

DIEGO LUIZ GODOY

**AS CIÊNCIAS CRIMINAIS
NA INVESTIGAÇÃO CORPORATIVA**

2023


EDITORA
CEI

1. Um panorama sobre a criminologia empresarial

De início é necessário dizer de o porquê ter como primeiro tópico um capítulo sobre criminologia em uma pesquisa sobre direito processual penal e direito penal econômico. Bom, o trabalho trata dos crimes praticados por pessoas poderosas e influentes, a criminologia empresarial pode explicar muito bem a causa desses crimes e o porquê de eles ocorrerem.

Antes de falar da criminologia empresarial é necessário dizer o que é de fato a matéria da criminologia, de acordo com (Gueiros Souza, 2021, p.27):

A criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que objetiva apresentar uma informação válida, constatada e confiável sobre o surgimento, a dinâmica e as variáveis do crime, contemplando-o como fenômeno individual e como problema social. Deve-se acrescentar que a disciplina não se limita ao estudo empírico do crime, cabendo-lhe, igualmente, o estudo do criminoso, da vítima e dos mecanismos de reação social.

Logo a criminologia é a ciência que estuda o crime, o criminoso, a vítima e o controle social.

A criminologia possui várias vertentes, mas a que será abordada aqui é a chamada criminologia empresarial, que procura explicar a etiologia dos crimes cometidos pela elite político econômica de nossa sociedade, empresas, empresários, políticos etc.

De acordo com (Sutherland. 2012), a causa da criminalidade de colarinho branco não é a pobreza ou a marginalidade social como são a maioria dos casos dos infratores da justiça criminal, a causa da criminalidade seria a falta de honestidade e a uma sensação de invulnerabilidade por seus atos, tendo em vista que a classe social de pessoas que cometem esses crimes, escapam mais facilmente da justiça, podem contratar advogados extremamente habilidosos, podem pagar fianças vultosas e escapar da prisão com mais facilidade.

Essa vertente da criminologia é pouco conhecida mas foi muito explorada no século XX em países de língua inglesa, mas no Brasil, é pouco conhecida e difundida, mas já foi objeto de discussões no meio acadêmico

mesmo que de forma isolada e muito pequena, antes de abordamos as poucas vezes em que foi discutida em solo nacional, é preciso conhecer um pouco mais a fundo essa matéria.

Nas palavras de (Gueiros de Souza. 2021) a pesquisa de Sutherland teve respaldo científico, não somente teórico, em sua pesquisa oficial, o sociólogo norte americano analisou 980 processos de 45 empresas norte americanas em um lapso retroativo de 45 anos, o que mais surpreendeu Sutherland foi que apesar de serem crimes, esses processos que tramitaram na justiça criminal e em instâncias regulatórias, estavam fora dos dados das estatísticas oficiais.

Como esse tipo de crime possuía reflexos, cíveis, criminais e regulatórios, alguns teóricos da criminologia buscaram cindir o conceito de crime do colarinho branco em duas partes, de acordo com (Gueiros de Souza. 2021, p.29):

...consoante a lição de Marshall Clinard e Richard Quinney – o conceito de crime de colarinho branco necessariamente precisou ser desdobrado em outros dois: (1) crime empresarial (corporate crime), o ilícito cometido pela empresa ou por seus dirigentes, em benefício dela própria; e (2) crime ocupacional (occupational crime), o ilícito perpetrado por indivíduos no curso das suas atividades profissionais. Com relação a esta última categoria, cuidam-se das infrações praticadas por pessoas se que valem das facilidades propiciadas pelo ambiente empresarial, envolvendo abuso de poder ou abuso de confiança para a obtenção de ganhos particulares.

