¹⁹⁹

A título de exemplo, se o representante legal de uma empresa praticar um crime ambiental, a pessoa jurídica só responderá pelo delito se não adotou medidas de prevenção através da implementação de um programa eficaz de *criminal compliance*. Caso fique observado que a empresa adotou práticas eficazes de prevenção de riscos e delitos, não responderá pelo crime.

A responsabilidade objetiva é substituída por uma responsabilidade penal subjetiva por omissão, que tem como finalidade observar se a empresa adotou políticas de prevenção a ilícitos e implementou programas de incentivo a comportamentos éticos e na conformidade com a legislação.²⁰⁰

A finalidade do processo criminal contra a pessoa jurídica é identificar se ocorreu algum defeito na organização da empresa, que contribuiu para o fato criminoso, separando a responsabilidade penal da pessoa jurídica da responsabilidade penal da pessoa física.²⁰¹

No caso concreto, se antes da prática da conduta criminosa pela pessoa física ficar demonstrado que a empresa tomou todos os cuidados necessários para proteger o bem jurídico lesado, a tipicidade da conduta da pessoa jurídica será afastada.

¹⁹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Carlos*. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.** Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006, p.62

¹⁹⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Carlos*. **La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.** Madrid: Editorial universitária Ramón Areces, 2006, p.62-63

²⁰⁰ TIEDEMANN, Klaus. **Poder Económico y Delito**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007, p. 112

²⁰¹ DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. **Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p.103

O agir para evitar o resultado através de um efetivo programa de *compliance criminal* se torna uma excludente de responsabilidade penal, que acarreta na atipicidade da conduta empresarial.²⁰²

No mais, ainda que o judiciário entenda que o programa de *criminal compliance* da empresa apresentou deficiências, e isso ocasionou no crime praticado pelo seu representante, o Estado juiz pode determinar uma sanção adequada a natureza da falha organizacional, determinando que a pessoa coletiva implemente correções para evitar a reincidência.²⁰³

O oposto da teoria anterior, a responsabilidade penal da pessoa jurídica passa a depender da implementação de um programa efetivo de *compliance criminal*, podendo o mesmo afastar a responsabilidade criminal.²⁰⁴

Os programas de *criminal compliance* representam um conjunto de deveres de atuação da empresa, todos juridicamente relevantes, e compõe tanto de regras técnicas para identificação e prevenção de riscos como modelos de conduta fundados em preceitos éticos.²⁰⁵

A lógica da autorresponsabilidade é que seguir as regras de conduta previamente estabelecidas, pressupor ausência de defeitos, impossibilitando a imputação penal de responsabilidade. Na prática, os ordenamentos que adotam o modelo de autorresponsabilidade são os que mais estimulam a adoção de programas de *criminal compliance* no universo empresarial. Afinal de

²⁰² COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador - ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 67

²⁰³ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.54

²⁰⁴ WEISSMANN, Andrew; NEWMAN, David. **Rethinking criminal corporate liability**. Indiana: Law Journal, 2007, p.33

²⁰⁵ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.56

contas, um programa de *compliance* eficiente pode afastar a responsabilidade penal de uma empresa, no caso de uma conduta ilegal praticada por um dos seus representantes.²⁰⁶

Processualmente a empresa passa a ter como matéria de defesa a demonstração de que adotou um programa de prevenção de delitos, afastando a sua responsabilidade da responsabilidade penal da pessoa física.²⁰⁷

É interessante que nos sistemas jurídicos que seguem esse modelo de responsabilidade existe a previsão de *criminal compliance* posterior ao crime. Isso acontece quando, após a prática de um delito por parte de um representante da empresa, a pessoa jurídica adota medidas para, investigar e minorar os efeitos do crime, além de implementar novas medidas para prevenir a ocorrência de novos delitos da mesma natureza.²⁰⁸

É o que ocorre quando uma empresa, que não possui um programa de *criminal compliance*, ou possui um programa ineficaz, se vê diante de um crime ambiental praticado por um dos seus funcionários e passa a colaborar com a justiça para que seja imposta uma responsabilidade criminal ao agente.

Além disso a empresa amplia o seu programa de *criminal compliance* com a finalidade de reduzir o impacto do delito praticado, promovendo a limpeza do rio contaminado ou o reflorestamento de área devastada e implementa um código de conduta para evitar a reincidência do delito em sua organização.²⁰⁹

Nesse caso os programas posteriores de *criminal compliance*, que visam corrigir falhas ou implementar medidas de prevenção visando evitar novos riscos a bens jurídicos, podem servir de redução da sanção penal.²¹⁰

²⁰⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.450

²⁰⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.451

²⁰⁸ ODED, Sharon. **Corporate compliance: new approaches to regulatory**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p.31

²⁰⁹ DE STEFANO, Michele Beardslee. **Creating a culture of compliance: why departmentalization may not be the answer**. Hastings Business Law Journal, 2014., p.44

²¹⁰ GARCÍA RIVAS, Nicolás. **Reflexiones sobre responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera**. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). **El proyecto de reforma del código penal de 2013, a debate**. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p.65

Por fim resta tratar do modelo misto de responsabilidade penal da pessoa jurídica que mescla os dois modelos anteriormente apresentados.

Adotado nos Estados Unidos esse modelo estabelece a aplicação do sistema heterorresponsabilidade, porém evita a responsabilidade objetiva incluindo critérios de autorresponsabilidade como forma de isenção ou de dosimetria da pena.²¹¹

O objetivo da teoria é afastar a responsabilidade conjunta por mera representação sem, contudo, tornar a conduta da pessoa jurídica irrelevante.²¹²

Em verdade, um dos fatores que será levado em consideração para observar a falha na organização da pessoa jurídica é exatamente a conduta da pessoa física que praticou o crime através da empresa.²¹³

A conduta do sujeito privado não indica objetivamente o tipo praticado pela pessoa coletiva, mas é um fator indicativo do seu defeito organizacional. Demonstra uma ausência ou a falha do seu programa de *criminal compliance* e servirá como critério para imputação de responsabilidade.²¹⁴

O sistema misto está previsto no *Sentencing Guidelines* do direito americano, que prevê expressamente que a adoção de programas anteriores de prevenção podem servir para agravar ou atenuar o pena da pessoa jurídica, pela prática do delito executado pelo seu representante.²¹⁵

Outro detalhe interessante do modelo americano é que o *Sentencing Guidelines* serve como parâmetro estabelecendo padrões de programas de *compliance*, servindo como parâmetro para

²¹¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.102

²¹² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.102

²¹³ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.143

²¹⁴ GLAZER, Myron Peretz; GLAZER, Penina Midgal. **The Whistle-blowers. Exposing corruption in government & industry**. New York: Basic Books, 1989, p.85

²¹⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.231

determinar quais são as empresas que implementam programas de *compliance* eficazes e não eficazes.²¹⁶

Essa talvez constitua a maior evolução em relação ao sistema da autorresponsabilidade. Naquela o judiciário vai analisar se as empresas adotaram medidas eficazes para prevenir a prática de delitos e proteger bens jurídicos mas o Estado não declara quais são essas medidas, tornando a culpabilidade autônoma subjetiva.

No sistema misto americano o Estado estabelece o modelo de *compliance* estabelecendo taxativamente quais são as medidas de prevenção, investigação e autoregulação que as empresas devem implementar para reduzir ou afastar a sua responsabilidade penal.²¹⁷

Dessa forma os critérios para determinar as falhas no sistema de prevenção das organizações se torna objetivo, garantindo maior segurança jurídica às empresas.

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE NO BRASIL

4.1 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA AUTORRESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro é adotado a Teoria da Realidade, uma vez que as pessoas jurídicas são detentoras de personalidade jurídica própria, com capacidade de agir e, portanto, suscetíveis à lei penal. Assim, o legislador na lei 9.605/98, responsável pela tutela do meio-ambiente, regulamentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica em seu art. 3º.

Pela redação legal no Brasil, a pessoa jurídica responderá por crime ambiental desde que demonstrado que o crime foi praticado por decisão do representante legal, contratual da empresa ou órgão colegiado da empresa. A lei ainda exige que o crime seja praticado no interesse ou benefício da sociedade.

²¹⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.232-233

²¹⁷ NIETO, Martín. Adán. **et al manual de cumplimiento penal en la Empresa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p.145

No ano de 2005, no julgamento do Recurso Especial 564.960/SC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou a teoria da heterorresponsabilidade penal da pessoa jurídica ao vincular a responsabilidade da entidade empresarial a pessoa física que executar crime ambiental.²¹⁸

A partir daquele julgamento, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de dupla imputação como requisito obrigatório ao oferecimento de ação penal e a cominação de pena à pessoa jurídica.

No mesmo ano, com o julgamento do Recurso Especial 610114/RN²¹⁹, o STJ estabeleceu os requisitos condicionantes para imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica, dentre eles a máxima de que “a ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória.”

