

TEILOR SANTANA

COMPLIANCE

**como cláusula do acordo
de não persecução penal**

2024


EDITORA
CEI

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca verificar se é possível incluir programa de compliance como cláusula do acordo de não persecução penal. Entre seus objetivos encontra-se buscar e listar quais seriam os eventuais fundamentos – formais e materiais – para a inserção do referido programa na condição de cláusula do acordo.

Adotou-se por metodologia a pesquisa de natureza dedutiva, com a revisão da literatura – nacional e estrangeira –, da legislação e de precedentes dos tribunais superiores, associando-se à noção de compliance, acordo de não persecução penal e a (im)possibilidade de introduzir o programa como cláusula do acordo.

No primeiro capítulo, tratou-se do compliance, por intermédio da análise de “institutos correlatos” e de “diferenciações necessárias”. Iniciou-se com o conceito e a relação existente entre compliance, governança corporativa e autorregulação. Em momento posterior, o que se pode relacionar entre compliance e accountability. Para encerrar o capítulo, a diferenciação – acaso existente – entre o “programa de compliance” e o “programa de criminal compliance”, assim como o que deveria ser tratado como compliance formal e compliance material.

No segundo capítulo, teceram-se considerações a respeito do acordo de não persecução penal, iniciando-se pelo regramento e pela previsão legal, bem como pela natureza jurídica e principiologia. Posteriormente, procurou-se demonstrar se é possível concluir pela existência de um “procedimento do acordo de não persecução penal”, por meio da leitura integrada do art. 28-A do Código de Processo Penal e de precedentes dos tribunais superiores. Discorreu-se sobre o que poderia e o que não poderia ser objeto de negociação em sede de acordo, encerrando-se com a análise do art. 28-A, V, do Código de Processo Penal, de modo a perquirir os limites da sua cláusula aberta, o que também serviu de transição para o terceiro – e derradeiro – capítulo.

No terceiro capítulo, realizou-se a análise dos fundamentos para a inclusão de programa de compliance como cláusula do acordo

de não persecução penal. De início, o fundamento formal, por meio de interpretação do art. 28-A, V, do Código de Processo Penal. Após foram aquilatados os fundamentos materiais, desde o fato de a implementação de programas de compliance (geral e criminal) não ser, em regra, obrigatória em território nacional, de modo que a sua inclusão como cláusula do acordo poderia servir para que se conferisse obrigatoriedade, juridicidade ao programa; até mesmo a questão de ser necessário aferir a efetividade do programa para que, ao final, seja reconhecida a extinção da punibilidade em face do cumprimento integral do acordo.

Como encerramento, concluiu-se pela possibilidade de incluir programa de compliance como cláusula do acordo de não persecução penal, seja em virtude de seu fundamento formal encontrar guarida na cláusula aberta do art. 28-A, V, do Código de Processo Penal, seja em razão dos fundamentos na natureza material – conferir juridicidade, obrigatoriedade, bem como ser necessário demonstrar a sua efetividade para fins de extinção da punibilidade.

CAPÍTULO 1

COMPLIANCE: INSTITUTOS CORRELATOS, DIFERENCIAÇÕES NECESSÁRIAS

Neste capítulo inicial serão tecidas considerações acerca do *compliance*, ao lado de institutos que a ele são correlatos, inclusive realizando as diferenciações que se revelam necessárias. Em um primeiro momento, avaliam-se os conceitos de *compliance*, governança corporativa e autorregulação. Após isso, realiza-se paralelo pertinente entre *compliance* e *accountability*, perquirindo-se a utilização de modo escorreito do *compliance*, se precisa, ou não, estar ligado à ideia de *accountability*, ou seja, da busca pela responsabilização daqueles que não estiverem de acordo com os ideais de cumprimento normativo, de integridade. Por fim, realizam-se duas diferenciações necessárias para o escopo do trabalho.