Logo a doutrina criminológica buscou diferenciar crime empresarial de crime ocupacional e parece ter obtido sucesso em sua conceituação. Ao que parece crime empresarial é um ato ilegal praticado para atingir metas traçadas pela organização, logo podem atingir uma grande variedade de comportamentos como fraudes, corrupção, uso de informação privilegiada, cartéis, violações de direitos de trabalhadores, consumidores ou fornecedores, concorrência desleal.

Quanto ao crime ocupacional este seria praticado em um contexto organizacional, utilizando da estrutura da empresa para cometer crimes que irão lhe agregar vantagens individuais, logo não seria um crime em que a empresa ganharia e sim a pessoa que se utilizou dela.

Diferente do que se pensa, não foi apenas Sutherland que escreveu sobre crimes de colarinho branco, apesar de esta última nomenclatura ter vindo dele, outros criminólogos também escreveram relevantes teses sobre o assunto. Segundo (Gueiros de Souza, 2021, p.32):

...Edward Alsworth Ross dedicou um capítulo inteiro da sua obra *Sin and Society* (1907) para o já mencionado *White-collar criminaloid*. Na lista desses delinquentes estavam incluídos os dirigentes que especulavam com títulos na bolsa, os banqueiros que se aproveitavam do dinheiro de depositantes para proveito pessoal, os diretores de ferrovias que concediam descontos especiais para os transportes em carga em troca de suborno que agenciavam pessoas para perseguir seus rivais da construção civil com greves incessantes, e vai por aí. Segundo Ross, o criminaloide pode fazer às vezes de bom cidadão, concedendo benfeitorias, como embelezamento de parques nas cidades ou doações para uma universidade, mais isso em nada compensa os delitos que perpetram, v.g. sonegações fiscais ou corrupção de funcionários públicos para seus propósitos empresariais.

Logo, acompanhando Sutherland para Ross, os criminosos estudados por essa teoria são pessoas de alto status social, que utilizam de seu poder econômico e expertise, para acumular mais capital de forma ilícita, utilizando de artifícios maliciosos para lograr êxito.

Assim como nos EUA, em cenário brasileiro também foram feitas considerações sobre a criminalidade econômica ou de Colarinho Branco. O maior nome da criminologia brasileira Roberto Lyra Tavares em concurso para a livre-docência na Faculdade Nacional de Direito em 1933 defendeu sua tese *Economia e Crime*, de acordo com (Gueiros de Souza, 2021, p.33):

A obra, posteriormente publicada, teve por eixo central a ideia de que os fatores socioeconômicos seriam a fonte principal da criminalidade. Nesse contexto, destacam-se os delitos praticados por empresários e homens de negócios – que ele denominou “criminalidade absoluta”. Segundo Lyra, os detentores de poder econômico dispõem de inúmeros recursos para inviabilizar a persecução criminal, como a contratação de grandes advogados, a produção de provas e outras diligências difíceis e onerosas, a corrupção de agentes públicos, além de outras iniquidades que lhes garantem a impunidade.

Roberto Lyra de forma um pouco rasa, explicou que a causa da impunidade de criminosos ricos no Brasil é o uso de seu poder econômico para escapar da justiça, tendo em vista que podem pagar melhores advogados e produzirem provas de difícil obtenção por pessoas comuns e sendo cara até mesmo para o próprio estado.

Analisando a teses de Sutherland desses outros criminólogos, é que Sutherland conseguiu obter o que é fundamental para a etiologia criminal, a explicação do porque esses crimes ocorrem e como o comportamento criminal surge no mundo exterior, para que isso fosse feito, Sutherland formulou a teoria da associação diferencial.

Com amparo na obra de (Gueiros de Souza, 2021), a criminalidade não surgia de atavismo como pregavam as ideias lombrosianas, e sim de interação entre indivíduos, logo os comportamentos criminais eram aprendidos por interações entre pessoas em um determinado ambiente, logo aprender a ser criminoso era como aprender qualquer outra coisa, como regras familiares, ler e escrever, cozinhar, andar na rua, viver em civilização, basta que o indivíduo se encontre em um ambiente propício e favorecido pra isso ocorrer.