Desta forma, desde o ano de 2005, os tribunais do país passaram a adotar a teoria da heterorresponsabilidade, afastando a possibilidade de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica sem a demonstração de dolo ou culpa da pessoa física autora de crime ambiental.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário 548.181/PR, tendo como relatora a Ministra Rosa Weber, superou a teoria da heterorresponsabilidade ao admitir o prosseguimento de ação penal contra a Petrobrás sem a necessidade de imputar responsabilidade penal a uma pessoa física.²²⁰

No caso concreto, o Ministério Público Federal do Paraná ofereceu denúncia contra a Petrobrás alegando que a empresa seria responsável pelo vazamento de quatro milhões de litros de óleo em razão do rompimento de um duto na refinaria localizada em Araucária.

No denúncia também figuravam como réus o presidente e o superintendente da empresa.

No curso da ação penal foram oferecidos dois *habeas corpus* trancativos em favor do presidente e do superintendente da Petrobrás, o primeiro foi concedido pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal, e o segundo, julgado posteriormente, foi concedido pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça. Em ambos os julgamentos os tribunais trancaram a ação pe-

²¹⁸ Recurso Especial 564.960/SC, Superior Tribunal Federal. Relator: Ministro Felix Fischer

²¹⁹ Recurso Especial 610114/RN, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilson Dipp

²²⁰ Recurso Extraordinário 548.181/PR. Supremo Tribunal Federal: Relatora: Ministra Rosa Weber

nal em relação ao presidente e o superintendente da Petrobrás, tendo como fundamento a ausência de demonstração de dolo ou culpa por parte dos acusados.²²¹

No segundo *Habeas Corpus*, ao trancar a ação penal em relação ao superintendente da empresa, o Superior Tribunal de Justiça também trancou a ação penal em relação a Petrobrás, adotando a posição tradicional quanto a impossibilidade de imputar responsabilidade penal isoladamente a uma pessoa jurídica.

Contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça o Ministério Público Federal interpôs o Recurso Extraordinário 548.181/PR que, levado a julgamento na sessão de seis de agosto de 2013, reconheceu a possibilidade de se mover ação penal contra a pessoa jurídica, mesmo não havendo processo penal em curso contra a pessoa natural, nos casos por crime ambiental.

No julgamento a Suprema Corte entendeu que a decisão do STJ violou diretamente a Constituição Federal ao deixar de aplicar o comando do parágrafo terceiro do artigo 225, que determina que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitam as pessoas jurídicas às sanções penais.²²²

Para o tribunal, a Constituição não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o Superior Tribunal de Justiça ao prever o processamento simultâneo da empresa e

²²¹ Recurso Extraordinário 548.181/PR. Supremo Tribunal Federal: Relatora: Ministra Rosa Weber

²²² “ 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.”

da pessoa física. Na prática a decisão tornou desnecessária a dupla imputação de responsabilidade, introduzindo no Brasil, através do judiciário, o sistema da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Mesmo não sendo vinculante, o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR se tornou o novo paradigma da justiça brasileira no que tange a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, desde 2013 os tribunais do Brasil afastam a necessidade de garantir a heterorresponsabilidade penal.

4.2 CONSEQUÊNCIA DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Os programas de *criminal compliance* podem ser instaurados antes ou depois da prática do crime, sendo que o sistema de responsabilização da pessoa jurídica servirá de base para determinar a consequência da adoção desses programas pelas empresas.²²³

O ponto de interseção entre esses modelos é que a empresa que adota um modelo efetivo de *criminal compliance* passa a ser considerada uma *good citizen corporation*, tornando desnecessária a aplicação de qualquer sanção penal.²²⁴

A existência de programas de *criminal compliance* atestam que a empresa atua no sentido de exercer controle dos riscos da sua atividade empresarial, exercendo um modelo de autogestão capaz de estabelecer padrões legais e éticos de comportamento por parte dos seus subordinados.²²⁵

No mais, também é comum a esses modelos, que os programas de *criminal compliance* adotados após a prática do crime possam ser utilizados como atenuante de pena, desde que tenham por finalidade minorar o dano causado pelo crime e evitar a reincidência delitiva.

²²³ ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. **The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution and plea agreements.** American Criminal Law Review, n. 52, p. 537-593, 2015, p.537

²²⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.222

²²⁵ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance criminal*.** São Paulo: All Print Editora, 2015, p.158

Outro ponto que chama atenção é que modelos legislativos que permitem a exclusão da responsabilidade penal através da análise dos programas de autogestão, auto organização e autocontrole empresarial incentivam a adoção de mecanismos de *criminal compliance* nas pessoas jurídicas empresariais.²²⁶ A possibilidade de isenção de responsabilidade penal se converte na principal razão para adotar um programa eficaz de *criminal compliance*.

Em sentido diverso, nos países que não admitem a exclusão da pena em virtude da adoção de um programa de *compliance*, permitem ao juiz tratar o instituto como um atenuante de responsabilidade. Dessa forma, a adoção prévia de um sistema de *compliance criminal* não isenta a empresa de responsabilidade penal, mas pode servir para minorar a sua pena.²²⁷

No Brasil não existe previsão legal expressa para determinar que a existência de um programa de *criminal compliance* possa afastar a responsabilidade penal de uma empresa pela prática de crimes ambientais.

Ao adotar, historicamente, o modelo da heteroresponsabilidade penal da pessoa jurídica o Brasil vinculava a responsabilidade penal da pessoa jurídica a pessoa física, impossibilitando o uso do programa de *criminal compliance* como uma circunstância de exclusão de de pena.

A legislação ambiental e o código penal também não admitem, taxativamente, que a adoção de um programa de *criminal compliance* anterior ou posterior ao crime possa ser utilizado pelo juiz como um critério de redução de pena.

De fato não existe uma circunstância legal expressa de diminuição de pena pelo fato da empresa que praticou um crime ambiental ter adotado qualquer modelo de *compliance*, sendo, a princípio, esses programas de prevenção irrelevantes penais.

Não obstante essa ausência de previsão legal, a doutrina e a jurisprudência tem admitido, excepcionalmente, a implementação de programas de *criminal compliance* ambiental como circunstância capaz de modificar a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

4.2.1 *Criminal compliance* como excludente de responsabilidade penal

²²⁶ ARAÚJO, Kleber Martins de. **Responsabilização da pessoa jurídica na lei anticorrupção**. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015, p.33

²²⁷ BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p.23

Durante o período em que os tribunais brasileiros adotavam a teoria da heterorresponsabilidade penal, os critérios para imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica eram estritamente relacionados aqueles aplicados à pessoa física.

Como os tribunais determinavam a imputação de responsabilidade a pessoa jurídica que servia de instrumento a conduta da pessoa natural, bastava analisar a tipicidade da ação ou omissão da pessoa física para tornar a empresa responsável pelo crime ambiental.

Dessa forma a análise da tipicidade, tanto no seu aspecto objetivo quanto no seu aspecto negativo, tinha como objeto a conduta humana praticada pelo sujeito que executou a ação criminosa, sendo irrelevante uma análise mais profunda quanto ao juízo de tipicidade da pessoa jurídica.

Na prática, qualquer excludente de tipicidade aplicada a pessoa física, como a ausência de elemento subjetivo, era aplicada automaticamente a pessoa jurídica, impossibilitando a responsabilidade autônoma da empresa pela prática de crime ambiental.

Com a mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e a introdução no Brasil do sistema da autorresponsabilidade penal, a imputação de responsabilidade criminal da pessoa jurídica passou ser autônoma, sendo dispensada a necessidade de imputar responsabilidade penal a pessoa natural.

Como consequência o juízo de tipicidade que recaía exclusivamente sobre a conduta da pessoa física agora precisa se debruçar sobre a conduta da pessoa jurídica, sob pena de afastar a responsabilidade penal da empresa por manifesta atipicidade.

Acontece que analisar a tipicidade de uma conduta praticada por uma pessoa jurídica é deveras complicado. Isso acontece porque o modelo de tipicidade subjetiva, fundado na análise do dolo e da culpa não pode ser aplicada a um entidades desprovida de intencionalidade.

O modelo de responsabilidade penal finalista, adotado pelo Código Penal brasileiro, não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica sem a presença de *animus*, materializado no dolo ou na culpa.

Diante disso, ao estabelecer a possibilidade de responsabilidade penal autônoma da pessoa jurídica o Supremo Tribunal Federal precisou modificar os critérios para auferir a tipicidade da conduta de uma empresa e, como consequência, imputar responsabilidade penal a estas figuras jurídicas.

Ao analisar a redução do parágrafo terceiro do artigo 225 da Constituição Federal e o artigo terceiro da Lei 9.605/98 a Suprema Corte afastou a necessidade de identificar a presença de elemento subjetivo (dolo ou culpa) para tipificar a conduta da pessoa jurídica. Constituindo o juízo de tipicidade, nesses casos, uma exceção a teoria finalista adotada pelo Código Penal.

De forma objetiva, como a pessoa jurídica não é detentora de vontade psicológica é irrelevante a identificação de *animus* em sua conduta para que seja penalmente relevante, bastando analisar a presença dos elementos objetivos do tipo penal

Significa afirmar que basta demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta da empresa e o resultado lesivo ao meio ambiente para imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

O núcleo do juízo de tipicidade envolvendo pessoas jurídicas não está no elemento subjetivo mas no nexo de causalidade.

De fato a causalidade deve servir como limite negativo de responsabilização no sistema de imputação, com vistas a eliminar a possibilidade de incriminação de casos fortuitos, distinguindo-se dos fatos delituosos.