Por um lado, o programa de *compliance versus* o programa de criminal *compliance*, avaliando-se se a *existência* do segundo necessariamente está atrelada à *existência* pretérita do primeiro, bem como qual o grau de relação presente entre ambos na prática. De outro lado, *compliance* formal *versus compliance* material, na oportunidade em que será feita a distinção entre a formalização do programa e a estrutura necessária para o cumprimento do seu desiderato.

1.1 Compliance, governança corporativa e autorregulação

Propostas de autorregulação regulada materializam-se por meio de orientações de *corporate governance* e de *compliance*. Elas objetivam servir como ponto de correção de políticas econômicas neoliberais e de desregulação, que foram a origem de incontáveis escândalos de natureza financeira. Ressalta-se, nesse contexto, a lição de Anabela Miranda Rodrigues:

Contrapartida das políticas econômicas neoliberais e da desregulação, a que se ligaram os escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu

evitar, foram propostas de autorregulação regulada, que se vieram a consubstanciar nas orientações de corporate governance e de compliance.¹

Por isso, inicialmente, é importante que haja alinhamento conceitual, destacando-se no que consistem: (a) a autorregulação regulada; (b) a *corporate governance* (a governança corporativa); e (c) o *compliance*.

A autorregulação regulada não busca, nem deve ocorrer em uma situação de ausência total do Estado. O que se pretende é a presença eficaz deste ente. Define-se, então, o fenômeno da autorregulação regulada pela subordinação, no âmbito da entidade privada, aos fins e interesses estatais, cabendo ao Estado estabelecer o marco geral da regulação, constituído de metanormas que delineiam como devem ser elaboradas normas pelas empresas, servindo como seus princípios básicos.²

Em linhas gerais, ao considerar a sua incapacidade de regular e disciplinar todas as atividades econômicas, o Estado cedeu parte desse espaço às corporações, dentro da lógica de autorregulação regulada, na qual os agentes públicos e privados atuam juntos no desenvolvimento e na implementação de políticas regulatórias.³ Tal contexto revela as falhas e lacunas do “estado supervisor”, sobretudo nas crises financeira e bancária da primeira década do século XXI.⁴ Tanto isso é verdade que a origem do *compliance* está diretamente ligada à transformação do modelo econômico capitalista, apresentando-se como forma de vigilância e de controle da empresa em face de um Estado não interventivo, o qual delega a função de regulação e de supervisão do mercado a entidades reguladoras e supervisoras⁵.

O contexto de autorregulação busca implicar a reestruturação das relações Estado-empresa. A entidade empresarial possui obrigação

1 RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45.

2 DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. São Paulo: D'plácido, 2021. p. 433.

3 PINTO, Nathália Regina; SOUZA, Luciano Anderson de. **Criminal compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 26.

4 SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 18.

5 *Ibid.*, p. 147.

de colaborar com as autoridades estatais para fins de cumprimento normativo, tanto de maneira prévia à ocorrência de ilícitos, em caráter preventivo; como em momento posterior, de modo repressivo. Esse movimento encontra-se vinculado com a crise do estado de “bem-estar social”.⁶ Prossegue referindo que o Estado se mostra incapaz de promover a regulação e o controle de todas as esferas sociais, bem como de proporcionar o apoio e a proteção que precisam amplos setores da população.

Surgem novos riscos, criados no contexto da sociedade moderna, resultando a necessidade da autorregulação empresarial para manejá-los. De igual maneira, o Estado não tem podido regular complexas organizações empresariais que, em razão do seu tamanho e complexidade interna, não permitem intervenção ou regulação externa direta.⁷ Ao mesmo tempo, o Estado não pode permitir que as empresas se autorregulem de qualquer modo, visto que isso equivaleria a perder totalmente o monopólio regulador, o monopólio do controle social. Por isso que os mecanismos estatais precisam manter algum tipo de controle e, nas últimas décadas, passou-se a tratar da possibilidade de “autorregulação regulada”, cuja premissa fundamental não é outra senão a de que a empresa teria a obrigação de monitorar a própria atividade empresarial, fazendo-a de forma diligente.⁸

A estratégia de atuação, à luz da moderna self-regulation, deve conviver, por isso, com a intervenção estatal diferente da clássica, neste sentido, “menos coativa e mais dialogante”⁹, com a aposta de prevenir condutas desviadas empresariais. É utilizado “*um novo tipo de law enforcement em que a atuação estatal passa a introduzir um (novo) nível de aplicação da lei entre a (violação da) norma e a (aplicação da) sanção*

6 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Pamplona: Thomson Reuters, 2016. p. 92.