A teoria da associação diferencial foi apenas um embrião para o desenvolvimento de demais teorias para explicar melhor o fenômeno do crime de colarinho branco, nas lições de (Gueiros de Souza, 2021) os criminólogos Gresham M. Sykes e David Matza desenvolveram técnicas de neutralização de culpa, de acordo com esses teóricos os criminosos procuram desenvolver métodos de racionalização da culpa, buscando superar as barreiras morais que impedem a prática de crime.

Algumas técnicas criadas são: a) a negação da responsabilidade, o agente nega a prática da conduta, colocando-se em situação de ignorância, alegando a complexidade da estrutura corporativa, principalmente quanto a comunicação de todos que a compõem, alegando que não ordenou diretamente a prática do crime e que de nada sabia. b) negação da vítima, nos crimes empresariais os empresários que geralmente são os autores ou os que possuem o domínio estrutural do fato, raramente tem contato com suas vítimas e muitas vezes os prejudicados não são pessoas físicas individualmente consideradas, podendo ser agências governamentais, entidades previdenciárias, instituições financeiras. Sendo assim, o autor

convence a si mesmo de que ninguém será vítima do evento buscando neutralizar assim a sua culpa.

c) A condenação de que os condena, nesses casos os empresários dizem que quem os condena não entende nada de relações econômicas e que as leis formuladas pelo estado são injustas e que limitam o crescimento econômico e que não possuem o dever moral de obedecê-las, usando desse “escudo” para praticarem seus crimes sem remorso.

Por último: d) o apelo a lealdades superiores, os infratores nessas horas justificam as suas ações criminosas por algo maior, como o crescimento da empresa, torna-la mais eficiente, garantir os empregos dos colaboradores e etc.

Logo isso pode explicar um pouco do fenômeno do crime corporativo, dando ênfase a necessidade da implantação de um programa de compliance e do fomento dos valores éticos no mundo corporativo.

1.1 O *compliance* e seus pilares

De início, o compliance nada mais é do que um manual de cumprimento normativo, das pessoas jurídicas, que tem como objetivo, mitigar riscos das pessoas jurídicas de direito público e privado no tocante à corrupção, fraudes em licitação, infrações concorrenciais e prevenção à lavagem de capitais, tal conceito é abraçado pela doutrina nacional (Guimarães 2021, p. 41):

O compliance deve ser entendido como referência aos sistemas de controles internos das empresas, que tem como principal função proporcional maior segurança às análises econômicas-financeiras, e, principalmente proteger contra os riscos de corrupção e fraudes em processos licitatórios ou demais declarações com entidades governamentais. Por fim, deve garantir que todas as normas elaboradas e estabelecidas internamente pelas empresas sejam conhecidas e cumpridas por todos.

Logo, de acordo com a doutrina, compliance é um mecanismo complexo, que busca por meio de controles internos, mitigar riscos sancionatórios as empresas públicas e privadas para que não respondam por corrupção, lavagem de dinheiro, infrações concorrenciais, fraudes e licitação e outros crimes do gênero corporativo, da mesma forma, ele pode

atuar de forma preventiva para que os colaboradores da pessoa jurídica não respondam criminalmente ou não cometam crimes que prejudiquem a saúde da pessoa jurídica, seja ela financeira ou de reputação.