A relação de causalidade entre conduta e resultado passa a ser um pressuposto mínimo para o reconhecimento da responsabilidade penal dos delitos de resultado, como é o caso dos crimes ambientais.

Evidentemente essa causalidade objetiva necessita de um complemento que sirva como um elemento normativo relacionado à imputação, ou seja, critérios normativos de imputação objetiva.

Esses critérios normativos estão sistematizados na teoria da imputação objetiva, que complementa o nexo de causalidade meramente objetivo introduzindo elementos que tem por finalidade evitar uma imputação de responsabilidade objetiva no sistema penal, independente da análise de dolo ou culpa.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a aplicação da teoria da imputação objetiva no Brasil, determinando que não basta a existência do nexo de causalidade naturalista para

imputar responsabilidade penal à alguém, sendo necessário para a constituição da tipicidade a presença dos elementos normativos da imputação objetiva.²²⁸

Esse modelo de “não-imputação” é perfeitamente adequado a análise de responsabilidade penal da pessoa jurídica que, por ser desprovida de *animus* necessita de critérios normativos para afastar a aplicação da temida (e reprovável) responsabilidade penal objetiva medieval.

A teoria da imputação objetiva determina que uma conduta só pode ser objetivamente imputada a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco juridicamente permitido.

No mais é necessário que tal risco tenha se materializado em um resultado previsto em um tipo penal, ou seja, a tipicidade pressupõe que o resultado tenha sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor.

²²⁸ 1. Afirmar na denúncia que "a vítima foi jogada dentro da piscina por seus colegas, assim como tantos outros que estavam presentes, ocasionando seu óbito" não atende satisfatoriamente aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que, segundo o referido dispositivo legal, "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

2. Mesmo que se admita certo abrandamento no tocante ao rigor da individualização das condutas, quando se trata de delito de autoria coletiva, não existe respaldo jurisprudencial para uma acusação genérica, que impeça o exercício da ampla defesa, por não demonstrar qual a conduta tida por delituosa, considerando que nenhum dos membros da referida comissão foi apontado na peça acusatória como sendo pessoa que jogou a vítima na piscina.

3. Por outro lado, narrando a denúncia que a vítima afogou-se em virtude da ingestão de substâncias psicotrópicas, o que caracteriza uma autocolocação em risco, excludente da responsabilidade criminal, ausente o nexo causal

4. Ainda que se admita a existência de relação de causalidade entre a conduta dos acusados e a morte da vítima, à luz da teoria da imputação objetiva, necessária é a demonstração da criação pelos agentes de uma situação de risco não permitido, não-ocorrente, na hipótese, porquanto é inviável exigir de uma Comissão de Formatura um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas por todos os participantes de uma festa.

5. Associada à teoria da imputação objetiva, sustenta a doutrina que vigora o princípio da confiança, as pessoas se comportarão em conformidade com o direito, o que não ocorreu in casu, pois a vítima veio a afogar-se, segundo a denúncia, em virtude de ter ingerido substâncias psicotrópicas, comportando-se, portanto, de forma contrária aos padrões esperados, afastando, assim, a responsabilidade dos pacientes, diante da inexistência de previsibilidade do resultado, acarretando a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para trancar a ação penal, por atipicidade da conduta, em razão da ausência de previsibilidade, de nexo de causalidade e de criação de um risco não permitido, em relação a todos os denunciados, por força do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

Significa dizer que estando o risco produzido dentro do que normalmente é admitido e tolerado socialmente, não caberá imputação objetiva de responsabilidade penal, ainda que se trate de uma ação dolosa e que causa lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

Paulo de Souza Queiroz afirma: “Em suma, a imputação do tipo objetivo pressupõe um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo. É dizer que determinado resultado lesivo só pode ser juridicamente atribuído a uma ação como obra sua, e não como obra do azar”²²⁹

Um comportamento que gera um risco permitido é considerado socialmente normal, não porque no caso concreto esteja tolerado em virtude do contexto em que se encontra, mas porque nesse configuração é aceito de modo natural.

Portanto, os comportamentos que criam riscos permitidos não são comportamentos que devam ser justificados, mas que não realizam tipo penal algum.

Dessa forma seriam requisitos para a própria tipicidade a observância de dois requisitos: a) a criação ou incremento de um risco a ponto de ultrapassar os limites do que se pode tolerar, ou seja, o risco permitido; e b) a realização, no resultado, no risco previamente criado.

Através do primeiro requisito é possível resolver os casos em que não há criação nem incremento de risco, negando a possibilidade de imputação para as condutas que, se realizadas dentro dos padrões exigidos não teriam logrado evitar o resultado.

Assim as condutas realizadas que promovem a diminuição do risco não podem implicar a criação de um risco não permitido. Do mesmo modo, as situações em que não se alcança a criação de um risco socialmente intolerável não são capazes de gerar imputação, na medida em que representam a ausência de ultrapassagem dos limites permitidos ou tolerados de risco.

Significa dizer que não pode responder por um crime ambiental a empresa que adotou medidas para promover a diminuição dos riscos de lesão ao meio ambiente.

O resultado juridicamente realizado pelo agente só deve ser imputado ao mesmo na medida em que o seu comportamento criar um risco para um bem jurídico, não compreendido no nível permitido, e esse risco se realizar no resultado jurídico de aflição àquele bem.

Os limites entre o nível de risco permitido e o nível de risco proibido dependem da norma a que eles se referem e, como tal, necessariamente dependem do bem jurídico a que se referem.

²²⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal Introdução Crítica**, Salvador: Editora Juspodivm, 2001, p.62

Dessa forma, diferentes bens jurídicos necessitam de distintos níveis de proteção. Quanto mais importante o bem jurídico para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, é mais ampla a proteção e menor o nível do risco permitido.

A doutrina penal adota um critério interessante quanto a definição de risco permitido no que diz respeito aos bens jurídicos relacionados ao meio ambiente.

O risco ambiental é geralmente dividido entre risco em sentido estrito e risco residual.

O risco residual é aquele que não tem relação com a atividade da empresa, sendo consequência exclusiva da força maior ou da conduta de terceiros estranho a pessoa jurídica. É o caso da sabotagem ou de um terremoto que atinge as instalações de uma pessoa jurídica.

Esses riscos são sempre tolerados e, como consequência, são incapazes de imputar responsabilidade penal a organização, independente da implementação de um programa de *compliance*.

O risco em sentido estrito é o risco indesejável, porém também tolerado. Na atividade empresarial é o risco que decorre da especificidade da atividade econômica exercida pela empresa. É conhecido porém é necessário a finalidade da organização.²³⁰

Os riscos em sentido estrito são aqueles que, uma vez identificados, devem ser submetidos a um programa de *criminal compliance*.

Se o meio ambiente já se encontra sob risco decorrente da atividade empresarial, mas dentro dos limites permitidos, nada é ainda relevante para o direito penal, caso em que, com o incremento do risco adicionado pelo agente, podemos passar a ter ou uma idêntica realidade em que nada é relevante, pois não se ultrapassou o limite de tolerância do risco ou este é finalmente ultrapassado. Na primeira hipótese, a atividade dentro dos limites tolerados seria atípica e, em razão disso, um irrelevante penal. No segundo caso a tipicidade se materializaria.

A finalidade do programa de *criminal compliance* é manter o risco ambiental na esfera do tolerável, reduzindo o risco da ocorrência de um dano ambiental.

No caso concreto essa definição entre risco residual e risco em sentido estrito vai depender de diversos fatores que vão variar da natureza da atividade exercida pela empresa, da complexidade da organização e até do local onde ela está instalada. O importante, para fins de imputa-

²³⁰ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.78

ção penal, é que as medidas de *criminal compliance* sejam eficazes, ou seja, tenham a capacidade de manter o risco ambiental no patamar permitido.

No caso concreto caberia ao juiz, analisando a eficácia do programa de *criminal compliance* adotado pela empresa, determinar se o mesmo foi capaz de manter o risco ao meio ambiente na esfera do socialmente tolerável.

Entendendo o juiz que, não obstante a ocorrência do resultado lesivo ao meio ambiente, a pessoa jurídica adotou, antes da ocorrência do resultado lesivo, um programa eficaz de *criminal compliance* para minorar o risco de um dano ambiental, deve ser absolvida por atipicidade da conduta a luz da teoria da imputação objetiva.

A questão central do processo é analisar se o programa de *compliance* foi ou não eficaz como instrumento de redução de risco ambiental, independente do resultado lesivo. Uma vez que o judiciário entenda pela eficácia do programa de *criminal compliance*, eventual dano ambiental passa a integrar a categoria de caso fortuito ou força maior, ou seja, penalmente irrelevantes.

Na doutrina, Renata Machado Saraiva sustenta ser plenamente possível afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela demonstração da eficácia do programa de *criminal compliance*.²³¹

No mesmo sentido, Ilva Martins Nery²³² e Caio Ebhart²³³ defendem que o judiciário deve analisar a eficácia do programa de *criminal compliance* como circunstância capaz de afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

Em sentido contrário a essa orientação Renato de Mello Jorge Silveira²³⁴ sustenta que não é possível afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de um delito com fundamento na adoção de um programa de *compliance*.