7 Ibid., p. 93.

8 Ibid., p. 94.

9 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Compliance inteligente e prevenção e luta contra o branqueamento*. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). **A inteligência artificial no Direito Penal**. v. II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 214.

ou punição”¹⁰, a qual não estaria tão dirigida a sancionar ou punir quanto a buscar a cooperação e a colaboração dos infratores, com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação de uma norma¹¹.

Por outro lado, é igualmente necessário fazer uma leitura crítica a respeito das implicações práticas da autorregulação, sobretudo do seu “mau uso” ou da sua utilização desviada, quando pode criar, potencializar a possibilidade de “colocar o lobo para cuidar do gado”.¹² A autorregulação não deixa de ser uma modalidade de privatizar a função de prevenir irregularidades, o que poderia tornar a empresa juiz de si mesma, escolhendo que eventos iria ou não noticiar para as autoridades; com a possibilidade de escolher “o que chega” e “como chega”.¹³ Não se pode olvidar que o oficial de cumprimento normativo (*compliance officer*), por mais independência que a ele seja conferida, segue na qualidade de empregado da empresa. Ademais, não custa rememorar que inúmeros fatos graves recentes têm relação direta e imediata com pessoas jurídicas, não sendo lógico permitir que escolham quais provas vão entregar para o Estado.¹⁴

Prosseguindo-se – fazendo-se a necessária leitura reflexiva e dos pontos críticos sobre os instrumentos de autorregulação –, diante da ocorrência de conflitos de interesses e da necessidade da separação jurídica entre a propriedade e a gestão da empresa, ocorreram os primeiros debates sobre *corporate governance*, ou seja, o sistema mediante o qual as empresas devem ser dirigidas e controladas. Governança corporativa e *compliance* possuem, portanto, ligação íntima.

Isso, porque “implementar, criar as condições de desenvolvimento e manter um efetivo programa de compliance é uma decisão de gestão e integra parcela relevante do modo como as companhias são geridas e

10 RODRIGUES, Anabela Miranda. Compliance inteligente e prevenção e luta contra o branqueamento. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). *A inteligência artificial no Direito Penal*. v. II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 214.

11 *Ibid.*, p. 214.

12 BUSATO, Paulo César. *Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas*. Valência: Tirant lo blanch, 2019. p. 111.

13 *Ibid.*, p. 112.

14 *Ibid.*, p. 114.

como as decisões são tomadas”.¹⁵ O mecanismo de *compliance* consiste em pilar garantidor da governança corporativa¹⁶, havendo evidente conexão entre boa governança societária e os programas de cumprimento: são um produto híbrido, público e privado, do Estado e do mundo empresarial, podendo ter como objeto valores empresariais propriamente ditos, que englobam o seu patrimônio e segredos negociais.¹⁷ Ditos programas têm o condão de serem utilizados como estratégia de aplicação da lei, por intermédio do controle interno e um da governança empresarial (*corporate governance*).¹⁸

O termo *compliance* origina-se “no verbo inglês *to comply*, que significa agir de acordo com a lei, uma instrução interna, um comando ou uma conduta ética, ou seja, estar em compliance é estar em conformidade”¹⁹. Em língua portuguesa, utilizam-se como sinônimo as expressões cumprimento, conformidade ou integridade.²⁰

Antes de explicar no que consiste o *compliance*, mais prudente sedimentar o que não é, por si só, *compliance*: a) não é algo que se limita a crimes econômicos; b) não tem por objetivo evitar que ocorra qualquer delito dentro da empresa (por exemplo, não há falha do programa se ocorrer um homicídio praticado por um colaborador sem qualquer nexo com as atividades); c) não se resume à mera elaboração de um código de ética; d) não é o mesmo que assessoria jurídica da empresa.²¹

Compliance, então, é sinônimo de cumprimento normativo, o que não se restringe ao cumprimento legal. Materializa-se por medidas de

15 ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Governança corporativa. In: CARVALHO, André Castro *et al.* (org.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 4.