A história do compliance atinge tempos remotos, ele surgiu nos séculos XIX e XX nos estados unidos da américa, a doutrina diverge se surgiu no ramo do direito do consumidor ou no ramo do direito antitruste, tendo em vista que no pós guerra da secessão dos estados unidos, visando reconstruir o sul do país, várias empresas, principalmente as de ferrovia, começaram a montar seus empreendimentos em massa, produzindo suas obras, e isso começou a gerar atitudes que culminaram em práticas consideradas antiéticas frente a concorrência, de acordo com (Ricken 2020, p.02):

Tal situação encontrou uma resposta legislativa, por intermédio do Sherman Antitrust Act. Promulgado em 1890, ele permitia que as autoridades públicas viessem a processar criminalmente tanto empresas quanto indivíduos que incorressem em atividades anti-competitivas. Segundo seu parágrafo primeiro, **“todo contrato ou acordo na forma de truste ou de outra forma, ou mesmo conspiração, que restrinja os negócios ou o comércio entre os estados ou para com nações estrangeiras, é declarado ilegal”**. No mesmo sentido, o segundo parágrafo afirma que toda pessoa que venha a monopolizar, tentar o monopólio, combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas com o objetivo de monopolizar qualquer parte dos negócios ou do comércio entre os estados ou para com nações estrangeiras, deverá ser declarado culpado de um grave crime. Ambos os dispositivos são dotados de penalidades: estão previstas multas para as corporações e para os indivíduos por elas responsáveis, bem como o aprisionamento destes, conforme a discricionariedade da magistratura.

Logo, nos estados unidos o chamado “direito antitruste”, prevê infrações penais, ou seja as pessoas físicas ou jurídicas respondem criminalmente por infrações penais concorrenciais, no Brasil ele faz parte do chamado “direito administrativo sancionador”, onde as pessoas físicas ou jurídicas que cometem ilícitos concorrenciais, respondem processo administrativo perante a autarquia federal, conselho administrativo de defesa econômica, o chamado “CADE”, que pune as empresas por ilícitos concorrenciais, mais conhecidas no meio jornalístico ou leigo, como

“fraudes à concorrência”, tais infrações estão previstas em lei, (Brasil. Lei nº 12.529/11):

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Logo, não se trata de uma lei penal, pois não prevê pena de reclusão ou de detenção e sim multas e outras sanções, visando proteger a coletividade e bem como os consumidores da dominação de mercado dessas empresas que usam de seu poder econômico impondo a força o consumo naquele país ou localidade.

A contrário sensu, (Guimarães, 2021) Acredita que o compliance teve início para a proteção do consumidor no século XX, onde surgiram as primeiras regulações no tocante à comida e bebida nos estados unidos da américa, onde focavam na segurança do consumidor e nos rótulos das mercadorias. Todavia, o real compliance nos estados unidos começou com a quebra da bolsa de 1929, onde gerou uma grave crise econômica nos EUA, após essa tragédia que gerou milhões de desempregados e uma das maiores crises sociais mundiais, o governo americano reagiu criando o *New Deal*, que foi um programa do governo americano e uma de suas maiores ações foi a criação da lei de valores mobiliários, uma tentativa de recuperar a confiança dos investidores americanos.

Após criação dessa lei, ocorreu uma chamada “delegação de competência regulatória” desta lei à uma agência reguladora, a *U.S Securities Exchange Comission (SEC)*, mas isso não bastou, a partir do ano de 1940 de acordo com (Guimarães. 2021, p. 43 e 44):

...com as leis *investment Advisers Act e Investmente Company Act*, os Estados Unidos passaram a exigir que empresas ou profissionais que oferecessem consultoria em investimentos tivessem registro na SEC e estivessem em conformidade com os regulamentos. O objetivo era claro: proteger os investidores de possíveis fraudes. Posteriormente, houve uma maior preocupação em criar mecanismos de prevenção aos crimes econômicos,

sendo um dos marcos a lei americana denominada *Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)*, promulgada pelo Congresso dos EUA em 1977, destinada a criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional.

Logo, após uma grave crise econômica, o governo americano se preocupou e muito em regular de forma eficiente o mercado mobiliário, prevenindo riscos aos investidores e fazendo uma forte repressão a criminalidade econômica/financeira.