²³¹ SARAIVA, Renata Machado. ***Criminal Compliance como instrumento de tutela ambiental***. São Paulo: LiberArt, 2018, p.154

²³² NERY, Ilva Martins. ***Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal***. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.98

²³³ EBHART, Caio Mario. ***Compliance ambiental***. São Paulo: Saraiva, 2019, p.131

²³⁴ SILVEIRA, Renato Melo. ***Compliance Direito Penal e Lei Anticorrupção***. São Paulo: Saraiva, 2015, p.103

O autor observa que o artigo 23 do Código Penal não traz uma excludente de responsabilidade penal versando sobre o tema, sendo necessária uma reforma legislativa versando sobre o tema.

No mesmo sentido, Carla Veríssimo²³⁵ aponta pela necessidade de implementação de critérios legais objetivos para delimitar as hipóteses de excludente de responsabilidade. A autora aponta que a legislação brasileira apenas permite a adoção de programas de *criminal compliance* como circunstâncias atenuantes.

O Supremo Tribunal Federal não tem jurisprudência pacificada quando a matéria, porém tem aplicado os programas de *criminal compliance* ambiental como circunstâncias de atenuação de pena, nos termos do próprio Recurso Extraordinário 548.181/PR.

4.2.2 *Criminal compliance* como atenuante de pena

É importante observar que a lei 12.846/13 introduziu no direito brasileiro a possibilidade de atenuação de responsabilidade quando uma empresa adota um programa eficaz de *compliance*.

Acontece que a referida legislação trata apenas de punições civis e administrativas, não tendo aquela atenuação capacidade de interferir na dosimetria da sanção criminal.

É importante lembrar que no direito brasileiro ocorre penas a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes ambientais e por essa razão a lei 12.846, que trata de corrupção, não tratou de qualquer modalidade de *compliance criminal*, muito menos na possibilidade de redução de sanção penal pela adoção de qualquer modelo de autogestão de riscos.

No que tange a legislação ambiental não existe previsão legal para a aplicação de qualquer atenuação de sanção penal pelo fato da empresa adotar um programa de *criminal compliance*.

Porém existe uma possibilidade do uso desses programas como atenuação de pena, e essa possibilidade decorre da redação do artigo 66 do Código Penal brasileiro.²³⁶

²³⁵ VERISSIMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.44

²³⁶ Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei

O artigo 66, tal qual o artigo 65 do Código Penal, trata das chamadas atenuantes genéricas, que são circunstâncias capazes de reduzir a pena de qualquer crime, seja ele previsto no código penal, ou em qualquer outra legislação extravagante.

O artigo 65 traz um rol taxativo das atenuantes legais, estabelecendo expressamente as circunstâncias que devem servir de redução de pena no caso concreto.

Acontece que o artigo 66 traz a possibilidade do juiz reduzir a pena de qualquer crime “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

A redação do artigo atesta que o rol de atenuantes não se exaure nas hipóteses listadas no artigo 65, permitindo ao juiz considerar atenuante qualquer circunstância que considere capaz de reduzir o grau de reprovabilidade da conduta do agente, seja ele pessoa física ou pessoa jurídica.

Dessa forma o artigo 66 pode ser invocado pelo juiz no caso concreto para reduzir a pena de uma empresa que será responsabilizada pela prática de um crime ambiental executado por seu representante em face a existência de um programa de *criminal compliance*.

Ricardo Schmitt define o artigo 66 do Código Penal como uma circunstância atenuante inominada, e afirma que a reconhecimentação dessa circunstância é obrigatório, desde que presente alguma situação relevante no caso concreto, a ser examinado pelo julgador.²³⁷

É importante ressaltar que o código diz expressamente que essa atenuante pode decorrer de fato “anterior ou posterior ao crime”, o que significa que o *compliance criminal* adotado após a consumação do crime pode servir de atenuação de pena, desde que o juiz o considere relevante.

Em síntese, apesar do direito penal brasileiro não estabelecer expressamente o uso dos programas de *compliance* como atenuante legal de pena, o juiz pode invocar o artigo 66 para considerar a atenuação.

Renato de Mello Jorge Silveira é favorável a aplicação de programas de *criminal compliance* como atenuante de pena. O autor não trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas

²³⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Aspectos práticos e teóricos à elaboração**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p.137

não encontra obstáculo para o uso dessa circunstância como atenuante genérica a pessoa natural acusada da prática de delitos.²³⁸

Tratando do tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, Washington Luiz Pereira sustenta que é possível aplicar a atenuante genérica do artigo 66, quando demonstrado que a empresa adotou um programa efetivo de *criminal compliance*.²³⁹

Nos tribunais superiores²⁴⁰ prevalece o entendimento que a adoção de um programa efetivo de *criminal compliance* pode ser considerado uma circunstância atenuante de pena, porém o fundamento estaria no artigo, 65, inciso III, alínea “b”²⁴¹

Esse dispositivo estabelece uma redução obrigatória de pena sempre que demonstrado que o agente, após a ocorrência do crime, praticou uma nova conduta tentando evitar ou minorar a consequência do delito praticado.

O problema desse entendimento é que leva em consideração apenas os programas de *criminal compliance* adotados após a prática do crime ambiental, desconsiderando os programas adotados como prevenção a prática de delitos.

Illa Martins Nery²⁴² observa que se o programa de *compliance* é posterior ao crime e consegue reparar integralmente o dano ambiental, ocorreria hipótese da aplicação do artigo 16 do Código Penal²⁴³ (Arrependimento Posterior), desde que o programa fosse adotado com eficácia até o recebimento da ação penal.

²³⁸ SILVEIRA, Renato Melo. **Compliance Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.105

²³⁹ SOARES, Washington Luiz Pereira. **Logística sustentável e gestão de compliance ambiental**. Belo Horizonte: Editora Arraes, p.43

²⁴⁰ Recurso Especial 331.929/SP. Relator Ministro Felix Fischer.

²⁴¹ b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

²⁴² NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.98

²⁴³ Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços

Em verdade o que deve ser levado em consideração para aplicar o artigo 65, inciso III, alínea “b” do Código Penal é o fato da empresa procurar reduzir ou afastar o dano ambiental após a prática do crime, independente de adoção de programa de *compliance*.

A mesma coisa acontece com a aplicação do artigo 16 do Código, o referido dispositivo deve ser aplicado independente da adoção de um programa de *compliance*, bastando que a empresa repare o crime ambiental até o recebimento da ação penal.

Isso significa que esses dois institutos não possuem qualquer ligação direta com a adoção de programas de *criminal compliance*.

A consequência desse entendimento é que caso a empresa tenha adotado um programa anterior ou posterior de *compliance* o tribunal deve aplicar a atenuante artigo 66 do Código Penal. Se além do *compliance* a empresa buscou minorar ou afastar o dano ambiental deve ser beneficiada, também, pela atenuante do artigo 65 - ou pela minorante do artigo 16.

Como tratam de fatos diferentes, a adoção de um programa de *compliance* e a prática de conduta objetivando a reparação do dano ambiental, a aplicação das duas atenuantes não violaria o princípio constitucional da dupla imputação. Essa parece ser a melhor solução para a questão.

Uma questão interessante diz respeito a aplicação dos dois entendimentos em conjunto, tanto a possibilidade da adoção de programas de *compliance* como circunstância atenuante e como circunstância de atipicidade da conduta do agente.

Renata Machado Saraiva, mesmo reconhecendo que os tribunais superiores não adotam essa posição, aponta que é o grau de eficácia dos programas que deve determinar se o judiciário vai afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica ou apenas aplicar uma circunstância atenuante.²⁴⁴

Se o tribunal entender que o programa de *criminal compliance*, anterior ao crime, é capaz de afastar completamente o risco de crime ambiental servirá como excludente de tipicidade, o delito é de responsabilidade exclusiva da pessoa natural.

Se o tribunal entender que o programa não era plenamente eficaz, ou que mesmo eficaz só foi adotado após o crime, nesse caso restará a aplicação da atenuante genérica do artigo 66.

²⁴⁴ SARAIVA, Renata Machado. **Criminal Compliance como Instrumento de Tutela Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.147

Se além disso o tribunal observar que a empresa tentou reparar (ou reparou) o dano ambiental causado, aplicará a atenuante do artigo 65 ou a redução de pena do arrependimento posterior, a depender da presença dos requisitos do artigo 16.

4.2.3 *Criminal Compliance* como sanção penal

Por fim, além de servir como circunstancia de isenção de responsabilidade penal ou de atenuante de pena, os programas de *criminal compliance* podem ser considerados modelo de sanção penal ou condição de acordo de cooperação criminal em alguns sistemas jurídicos.

No primeiro caso, a legislação pode estabelecer como sanção penal a obrigatoriedade da empresa adotar um programa de *compliance* como pena pela prática de um delito. É o que acontece nos Estados Unidos e na Inglaterra.²⁴⁵

No segundo caso, o Estado pode propor a adoção de um programa de *compliance* como condição para o não processamento de uma pessoa jurídica pela prática do crime, ou mesmo como condição para a suspensão de um processo.²⁴⁶

Mais uma vez a legislação americana, até pela sua tradição em aplicar práticas de justiça penal negociada (*Plea Bargain*), prevê os institutos do *Deferred Prosecution Agreements (DPA)* e *Non-Prosecution Agreements (NPA)*.²⁴⁷

Nesses casos o Ministério Público propõe à empresa a adoção de um programa de *criminal compliance* com a finalidade de evitar a aplicação de uma sanção penal.