16 RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 45-6.

17 *Ibid.*, p. 56.

18 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Compliance inteligente e prevenção e luta contra o branqueamento*. In: RODRIGUES, Anabela Miranda (coord.). **A inteligência artificial no Direito Penal**. v. II. Coimbra: Almedina, 2022. p. 211.

19 BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro *et al.* (org.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 51.

20 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal Empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 74.

21 AGUILAR, Jesús Lorenzo. **Compliance** – la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la mediación organizacional. Madrid: Editorial Terbal Flores, 2018. p. 23-9.

autocontrole ou de autovigilância adotadas pelas empresas, abarcando, igualmente, normas não jurídicas (regras técnicas), princípios da ética empresarial²² e regras internas da empresa (procedimentos éticos e normas jurídicas vigentes), com o fim de evitar ocorrências de diversas ordens, inclusive as de natureza criminal.²³ Percebe-se, assim, que a prática é voltada ao estabelecimento de estratégias de gestão de riscos, por modelos de prevenção.²⁴ No campo do direito “*abarca toda a normatividade, das normas constitucionais às infraconstitucionais, o direito do trabalho, o direito penal, o direito empresarial, o direito tributário, dentre todos*”.²⁵

Aliás, “é preciso ter em mente que *compliance* é instrumento de exercício de controle social; principalmente, quando a área de atuação possui riscos de práticas delitivas”.²⁶ Porém, como um instrumento de controle social, deve ser uma forma de produzir efeitos gerais de cumprimento das normas, representando um resultado que interessa coletivamente à sociedade, não se podendo admitir a sua conversão em instrumento para se desviar do interesse coletivo, como facilitador de evitar a responsabilização por fatos socialmente desvalorados.²⁷

Em resumo, os programas de compliance possuem duplo objetivo, qual seja, cumprimento de regras, assim como descobrir e eventualmente sancionar ilícitos.²⁸ De seu turma, Anabela Miranda Rodrigues destaca dois aspectos fundamentais: imediatamente, os programas de compliance visam a promoção de uma cultura empresarial ética e de cumprimento,

22 PINTO, Nathália Regina; SOUZA, Luciano Anderson de. **Criminal compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 27.

23 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal Empresarial: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance**. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 76.

24 PINTO; SOUZA, op. cit., p. 27.

25 COUTINHO, Aldacy Rachid. Rumo a um programa de *compliance* e integridade para a administração pública. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da (org.). **Direito, Compliance e Tecnologia**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 24.

26 DAVID, Décio Franco. **Manual de Direito Penal Econômico**. Belo Horizonte, São Paulo: D'plácido, 2021. p. 435.

27 BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis Sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valência: Tirant lo blanch, 2019. p. 114.

28 SOUSA, Susana Aires de. **Questões fundamentais de direito penal da empresa**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 146.

mas o seu objetivo final é evitar responsabilidade administrativa, civil e, em última linha mas sobretudo, penal.²⁹

Dadas as particularidades de cada caso e a grande variedade de riscos a que as empresas estão submetidas (bem como a grande variedade de riscos que criam no contexto social), não é possível é possível determinar – em abstrato – o conteúdo exato do programa de cumprimento. Fala-se, portanto, em um mínimo denominador comum: devem integrar um programa de cumprimento todas as medidas que objetivamente atestem que a empresa está organizada de modo a reforçar o cumprimento das normas legais e ao mesmo tempo desincentivar administradores e empregados que atuam ou pretendem atuar à margem do comportamento ético mínimo esperado pela organização. Os programas de cumprimento devem ser “feitos à medida”: adaptados as características e especificidades da empresa.³⁰