Como se já não fosse o suficiente, o compliance começou a sua difusão global nos anos 1970 após o escândalo do caso Watergate, de acordo com (Araújo, 2019 p.18):

A origem desses assuntos remonta ao caso *Watergate*, que revelou um esquema de espionagem nos Estados Unidos envolvendo o alto escalão do partido Republicano com o fim de descobrir as estratégias políticas do partido de oposição, o Democrata. O escândalo, revelado pelo jornal *Washington Post*, permitiu à *Securities and Exchange Commissions (SEC)* identificar uma rede de financiamento ilegal dos principais partidos políticos durante a campanha presidencial de 1972. Além disso, as investigações revelaram um amplo esquema corporativo de pagamento de vantagens ilícitas tanto nos Estados Unidos como no exterior.

As consequências fáticas e jurídicas do caso *Watergate*, foram enormes, o Presidente Richard Nixon renunciou ao governo Americano em 1974 e em 1977 foi criado o *Foreign Corrupt Practices Act* ou *FCPA*, de acordo com doutrina majoritária, o *FCPA* é o modelo geral para as leis anticorrupção em todo o mundo, assim entende (Cunha e Souza, 2020, p.105):

É inegável que a lei *FCPA*, é a principal lei americana anticorrupção. Aprovada em 1977 é considerada modelo para todo o mundo como lei anticorrupção, porque proíbe, rigorosamente, o pagamento de subornos a representante de governos estrangeiros com a finalidade de obter, reter ou direcionar um negócio. A lei proíbe não somente o pagamento de dinheiro, mas também de qualquer vantagem econômica, como doações, patrocínios, ofertas de emprego ou presentes em geral como viagens, refeições ou objetos em si, destinados ao benefício pessoal do agente público ou membros de sua família. A lei ainda

alcança partidos políticos, políticos ou candidatos políticos (incluindo seus familiares).

Logo, o alcance da lei anticorrupção norte americana, é gritante, alcançando agentes públicos nacionais e internacionais.

A segunda lei mais conhecida no meio anticorrupção é a lei inglesa *UK Bribery Act*, que também possui sanções para a corrupção de agentes públicos estrangeiros e nacionais, de acordo com esta lei, toda empresa que está próxima ou tem relações com o reino unido, está sujeita as suas sanções procedimentos, podendo ela ser mais rígida que a lei anticorrupção americana, prevendo responsabilidade objetiva por falha da pessoa jurídica na prevenção da corrupção, no entanto atenua a pena em caso de a pessoa jurídica ter o programa de compliance anticorrupção , (Cunha e Souza, 2020, p.301):

7-Falhas de Organizações Comerciais Relevantes na Prevenção da Corrupção (1) Uma Organização Relevante (c) é culpada de crime, nos termos dessa seção, se uma pessoa (a) associada C corrompe outra pessoa, com intenção: (a) De obter ou manter negócio para C, ou; (b) Para obter ou manter vantagem no exercício do negócio em face de C. (2) C pode usar em sua defesa a comprovação de que C mantinha procedimentos adequados destinados a evitar que pessoas associadas a C praticassem tal conduta.

Logo a lei britânica anticorrupção, pode ser bem mais rígida, tendo em vista que sua responsabilização prescinde de dolo ou culpa.

Como é possível observar, as leis anticorrupção mais conhecidas, são leis de caráter criminal, impõem pena de reclusão, detenção e multa.

O compliance para funcionar necessita de pilares ou elementos que nada mais são do que a estrutura para que ele de fato exista em uma estrutura corporativa, de acordo com (Gueiros de Souza, 2021) os elementos do compliance são 1) implantação de códigos de ética e políticas de boa governança corporativa, 2) a avaliação dos riscos empresariais 3) oficial de compliance (*compliance officer*) 4) disponibilização do canal de denúncias à disposição de colaboradores e a sociedade.