No Brasil não existe a previsão legal para a aplicação de sanção penal que tenha como objeto a obrigatoriedade da empresa adotar um programa de *criminal compliance*.

A pessoa jurídica que eventualmente for condenada a prática de um delito ambiental não pode ser obrigado pela sentença penal condenatória a pena de implementação obrigatória de um programa de *compliance* sob pena de violar o princípio constitucional da legalidade da pena.

²⁴⁵ BRAITHWAITE, J. **Corporate crime in the pharmaceutical industry**. Londres: Routledge & Kegan Paul, 2012, 33

²⁴⁶ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.445

²⁴⁷ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.446

Porém, com o advento da lei 13.964/19, o direito brasileiro passou a prevê a possibilidade do Ministério Público firmar um acordo de não persecução penal com a empresa autora de crimes ambientais, com a finalidade de implementar um programa de *criminal compliance* como condição para o não oferecimento de uma ação penal.

A doutrina sempre defendeu a inclusão de mecanismos de justiça penal negociada no Brasil. Heron José Santana Gordilho e Kenneth Williams defendem que o sistema da justiça penal consensual seria um mecanismo capaz de tornar o processo penal mais célere no país, além de constituir um avanço nas relações sociais e democráticas no Brasil.²⁴⁸

Em verdade, a nova lei apenas concedeu *status* de lei ordinária a um instrumento processual que já estava previsto nas resoluções 181 e 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, que já previam a possibilidade de acordo de não persecução penal nos mesmos termos da legislação de 2019.

Nos termos do acordo de não persecução penal o Ministério Público pode impor como condição de não oferecimento de uma denúncia contra o autor de um delito, qualquer condição desde que “proporcional e compatível com a infração praticada”.

Tratando de crime ambiental não existe condição mais compatível com a infração do que a necessidade de implementação de um programa de *criminal compliance* que tenha como finalidade minorar o dano ambiental decorrente do delito praticado e impedir a nova ocorrência de crimes da mesma natureza.

É interessante observar que todos os crimes da legislação ambiental preenchem o requisito objeto para celebração do acordo de não persecução penal, qual seja a pena mínima ser inferior a quatro anos.

Na prática ao firmar o acordo com o ministério público a empresa pode evitar um processo criminal através da condição de elaborar, em um prazo fixado no acordo, um programa de *criminal compliance* eficiente.

Apesar de não ser o modelo ideal, melhor seria se a adoção do programa fosse estimulado como forma de evitar a prática de crimes (através de uma isenção legal de responsabilidade, por exemplo), a nova legislação introduz a possibilidade de substituir a sanção penal por um

²⁴⁸ GORDILHO, Heron José Santana. WILLIAMS, Kenneth. **Introducing consensual criminal justice in Brazil**. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/110/34>

programa de prevenção a reincidência delitiva que, em muitos casos, é mais eficaz do que a simples punição arbitrária.

4.3 CRITÉRIOS PARA DEFINIR A EFETIVIDADE DOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

Para ser considerado efetivo o programa de *criminal compliance* deve prevenir, detectar e remediar riscos a violação da lei e de padrões éticos que podem se manifestar na rotina empresarial.²⁴⁹

Dessa forma, cada programa de *criminal compliance* deve ser elaborado conforme as particularidades de cada empresa, levando em consideração diversos fatores, dentre eles o tamanho da organização, a complexidade e a natureza da atividade empresarial exercida pela sociedade, a comunidade, bem como a localização da empresa e de suas filiais.

Também é importante conhecer a cultura e o histórico dos antecedentes da pessoa jurídica, bem como o potencial de risco da atividade em relação a terceiros e ao meio ambiente.

É interessante que por mais que se advogue pela necessidade da lei estabelecer os critérios para valorar a eficácia de um programa de *compliance*, na prática, diante da complexidade e da enorme variedade de atividades que podem ser exercidas pelas empresas, é impossível que a lei tenha a capacidade de antever todo e qualquer risco decorrente das atividades empresariais e de estabelecer critérios objetivos para todos os casos hipotéticos.²⁵⁰

Muitas atividades exigem programas de prevenção específicos que levem em consideração as particularidades técnicas de cada organização empresarial, levando em consideração a natureza de cada atividade.²⁵¹

²⁴⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.601

²⁵⁰ SIEBER, Ulrich. **Programas de *compliance* en el derecho penal de l empresa, Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.56

²⁵¹ SIEBER, Ulrich. **Programas de *compliance* en el derecho penal de l empresa, Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p.56-57

É óbvio que as particularidades técnicas de uma empresa farmacológica será diferente daquelas que devem ser previstas na gestão de riscos de uma empresa que trabalhe com o transporte de animais ou a perfuração de petróleo em águas profundas, tornando impossível o exercício de criar um padrão legislativo para todos os modelos de *criminal wcompliance*.²⁵²

O que é recomendado do legislador é que estabeleça os requisitos básicos de um programa eficaz de *compliance*. O mínimo para que um programa possa ser considerado capaz de, por exemplo, isentar ou minorar a responsabilidade penal de uma empresa na eventualidade da prática de um crime.

A doutrina aponta cinco requisitos mínimos para um programa eficaz de *compliance* penal, sendo o primeiro deles a necessidade de elaboração de um código de conduta e um sistema de formação dos representantes legais (colaboradores) da organização.²⁵³

A finalidade desse requisito é estabelecer um padrão de conduta fundado no dever de cumprir a lei e a ética na atividade empresária, minorando, dessa forma, os riscos dos desvios de conduta que eventualmente acarretem na implementação de riscos e na ocorrência de delitos.

O segundo requisito é a presença de um *Compliance Office* dentro das empresas, com autonomia para implementar e fiscalizar as políticas técnicas e administrativas de prevenção de riscos.²⁵⁴

O objetivo desse requisito é criar a cultura do *compliance* administrada por um funcionário ou um setor da empresa responsável pela gestão dos programas de *compliance*.

O terceiro requisito diz respeito a criação de um sistema de autocontrole que tenha por finalidade facilitar a descoberta e a investigação de condutas ilícitas dentro da própria estrutura empresarial.²⁵⁵

²⁵² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.604

²⁵³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.606

²⁵⁴ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.606

²⁵⁵ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.607-608

Nesse ponto é importante resgatar o princípio de fomentar a colaboração da empresa com os mecanismos tradicionais de persecução penal. A empresa deve implementar seus próprios mecanismos de persecução, auxiliando a polícia e o ministério público em reunir elementos de autoria e materialidade para responsabilizar eventual autor de delito.²⁵⁶

É interessante ponderar que esse requisito é difícil de ser observado em países que adotam o modelo de heteroresponsabilidade penal da pessoa jurídica. Nesses países o modelo de imputação cria a cultura do encobrimento nas empresas privadas diante da prática de crimes ambientais. Nesse modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica, a empresa será responsabilizada pela conduta dos seus agentes e, por essa razão, ocorre o estímulo a não colaboração por parte da empresa através da qual o crime foi praticado.²⁵⁷

Esse requisito é mais eficaz nos modelos de autoresponsabilidade, diante da separação da responsabilidade penal da pessoa física e da pessoa jurídica.

Como um complemento ao pressuposto anterior, o quarto requisito é a criação de um canal de denúncia, que permita a qualquer colaborador da empresa notificar internamente a ocorrência de um ato ilícito ou de um delito.

É importante que o programa de *compliance criminal* estabeleça critérios para garantir o anonimato por parte do denunciante. Fomentando e encorajando esse tipo de conduta.

Mais uma vez a finalidade é solidificar a cultura da colaboração da empresa com os órgãos de persecução penal, tal instituto, em verdade, tem natureza jurídica de notícia crime por delação, instituto jurídico tradicional que tem como finalidade dar início a uma investigação oficial ou não oficial.²⁵⁸

Por fim, o quinto requisito consiste em estabelecer instrumentos de revisão periódica dos programas de *criminal compliance* com o fim de atualizar as demandas de acordo com as neces-

²⁵⁶ XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei. 12.846/13: elementos de estudo de caso.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015, p.78

²⁵⁷ XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei. 12.846/13: elementos de estudo de caso.** São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015, p.78-79

²⁵⁸ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment.** Oxford: Clarendon Press, 2004, p.610

sidades técnicas e administrativas da organização levando em consideração a experiência adquirida com programas anteriores.²⁵⁹

É importante lembrar que esses são programas básicos de *compliance*, devendo cada organização estabelecer os demais de acordo com sua realidade, podendo implementar ainda programas normativos, como normas técnicas de acordo com a natureza da atividade, ou programas administrativos, regulatórios da atividade exercida pela empresa.²⁶⁰

É muito comum usar como fonte complementar de *compliance* os programas adotados por outras empresas do mesmo setor da atividade exercida pela organização.

Então uma empresa que trabalha com transporte de material radioativo, pode utilizar como base para um programa de *criminal compliance* eficiente a adoção de um programa similar utilizado por uma outra empresa do ramo que já colocou a prova o seu programa de prevenção.²⁶¹

Outra fonte importante é a própria jurisprudência que, a cada dia, ao valorar situações concretas, tem estabelecido quais são os programas de *compliance* eficazes, capazes de gerar isenção ou minoração de pena, daqueles que são considerados inadequados.