Por derradeiro, entre as medidas relativas à implementação dos programas de *compliance*, citam-se: (a) a implantação de código de ética e políticas de boa governança; (b) a avaliação dos riscos empresariais; (c) o estabelecimento do oficial de compliance; e (d) a disponibilização do canal de denúncias a empregados e ao público externo.³¹ Tais providências justificam-se por conta da estrutura altamente complexa das grandes organizações empresariais, o que dificulta a identificação dos autores diretos e imediatos das condutas ilícitas (entre elas, as criminosas) e na diluição de responsabilidades.³²

1.2 Compliance e accountability

Na esteira do que discutido no tópico anterior, quando se trabalha o rol das perspectivas com o *compliance*, certamente se encontra o cumprimento de regras e a promoção de cultura empresarial ética e de

29 RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Económico**: uma política criminal na era compliance. Coimbra: Almedina, 2019. p. 57.

30 Ibid., p. 59.

31 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal Empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 76.

32 RODRIGUES, op. cit., p. 48.

cumprimento normativo. Em primeiro lugar, o cumprimento de regras é algo objetivo, que se avalia em concreto: a postura da empresa é, ou não, adequada ao ordenamento jurídico; a postura da empresa é lícita ou ilícita.

Por outro lado, a promoção de cultura empresarial ética e de cumprimento normativo não é algo que passe – pura e simplesmente – por uma análise objetiva. A promoção da dita cultura de *compliance* é algo muito mais subjetivo, tendo em vista que demanda não somente a análise dos casos concretos, da atuação concreta, e também o empenho empresarial para a criação e o fomento do cumprimento da lei, como algo costumeiro, como algo que faz parte do DNA da empresa. Por isso que a “promoção de cultura empresarial ética e de cumprimento normativo” se trata de uma finalidade mais difícil de ser alcançada e que demanda maior empenho – e um empenho efetivo – da empresa.

Porém, é justamente dentro deste contexto que se deve trabalhar com outro conceito que é de grande importância, não só nas atividades empresariais, mas em todas as atividades que envolvam algum reflexo para a coletividade: *accountability*.

Em linhas gerais, cuida-se de terminologia em língua inglesa, que é utilizada para tratar de um conjunto de práticas utilizadas por gestores com dupla finalidade: a de prestar contas e a de se responsabilizar pelas ações. Assim, *accountability* traduz uma ideia de responsabilização, de prestação de contas, fiscalização, bem como de transparência, que se deve trabalhar ao lado do *compliance*, de modo a estimular e a fortalecer a política de cumprimento normativo e construção da cultura empresarial ética.

O conceito de *accountability* é desenvolvido por inúmeros organismos de ordem internacional.³³ De acordo com o *International Federation of Accountants* (IFAC, 2001), trata-se do processo por meio do qual as entidades do setor público e os indivíduos dentro delas são responsáveis por decisões e ações, incluindo a forma como são geridos os recursos públicos, bem como todos os aspectos relacionados ao

33 KONG SIU, Marx Chi. *Accountability* no Setor Público: uma reflexão sobre transparência governamental no combate à corrupção. *Revista Eletrônica do Tribunal de Contas da União*, n. 122, set./dez. 2011. No referido texto, o autor refere o conceito trazido por diversos organismos internacionais acerca do tema *accountability*.

desempenho e aos resultados. Vê-se que o conceito deixa claro a ideia de responsabilização pelas decisões e pelas ações, inclusive quando se relaciona à gestão dos recursos, ao lado de desempenho e resultados. Por isso, não se trabalha com a política de irresponsabilidade, mas sim da busca por resultados, por desempenho, sem se descuidar de responsabilizar eventuais transgressores.