O código de ética empresarial, é o espelho de como a empresa ou corporação se porta na relação com a sociedade, seus colaboradores,

credores, clientes, bem como o poder público, (Gueiros de Souza, 2021, p. 78):

Observa-se, assim, que o código de ética concretiza aquilo que se pode chamar de ética empresarial (*business ethics*). Sobre o assunto, Juan Carlos Ferré Olive leciona que a discussão a respeito da ética nas empresas e nos negócios em geral tem várias matizações, porque os princípios éticos devem presidir a atuação das pessoas físicas e jurídicas, tanto na tomada de decisão, como nas relações econômicas e sociais.

Logo o código de ética deve ser materializado em um documento escrito, onde deve ser deixado bem claro a postura da corporação frente a ilícitos, atos antiéticos, ímprobos na sua relação com a sociedade, outras empresas e o poder público, devendo todas as pessoas que fazem parte da empresa terem ciência do código, desde o CEO ao estagiário.

A avaliação de riscos e a boa governança corporativa procura estabelecer um sistema de controle que coíbe abusos de poder econômico e conflitos internos dentro da organização, protegendo os sócios e as pessoas que se relacionam com a empresa.

O oficial de compliance é o responsável por criar o código de ética, implementá-lo na organização, promover o treinamento do pessoal, realizar a gestão do canal de denúncia, conduzir investigações internas, podendo punir ou sugerir a punição das pessoas consideradas culpadas de alguns ilícitos.

O *compliance office*, é a estrutura autônoma do programa de compliance da companhia ou empresa, responsável por realizar o passo a passo de tudo, planejar, colocar em prática e executar, o certo é ter uma estrutura autônoma, no entanto muitas vezes a atenção dada isso é precária, principalmente em empresas menores, fazendo com que o departamento de recursos humanos ou jurídico faça as vezes do compliance o que prejudica o andamento do programa, dado ao acúmulo de trabalho e a prejudicialidade de relacionamento, tendo em vista que ninguém irá confiar no departamento de recursos humanos que é compliance ao mesmo tempo, tudo com base no posicionamento do autor anteriormente citado.

No Brasil, a natureza jurídica da lei anticorrupção é um caso complexo que será discutido em um tópico posterior. Por fim, o

compliance nada mais é do que um manual de cumprimento normativo para as pessoas jurídicas não incorrerem em sanções administrativas, civis e penais, um sistema que protege a lisura da atividade econômica e a probidade administrativa.

1.2 A natureza jurídica da lei anticorrupção e o *compliance* nacionais

Diferente dos países anglo saxões que adotaram o caráter penal de suas legislações anticorrupção, o Brasil entendeu como uma melhor alternativa instituir a natureza jurídica da lei anticorrupção como parte do chamado direito administrativo sancionador tendo elementos do direito civil e empresarial, assim entendeu a doutrina de referência (Cunha e Souza, 2020, p. 29):

A lei nº 12.846/2013 não tem natureza penal. E nem poderia deixar de ser diferente porque, no Brasil, só é admitida a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Verificam-se, na lei, muitos conceitos jurídicos típicos do direito administrativo, do direito empresarial, do direito civil.

Por fim, a lei da empresa limpa parece ter uma natureza jurídica mista, ainda assim alguns autores insistem que se trata de um novo ramo do direito, que teve seu embrião na década de 1940 do século passado após as agruras da segunda guerra mundial, trata-se do chamado direito de intervenção, o Professor Winfried Hassemer expõe seu posicionamento com uma notável neurose de clareza (Cunha e Souza, 2020, p.30 a.pud Hassemer):

“Há muitas razões para se supor que os problemas “modernos” de nossa sociedade causarão o surgimento e desenvolvimento de um Direito interventivo correspondentemente “moderno”: na zona fronteira entre o Direito Administrativo, o Direito penal e a responsabilidade civil por atos ilícitos. Certamente terá em conta as leis do mercado e as possibilidades de um sutil controle estatal; sem problemas de imputação, sem pressupostos de culpabilidade, sem um processo metuculoso – mas, então, também, sem a imposição de penas criminais.”