É sempre importante ressaltar que o fato de ocorrer um crime em uma corporação não é sinônimo de que o programa de *criminal compliance* da empresa é ineficaz.

Nenhum programa de *compliance* se propõe a ser infalível, o que ele precisa garantir é uma razoável eficácia.²⁶²

²⁵⁹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.611

²⁶⁰ XAVIER, Christiano Pires Guerra. **Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei. 12.846/13: elementos de estudo de caso**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015, p.81

²⁶¹ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.617

²⁶² HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.34

Toda atividade empresarial, em maior ou menos intensidade, gera risco a bens jurídicos. O importante é a autogestão e o controle desse risco para tentar minimizar o perigo de lesão a bens jurídicos.²⁶³

Na prática caberá a empresa, na eventualidade da ocorrência de um crime, demonstrar que decorreu de um fato isolado em face a robustez e eficiência do seu programa de *criminal compliance*.

4.4 REQUISITOS MÍNIMOS DE EFETIVIDADE DO *CRIMINAL COMPLIANCE* AMBIENTAL

O *Criminal Compliance* não é um instituto jurídico tradicional. Os programas não são impostos pelo Estado mas são criados por iniciativa das próprias empresas em plena manifestação da sua autorregulação.²⁶⁴

Na esfera do Direito Penal ambiental é essencial observar que os programas se adaptam a complexidade da atividade exercida por cada organização, o que por um lado permite maior dinamismo na implementação de protocolos de proteção ambiental, do outro lado gera uma certa insegurança jurídica por não estabelecer objetivamente quais programas são eficazes.²⁶⁵

Basta analisar que na ocorrência de um delito ambiental praticado por uma pessoa física a empresa deve demonstrar ao poder judiciário que implementou um programa eficaz de *criminal compliance* ambiental. Mas quais os critérios para determinar essa eficácia? Quais os programas são realmente eficazes e quais não são?

Em se tratando de direito penal é necessário encontrar um modelo de demonstração de eficácia dos programas de *compliance* que ao mesmo termo permita uma adequação a realidade dinâmica da autorregulação empresarial e o princípio da legalidade.

²⁶³ HUTTER, Bridget. **Compliance: Regulation and Environment**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p.34-35

²⁶⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. **Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2008, p.9

²⁶⁵ NERY, Ilva Martins. **Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: *compliance* criminal**. São Paulo: All Print Editora, 2015, p.153

Os critérios de eficácia dos programas de *compliance criminal* deveriam estar previsto em lei, para que possam constituir uma garantia privada a persecução penal estatal.

É claro que isso não se aplica a todos os programas de *compliance*. Na prática o programa de *compliance* de uma empresa tem vários aspectos, seja ele financeiro, administrativo, social. Mas no que tange ao *compliance criminal* não é possível se afastar da segurança da tipicidade. Significa que a lei penal deve prever as hipóteses de aplicação judicial do *criminal compliance*, estabelecendo as suas consequências na persecução penal, além de descrever os elementos básicos para garantia da sua efetividade.

É importante também que a norma processual penal estabeleça as balizas dos mecanismos de avaliação dos programas de *criminal compliance*, mais uma vez com a finalidade de garantir a proteção da empresa diante do direito de punir do Estado.

É claro que a linha é tênue. A finalidade é reduzir a subjetividade da expressão “eficácia do programa de *compliance*” porém a demonstração dessa efetividade vai depender do juízo de valor do caso concreto de acordo com as complexidades da atividade objeto do caso a caso.²⁶⁶

No Brasil a lei ainda não estabelece os critérios para determinar a eficácia dos programas de *compliance* ambiental, dessa forma, a doutrina tem estabelecido os requisitos mínimos do programas de *criminal compliance* a ser implementado pelas empresas para reduzir o risco ao dano ambiental.

O primeiro requisito é identificar os potenciais riscos de dano ambiental inerente a atividade exercida pela empresa. O programa de *compliance* deve identificar os riscos de acordo com a organização da empresa, a qualificação dos seus representantes e o ambientes em que a empresa opera.

Identificar o potencial dano ambiental é o primeiro passo de um programa de *criminal compliance* eficiente que se propõe a prevenir o risco ambiental a atividade empresária.

O segundo passo é definir o chamado *conduct codes* da organização. Significa definir e expor quais são os valores da empresa, em especial os valores de preservação ambiental.

O programa de *criminal compliance* deve deixar claro a atitude da empresa em relação ao meio ambiente, estabelecendo de forma clara o equilíbrio entre preservação ambiental e ativi-

²⁶⁶ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.57

dade economica. Esse é talvez o requisito mais importante para impulsionar a mudança de mentalidade dos representantes da organização em relação ao meio ambiente. Essa mudança de paradigma é de extrema importância pra criar uma conscientização ambiental a partir da própria filosofia de trabalho da entidade coletiva.

O *conduct codes* da organização deve estabelecer um código de conduta voltado para preservação do meio ambiente, adotando essa postura como padrão de comportamento dos empregados.

O terceiro requisito é definir claramente a estrutura hierárquica da organização e os critérios de delegação de poderes e funções, implementando o *compliance office* com autonomia para identificar os riscos de dano ambiental, identificar as faltas tanto por descumprimento da lei como dos padrões de comportamento estabelecidos pelo programas de *compliance*.

Também é da competência do *compliance office* aplicar sanções aqueles agentes que violem as normas de *compliance* e implementar programas de prevenção de riscos ao meio ambiente e a ocorrência de crimes ambientais, tanto em face de culpa como de dolo.

Aqui é importante observar que uma das funções do *compliance office* é disseminar o programa de *compliance criminal* em todos os níveis hierárquicos da empresa, demonstrando que o paradigma de proteção ambiental deve ser padronizado do topo da pirâmide organizacional da empresa até as suas bases.²⁶⁷

O quarto requisito é a implementação de um programa de treinamento a todos os subordinados, aliado ao fornecimento de equipamento adequado a preservação dos riscos ambientais decorrentes da complexidade da atividade exercida.

Como quinto requisito é necessário promover a participação de todos os subordinados no processo de identificação dos riscos e das falhas na estrutura organizacional da empresa, sempre tendo como finalidade evitar a implementação de riscos ao meio ambiente.

Deve ser promovido os mecanismos de investigação interna de identificação dos ilícitos ambientais, permitindo a participação dos subordinados da denuncia do fato, a apuração e a aplicação da sanção. Integrando toda a empresa com a finalidade de atingir os objetivos do programa de *compliance*.

²⁶⁷ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.76

Por fim a empresa deve garantir a revisão fiscalização dos programas de *compliance* por parte de auditores externos e internos, além da participação de certificadoras. Esse sistema de monitoramento serve para garantir a constante atualização dos programas de *compliance* reduzindo ainda mais os riscos da ocorrência de um ilícito penal ambiental.²⁶⁸

Sobre o tema Amanda Pereira e Tagore Trajano defendem que :

“A fiscalização eficiente é um começo para que o ciclo de danos encerre, portanto o princípio da precaução é o centro do Direito Ambiental. Dotar os órgãos de infra-estrutura mais adequada, acendrar um processo fiscalizatório mais consistente e coerente, inclusive com profissionais de diversas áreas, conscientes e preparados para desenvolver tais atividades é um meio de aprimorar o Estado Social.”²⁶⁹

4.5 O PROJETO DE LEI 5442/2019

Diante do fato da legislação brasileira não estabelecer critérios objetivos para determinar a eficácia dos programas de *criminal compliance* em matéria ambiental, o então deputado federal e jurista Luis Flavio Gomes apresentou na câmara dos deputados o projeto de lei 5.442/2019.²⁷⁰

Esse projeto tem como objetivo regular os programas de *compliance* ambiental, estabelecendo, objetivamente, os requisitos para a eficácia dos referidos programas.

O artigo terceiro do projeto estabelece que a imposição das sanções penais previstas na legislação ambiental, deverá levar em conta a existência de programa de *compliance* ambiental efetivo no âmbito da pessoa jurídica punida.²⁷¹

²⁶⁸ BECKER, Gary S. **Crime and punishment: an economic approach**. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). **Economics of criminal law**. Northampton: Edward Elgar, 2008., p.

²⁶⁹ PEREIRA, Amanda Cambuí; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **O Inverso da análise da culpa: leitura da teoria do risco a partir do rompimento de barragem em Mariana/MG**, 2020, p.79, Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/907/787>

²⁷⁰ Projeto de Lei 5.442/19 da Câmara dos Deputados Federais

²⁷¹ Art. 3º. A imposição das sanções penais e administrativas previstas na legislação ambiental em vigor, deverá levar em conta a existência de programa de conformidade ambiental efetivo no âmbito da pessoa jurídica punida

Se aprovado, esse dispositivo preenche a lacuna legislativa quanto a possibilidade do uso dos programas de *compliance* pelo poder judiciário, impondo ao magistrado, no caso concreto, analisar a eficácia dos programas como critério para imposição da pena.

A redação do dispositivo abre espaço, inclusive, para o afastamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, desde que demonstrado que adotou um programa eficaz de *compliance* com a finalidade de reduzir o risco da ocorrência de lesões ao meio ambiente.