A *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI, 1998) também utiliza o referido conceito, considerando *accountability* a obrigação imposta aos agentes e entidades públicos de responderem em tríplice aspecto quanto aos recursos que lhes forem repassados: fiscal, gerencial e programático. Neste conceito também se trabalha a ideia de responsabilização. Por seu turno, a *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD, 2008) anuncia que consiste em “manter alguém responsável”, trabalhando como “dever prestação de contas”. Mais uma vez, busca-se a responsabilização e a transparência na gestão de recursos.

Também precisam ser analisados os conceitos de *accountability* vertical e horizontal, os quais foram trabalhados por Guillermo O’Donnell, conforme se verifica em seu trabalho intitulado “*Accountability horizontal e novas poliarquias*”.³⁴

De acordo com o autor, o principal canal de *accountability* vertical consiste nas eleições, fato que ocorre de tempos em tempos. Destaca que não está claro até que ponto são efetivas como mecanismo de *accountability* vertical. Refere que por meio de eleições que sejam “razoavelmente livres e justas”, os cidadãos podem ter a possibilidade de punir ou de premiar determinado mandatário, depositando seu voto a favor ou contra ele ou candidatos que por ele sejam apoiados. Ao lado de eleições também refere as reivindicações sociais, que possam ser regularmente proferidas e cobertas pela mídia, sem que se corra o risco de coerção, como dimensão do que chama de “*accountability* vertical”. Em resumo, o autor cita que se trata de “*ações realizadas, individualmente ou*

34 O’DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, n. 44, p. 27-54, 1988. Tradução de Clarice Cohn e Alvaro Augusto Comin. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/jbXvTQR88QggqcdWW6vXP8j/?lang=pt>. Acesso em: 27 jul. 2023.

por algum tipo de ação organizada e/ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”.

Por outro lado, *accountability* horizontal demanda a existência de agências estatais que possuem o direito e o poder legal. Estão dispostas e capacitadas para a realização de ações, as quais vão desde “a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas”. Destaca-se que a efetividade da *accountability* horizontal não é o produto de agências isoladas, e sim de redes de agências “*que têm em seu cume, porque é ali que o sistema constitucional ‘se fecha’ mediante decisões últimas, tribunais (incluindo os mais elevados) comprometidos com essa accountability*”.

Avaliando-se o contexto de responsabilização e de prestação de contas em que a *accountability* se insere, é importante analisar a jurisprudência sobre o tema, com o fim de conferir caráter prático à investigação, assim como de ilustrar a incidência concreta no cotidiano forense.

Dito isso, é sabido que a legitimidade dos representantes eleitos decorre do voto, do apoio popular em sua candidatura. Por outro lado, o mesmo não ocorre com membros das carreiras da magistratura, os quais, ao menos em regra, ingressam em seus cargos após prévia aprovação em concurso público.

Daí decorre a necessidade de observância esmerada do dever constitucional de fundamentação, de motivação das decisões judiciais, estampado no art. 93, IX, do texto constitucional. Confira-se: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)*”.

Nesse sentido, a casuística do Superior Tribunal de Justiça tem se pronunciado a respeito da necessidade do magistrado observar “os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia”, como balizadores da discricionariedade judicial, de modo que a fundamentação dos seus pronunciamentos, além de conferir

legitimidade, consiste em verdadeiro mecanismo de prestação de contas (accountability)³⁵.

De igual maneira, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em caso concreto, destacou que a decisão judicial deve enfrentar os argumentos relevantes, que tenham o condão de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, sob pena de malferir o também chamado “dever estatal de motivação”, que “por ser uma garantia dos cidadãos inerente ao Estado Democrático de Direito contra o arbítrio do exercício jurisdicional – tornam nulos, pela ausência de accountability, os atos decisórios praticados sem fundamentação idônea”³⁶.

