

Fernanda Freixinho



## Questão de Justiça

ff@freixinho.adv.br

### Direito Penal e Compliance

Como já frisado diversas vezes nessa coluna em artigos anteriores, o Direito Penal tem cada vez mais se voltado para a atividade empresarial. Nesse contexto temos todo um arcabouço jurídico com o objetivo de criminalizar empresas (ex.: crimes ambientais) ou seus dirigentes (ex.: lavagem de capitais, crimes contra o sistema financeiro nacional, crimes contra a ordem tributária, dentre outros).

Nessa perspectiva ocupar um cargo diretivo em uma empresa, passa a constituir uma atividade de risco, se analisada sob a perspectiva criminal, de modo que é muito comum que presidentes e diretores de empresa respondam ou tenham respondido a mais de um inquérito ou processo judicial na esfera penal. Contudo, a maioria deles sequer sabia que a conduta praticada poderia configurar algum crime, sendo que, mesmo assim, em muitos casos, o processo acaba com sentença condenatória.

Destaque-se que o conceito de compliance surgiu na década de 90, mas passou a ter relevância somente com a exigência legal de colaboração com as investigações de lavagem de dinheiro e de criar mecanismos e sistemas intraorganizacionais que coibam a prática de lavagem, corrupção ou qualquer outra prática que possa colocar em risco o sistema financeiro nacional (Lei 9613/98 e Resolução 2554/98 CMN).

Assim, é importante atualizar o conceito de compliance e ajustá-lo a realidade atual sob a perspectiva do compliance criminal.

O conceito de compliance é vasto e diversificado, sendo que aplicado ao Direito Penal passaria a significar “fidelidade com relação às leis” (Thomas Rotsch). Seria a aderência, ou seja, o quanto a empresa está em conformidade com as determinações legais.

No compliance, a própria empresa deveria ser capaz de elaborar regras próprias (no sentido de gestão administrativa), para evitar a prática de condutas que possam ser consideradas ilícitos penais.

A empresa, ao criar estas normas internas acaba por determinar as responsabilizações penais.

Cabe lembrar que o compliance surgiu como resposta à jurisprudência alemã que foi se criando nos tribunais superiores no sentido de criminalizar atividades econômicas e penalizar aqueles que consideram os principais responsáveis, em especial, os Presidentes das empresas (Rotsch).

Essa nova realidade faz com que a atividade do advogado na esfera penal mude o seu foco, pois se torna muito mais interessante para as empresas

trabalhar com o profissional de modo preventivo integral, mediante atividade de assessoria e consultoria permanente.

Assim, o invés de trabalhar exclusivamente com a defesa de acusado em processo penal ou inquérito policial, o profissional de direito penal empresarial especializado em compliance criminal deve pensar estrategicamente a empresa, prever possíveis problemas e estar permanentemente em contato com seus dirigentes e funcionários a fim de prevenir problemas penais. A gestão de risco deve ser vista como de suma importância.

É claro que é uma atividade complexa, tendo em vista o nosso quadro legislativo e o fato de que é sempre mais fácil trabalhar com diagnósticos do que com prognósticos. O juiz assiste “ao final do filme” enquanto que o advogado especializado que trabalha com compliance criminal deve poder ter condições de fazer diversos roteiros e prever os inúmeros finais para vários filmes, já que a empresa desenvolve cotidianamente uma série de atividades paralelamente.

Alguns problemas são recorrentes, de modo que o advogado pode estar dando palestras, aos dirigentes e funcionários e tentar de certa forma “fiscalizar” o cumprimento das orientações, contudo, nem sempre os gestores chegam a um consenso sobre a orientação dada e, nesse caso, o presidente deverá avaliar o risco e deliberar sobre a melhor medida a ser tomada.

Atualmente, o problema é tão sério que, em geral, quando o problema está posto, a denúncia do Ministério Público acaba atingindo todo o corpo diretivo e não somente o diretor da área onde ocorreu o problema com relevância penal.

Destaque-se que para que o compliance criminal seja efetivo, não basta que o advogado seja consultado como parecerista somente em casos onde o responsável vislumbre um possível problema, muito mais que isso ele tem que estar diariamente afinado com as práticas da empresa para que possa estar semanalmente revendo todos os procedimentos e evitar ou minimizar problemas, pois muitas vezes algo que para o dirigente é 100% correto e, por esse motivo, não irá sequer consultar um advogado especializado, depois pode se tornar um problema na área criminal. Assim, a atividade, embora seja altamente complexa seria desejável para todas as empresas que tem como objetivo se adequar integralmente às normas. Até porque, é claro que nenhuma empresa séria, nem tampouco seu quadro diretivo deseja responder a um inquérito ou processo criminal, levando-se em conta os riscos que ele representa, bem como os custos nos diversos âmbitos que poderá gerar à empresa.

O conceito de compliance é vasto e diversificado, sendo que, aplicado ao Direito Penal segundo

o professor alemão

Thomas Rotsch, passaria a significar “fidelidade com relação às leis”