No mais o projeto estabelece os requisitos que devem ser observados para atestar a eficácia do programa de *compliance*, dentre eles a adoção de padrões de conduta, código de ética ambiental, análise periódica de riscos, implementação de canais de denúncia de irregularidade e monitoramento contínuo do programa de compliance visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei nº 9.605/98.²⁷²

No mais, o projeto propõe que a análise da eficácia dos programas de *compliance* devem levar em consideração a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores da empresa, a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores, a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais, o setor do mercado em que atua, a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o

²⁷² Art. 6º. A avaliação da efetividade do programa de conformidade ambiental deverá observar as seguintes diretrizes:

- I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de conformidade, aplicáveis a todos os empregados e administradores independentemente de cargo ou função exercidos;
- III – treinamentos periódicos sobre o programa de conformidade;
- IV – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- V – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de conformidade e fiscalização de seu cumprimento;
- VI – canais de denúncia de irregularidade, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;
- VII – medidas disciplinares em caso de violação do programa de conformidade;
- VIII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- IX – monitoramento contínuo do programa de conformidade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998;

grupo econômico e o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Dessa forma o referido projeto traz segurança jurídica, suprimindo a lacuna legislativa sobre a matéria e servindo do estímulo para a adoção de programas de *criminal compliance* ambiental.

Uma vez aprovado o projeto afastará qualquer divergência doutrinária sobre a matéria, pacificando a possibilidade dos programas de *compliance* serem utilizados como excluyente de responsabilidade penal.

Desde o dia 22 de outubro de 2019 o projeto se encontra na comissão de desenvolvimento econômico da câmara, aguardando parecer final para votação.

5. CONCLUSÃO

A presente dissertação investigou a problemática das consequências jurídicas da adoção de programas de *criminal compliance* no Direito Penal ambiental.

Na introdução, foi levantada como hipótese principal a possibilidade dos programas de *criminal compliance* afastarem a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

Durante a pesquisa, esse trabalho constatou que o parágrafo terceiro, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, introduziu no Brasil o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

O constituindo originário optou por elevar os bens jurídicos ambientais a condição de direito transindividual, considerando que toda pessoa tem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, como consequência, estendeu a tutela ambiental ao direito criminal.

Dez anos após promulgação da Constituição, entrou em vigor no país a lei 9.605/98, que passou a estabelecer os crimes contra o meio ambiente. A referida legislação também passou a regular a hipótese de imputação de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ainda que a Constituição estabeleça a possibilidade de imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica pela prática de delitos contra o ordem econômica, na prática, até o ano de 2021, a

única legislação no Brasil que trata da responsabilidade penal de entidades coletivas é a lei 9.605/98. Dessa forma, a única hipótese de imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica no Brasil decorre da prática de crimes ambientais.

Com a entrada em vigor da legislação ambiental, as empresas, diante da possibilidade de sofrerem responsabilidade criminal pela prática de delitos contra o meio ambiente, passaram a adotar programas de *criminal compliance*.

Dentre os programas de *criminal compliance* aplicados ao direito ambiental, passaram a ser adotados pelas empresas os programas de avaliação de gestão de riscos, adoção de códigos de conduta ambiental, sanções internas, investigação interna, gestão de conhecimento, ecoauditorias, certificações e aprimoramento periódico, todos objeto de análise da presente dissertação. Durante a pesquisa foi possível concluir que esses programas podem ser extremamente eficazes como mecanismo de prevenção de riscos ao meio ambiente e, quando bem aplicados, podem evitar a ocorrência de dano ambiental.

Não obstante a adoção desses programas de *compliance criminal*, os tribunais brasileiros não admitiam a possibilidades dessas medidas de prevenção serem invocadas para alterar a responsabilidade penal das entidades coletivas.

Os tribunais superiores, ao estabelecerem os parâmetros da responsabilidade penal das empresas, adotaram a teoria de heterorresponsabilidade penal, que determina a necessidade de aplicação do princípio da dupla imputação para responsabilizar pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

Para esse princípio, transplantado do direito francês, só é possível imputar responsabilidade penal à pessoa jurídica se for possível identificar a pessoa física que, dolosa ou culposamente, deu causa ao resultado criminoso.

Significa dizer que a responsabilidade da empresa estava condicionada a imputação de responsabilidade penal da pessoa física.

Como consequência a pessoa jurídica era responsabilizada objetivamente pela prática de crime ambiental, bastando a demonstração da responsabilidade objetiva de uma pessoa natural.

Diante da adoção da teoria da heterorresponsabilidade os tribunais não consideravam a possibilidade dos programas de *compliance* serem valorados quando da aplicação da pena, ou da determinação da responsabilidade penal da empresa.

Em 2013, com o julgamento do Recurso Extraordinário 548.181/PR, o Supremo Tribunal Federal revisou entendimento anterior e passou a admitir a aplicação da teoria da autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica.

Após esse julgamento, o STF passou a admitir a responsabilidade autônoma da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, afastando a necessidade de dupla imputação.

Significa afirmar que o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a responsabilidade penal da empresa, independente da imputação da responsabilidade à pessoa física.

No caso concreto, mesmo afastada a responsabilidade penal dos diretores da Petrobrás pela prática de um crime ambiental, o acórdão permitiu a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica.

Ao modificar o paradigma de imputação de responsabilidade penal empresarial, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a culpabilidade da empresa em separado da culpabilidade dos seus representantes.

Com isso o STF importou para o Brasil o conceito de culpabilidade construtivista, modalidade de culpabilidade que tem uma dimensão temporal, não sendo valorada no momento da ação ou omissão criminosa.

Diferente da culpabilidade clássica, a culpabilidade construtivista tem um caráter permanente, o que importa não é o fato praticado mas a forma em que a empresa é administrada.

O juiz deixa de avaliar a conduta que lesionou o bem jurídico e passa a valorar o comportamento da empresa antes, durante e após a execução do delito pelo representante da empresa.

Dessa forma, o modelo de gestão empresarial e, como consequência, a adoção de programas de *criminal compliance*, passam a ter relevância no processo de constituição de responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

Na esteira dessa posição a doutrina passou a advogar quanto a possibilidade do programa de *compliance* servir como excludente de responsabilidade penal, hipótese levantada na introdução dessa dissertação.

Em face da presente pesquisa é possível concluir que é plenamente possível a adoção de programas de *compliance* como excludente de responsabilidade penal, desde que demonstrado, no caso concreto, a eficácia do programa de *compliance*.

A demonstração da eficácia afastaria a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática do crime ambiental, ao atestar que o resultado criminoso decorreu, exclusivamente, da conduta da pessoa natural.

Dessa forma, dois seriam os requisitos para que o programa de *criminal compliance* afastasse a responsabilidade penal da empresa. Em primeiro lugar, a necessidade de adoção de um programa de *compliance* anterior a ocorrência do crime ambiental e, em segundo lugar, a demonstração processual da eficácia desse programa.

Acontece que a jurisprudência das cortes superiores do país não admitem essa modalidade de exclusão de responsabilidade, argumentando que faltaria previsão legal nesse sentido.

A doutrina, em sentido contrário, admite a possibilidade do programa de *compliance* ambiental eficaz afastar a tipicidade da conduta da pessoa jurídica, com fundamento da teoria da imputação objetiva de responsabilidade.

Para essa teoria, não obstante a demonstração processual do nexo de causalidade entre a conduta da pessoa jurídica e o dano ambiental, a adoção de um programa eficaz de *criminal compliance* tornaria o risco ao bem jurídico tolerável, o que afastaria a imputação penal.

Diante disso, a pesquisa confirma a hipótese levantada inicialmente, no sentido de ser possível a adoção de um programa de *compliance criminal* fundamentar a atipicidade da conduta da pessoa jurídica, desde que presentes os requisitos aqui apresentados.

Quanto a hipótese subsidiária investigada, a pesquisa observou ser possível, também, invocar a adoção do programa de *criminal compliance*, como atenuante genérica de pena, nos termos do artigo 66 do Código Penal brasileiro.

O dispositivo, que a doutrina denomina de atenuante inominada, estabelece que o juiz pode adotar qualquer circunstância que considere relevante como circunstância genérica de redução de pena.

Esse dispositivo se adequa perfeitamente a natureza do *compliance criminal*, sendo inclusive hipótese reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 548.181/PR.

Dessa forma, a adoção de um programa de *criminal compliance* pode servir como atenuante de pena, independente do programa ser adotado antes ou depois do crime, bastando que o juiz o considere eficaz.

É importante assinalar que a presente pesquisa também investigou a possibilidade do programa de *compliance* ser imposto a uma empresa como pena pela prática de crime ambiental.

A pesquisa confirmou a hipótese inicial de que essa sanção é inconstitucional, diante do princípio da legalidade de impede a imputação de pena não prevista em lei.

Porém a norma processual penal brasileira admite a possibilidade do programa de *compliance* ser objeto de acordo de não persecução penal, servindo como condição, negociada com o Ministério Público, para o não oferecimento de ação penal ambiental contra uma empresa investigada pela ocorrência de crime contra o meio ambiente.

O Ministério Público pode impor a adoção de um programa de *criminal compliance* ambiental como condição para formalização de um acordo de não persecução penal com a pessoa jurídica autora de crime ambiental.

Confirmada as hipóteses iniciais sobre a possibilidade de adoção do programa de *compliance criminal* como excludente de responsabilidade (posição da doutrina) ou atenuante de pena (posição do Supremo Tribunal Federal), a pesquisa passou a analisar o problema secundário quanto aos critérios para determinar a eficácia do programa de *compliance criminal*.

Diferente da legislação americana, no Brasil a lei não estabelece requisitos para que um programa de *compliance* possa ser considerado legal.

O projeto de lei 5442/2019, em trâmite na câmara dos deputados, prevê inclusão na legislação brasileira de nove requisitos legais para atestar a eficácia de um programa de *criminal compliance*.

O referido instituto também prevê, expressamente, que a adoção de um programa eficaz de *compliance ambiental* pode afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental.

Diante da lacuna legislativa, a doutrina estabelece os requisitos para determinar a eficácia de um programa de *criminal compliance* ambiental, sendo eles: a identificação dos potenciais riscos ambientais através da adoção do programa de gestão de riscos, a adoção de códigos de conduta ambiental, a implementação do *compliance office*, a implementação de programas de treinamento adequados a preservação dos riscos ambientais decorrentes da complexidade da atividade empresária exercida e a participação de todos os subordinados no processo de identificação dos riscos e das falhas na estrutura organizacional da empresa.

Esses cinco requisitos, quando observados no caso concreto, devem ser invocados pelo poder judiciário para determinar a eficácia do programa de *criminal compliance*.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Cindy R.; COHEN, Mark A. *The evolution of corporate criminal settlements: an empirical perspective on non-prosecution, deferred prosecution and plea agreements*. American Criminal Law Review, n. 52, p. 537-593, 2015.

ARAÚJO, Fábio Roque. *Peculiaridades do Direito Penal ambiental*. 2014. Disponível em <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/11935/9427>>. Acesso em 29 de Março de 2021

ARAÚJO, Kleber Martins de. *Responsabilização da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Introducción a la autorregulación*. In: ARROYO JIMÉNEZ, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.
BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). *Economics of criminal law*. Northampton: Edward Elgar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

BOERSMA, Martine. *Corruption: a violation of human rights and a crime under international law?* Cambridge: Intersentia, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo; TAMASAUSKAS, Igor. *Impressões sobre a Lei Anticorrupção*. Folha de S. Paulo, 29-1-2014. Disponível em: <www.folhaonline.com.br/imdhrhf/impressoes-sobre-lei-anticorrupcao.html> acesso em: 16 de dezembro de 2020.

BRAITHWAITE, J. *Corporate crime in the pharmaceutical industry*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1984.

BRANCO, Fernando Castelo. *Reflexões sobre o acordo de leniência: moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel*. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro (coord.). *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARRILLO DEL TESO, Ana E. *Responsabilidad penal de la persona jurídica: pasado, presente y futuro*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El proyecto de reforma del código penal de 2013, a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.

CARVALHO, Renata. *Cubatão e o Jornalismo Ecológico: Estudo de Três Momentos*, 2006, disponível em <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/4f0dd33b95cdc4902f09df7e41b4e7e4.pdf>>. Acesso em: 17 de Dezembro de 2020

COELHO, Yuri Carneiro. *Curso de Direito Penal didático, volume único*. São Paulo: Atlas, 2014

COMMONER, Barry. *Seveso: The Tragedy Lingers On*, 2008. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.3109/15563657708988212>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador - ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada*. Tese de Livre-docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://usp.edu.br/direito/odhaer/direito-penal-economico/8379357938798769>> acesso em: 18 de dezembro de 2020.

DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresário*. Madrid: Iustel, 2009.

DE STEFANO, Michele Beardslee. *Creating a culture of compliance: why departmentalization may not be the answer*. Hastings Business Law Journal, 2014.

ESTRADA I CUADRAS, Albert; LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas*. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Autorregulación y Derecho penal de la empresa: zuna Adán (diretores). Autorregulación y sanciones*. Valladolid: Lex Nova, 2008

FISSE, Brent; BRAINTHWAITTE. *Corporations, crime and accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

FIORELLA, *Corporate Criminal Liability and compliance programs*, 2012. Disponível em:

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *Reflexiones sobre responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera*. In: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (dir.). *El proyecto de reforma del código penal de 2013, a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014.

GLAZER, Myron Peretz; GLAZER, Penina Midgal. *The Whistle-blowers. Exposing corruption in government & industry*. New York: Basic Books, 1989.

GOENA VIVES, Beatriz. *La atenuante de colaboración*. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013

GORDILHO, Heron José Santana. WILLIAMS, Kenneth. Introducing consensual criminal justice in Brazil. Disponível em <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/110/34>>. Acesso em: 29 de Abril de 2021

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Compliance y derechos de los trabajadores*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA AGIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013

GONZÁLEZ FRANCO, J. A.; SCHMEL, A.; BLUMENBERG, A. *La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis. *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*. In: PRADO, Luiz; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HAWKINS, Keith. *Environmental and Enforcement - Regulation and the Social Definition of Pollution*. New York: Oxford University Press, 2011.

HIGGINBOTHAM, Adam. *Midnight in Chernobyl: The Untold Story of the World's Greatest Nuclear Disaster*, Simon & Schuster: New York, 2018

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HUTTER, Bridget M., *Compliance: Regulation and environment*. Oxford: Clarendon Press, 2004

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The private enforcement of law*. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). *Economics of criminal law*. Northampton: Edward Elgar, 2008.

LAUFER, William. *Illusions of compliance and governance*. *Corporate Governance* v. 6, n. 3, 2006.

LE CANNU, Paul. *Les sactions applicable aux personnes morales em raison de leur responsabilité*. Apud: PRADO, Luis Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunal, 2001.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *La certificación de los programas de cumplimiento* In SARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus; NIETO MARTÍN, Adán. *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: tirant lo blanch, 2013

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

MASCHMANN, Frank. *Compliance y derechos del trabajador*. Traducción por Juan Luis Fuentes Osorio. In: KUHLEN, Lothar, MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MCADAMS, Richard H.; ULEN, Thomas S. *Behavioral criminal law and economics*. In: GAROUPA, Nuno (ed.). *Criminal law and economics* Northampton: Edward Elgar, 2009.

MONTIEL, Juan Pablo. *Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales*. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MOOSMAYER, Klaus. *Investigaciones internas: una introducción a sus problemas*. Traducción por Adán Nieto Martín. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. *Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (dir.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

NERY, Iva Martins. *Reflexões sobre a lei dos crimes ambientais: compliance criminal*. São Paulo: All Print Editora, 2015

NIETO MARTÍN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ODED, Sharon. *Corporate compliance: new approaches to regulatory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013

OLIVEIRA, William Terra et al (org.). *Direito penal econômico: estudos em* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; VARELA, Lorena. *Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cot nitivos y dinámicas de grupo*. In: MONTANER FER-

NÁNDEZ, Raquel (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

PARKER, Christine; NIELSEN, Vibeke Lehmann. *Do businesses take compliance systems seriously? An empirical study of the implementation of trade practices compliance systems in Australia*. Melbourne University Law Review, v. 30, 2006.

PEREIRA, Amanda Cambuí; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **O Inverso da análise da culpa: leitura da teoria do risco a partir do rompimento de barragem em Mariana/MG**, 2020, Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/907/787>. Acesso em: 29 de Março de 2021

POSNER, Richard A. *An economic theory of the criminal law*. In: LEVITT, Steven D.; MILLES, Thomas J. (ed.). *Economics of criminal law*. Northampton: Edward Elgar, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*, Salvador: Editora Juspodivm

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa*. In: MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (dir.). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government. Causes, consequences and reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. Barcelona: Enero, 2012

RODRÍGUEZ FONT, Mariola. *Régimen de Comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*. Barcelona: Atelier, 2003.

SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline. *Principles of International Environmental Law*. 3.ed. New York: Cambridge University Press, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Fronteras del normativismo: a exemplo de las funciones de la información en los programas de criminal compliance*. Revista da Faculdade de Direito da USP, n. 108, 2013. Disponível em: <<http://usp.edu.br/direito/odhaer/direito-penal-economico/8379357938798769>> Acesso em: 20 de Janeiro de 2021.

SAHAN, Oliver. *Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado. Traducción por Albert Estrada I Cuadras*. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SARAIVA, Renata Machado. *Criminal Compliance como Instrumento de Tutela Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2018

SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica*. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In:

SOARES, Washington Luiz Pereira. *Lógica Sustentável e Gestão do Compliance Ambiental*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2019

TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 2007.

WEISSMANN, Andrew; NEWMAN, David. *Rethinking criminal corporate liability*. Indiana Law Journal, v. 82/2007.homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.

WELNER, Philip. *A effective compliance programs and corporate criminao prosecutions*. Cardozo Law Review, New York, v.27-1, 2005

VERISSIMO, Carla. *Compliance: Incentivo à Adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017

XAVIER, Christiano Pires Guerra. *Programas de compliance anticorrupção no contexto da lei. 12.846/13: elementos de estudo de caso*. Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, 2015