No entanto, ressalta-se que o dever de motivação, como forma de prestar contas e de apurar a responsabilidade dos seus membros por seus atos, não se limita ao Poder Judiciário. A mesma lógica se aplica aos membros do Ministério Público, considerando que o art. 129, § 4º, da Constituição da República refere que se aplica aos membros do MP, no que couber, o art. 93 do texto constitucional, em cujo rol se encontra justamente o dever de fundamentação. Igualmente, o art. 43, III, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), determina que cabe ao membro do Ministério Público “*indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal*”.

Este dever de motivação inerente à atuação do Ministério Público também deve ser exigido dentro do espaço de consenso penal, que é objeto deste trabalho. Primeiro, porque a lei não excepciona, tendo em vista que indica a necessidade de fundamentação dos pronunciamentos processuais. Segundo, porque se trata de poder-dever do *Parquet*, razão pela qual o seu não oferecimento demanda manifestação fundamentada, sob pena de arbítrio. Terceiro, porque a atuação do Ministério Público deve sempre estar amparada no princípio da legalidade, de modo que as suas manifestações devem realizar um juízo de adequação do fato à norma, demonstrando o motivo, por exemplo, da escolha jurídica – e

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 809.757**. Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/06/2023.

36 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Processo nº 0008362-41.2008.8.16.0017**. Rel. Des. Eduardo Augusto Salomão Cambi, julgado em 16/08/2023.

não pessoal, arbitrária – entre o oferecimento da denúncia e o eventual manejo de solução consensual do caso penal (transação penal, acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo).

Falou-se do Poder Judiciário. Falou-se do Ministério. Porém, o dever de prestar contas e de responsabilidade não se limita a estes membros de poder, que, via de regra, ingressam mediante concurso. Este dever também é inato à qualquer ocupante de cargo público – ou de relevância pública, social – tendo em conta os efeitos concretos – também sociais, coletivos – dos seus atos.

Tanto isso é verdade que há pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido de referir que se trata de verdadeiro pilar da administração pública, tendo em vista o direito à informação e o princípio da publicidade, representando a própria base do princípio republicano. Apresenta, aliás, duas dimensões: a *answerability* e o *enforcement*.

A primeira dimensão – *answerability* – representa “a sujeição de todo aquele que exerce alguma parcela de poder político a exigências de transparência e motivação”; de outro modo, a segunda – *enforcement* – corresponde “à capacidade de as agências de accountability aplicarem sanções aos agentes que tenham violado seus deveres públicos”³⁷.

Feitas essas considerações, deve-se avaliar que o *compliance*, a fim de que não ocorra o seu uso pernicioso, desvinculado da sua função social no contexto do direito de empresa, deve estar vinculado ao cumprimento de regras e a promoção de cultura empresarial ética e de cumprimento normativo. *Compliance* não pode, nem deveria ser usado apenas pró-forma, para melhoria da imagem da empresa perante a sociedade ou para evitar eventual responsabilidade penal. Em resumo: “não haverá programa de *compliance* que não envolva *accountability*, ou seja, prestação de contas”³⁸. *Compliance*, para que cumpra a sua função de maneira esmerada, precisará estar ligado à *accountability*, à busca pela responsabilização daqueles que não estiverem de acordo com os

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 754 TPI-segunda-Ref.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 01/03/2021.

38 COUTINHO, Aldacy Rachid. Rumo a um programa de *compliance* e integridade para a administração pública. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da (org.). **Direito, Compliance e Tecnologia**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 27.

ideias de cumprimento normativo, de integridade, “prestando contas de sua atuação, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões; devem atuar com diligência, ética e responsabilidade no âmbito de suas competências e atribuições”³⁹, ressaltando a *accoutability* do ponto de vista horizontal, mediante a estruturação da rede de agências.

1.3 Programas de compliance versus programas de criminal compliance

Inicialmente, deve-se avaliar que as origens do compliance remontam à ciência jurídica norte-americana⁴⁰, considerando que, em tempos passados, as sociedades mercantis do país passaram por grave crise relativa à separação entre propriedade e controle da sociedade. Como resposta à crise, adotaram-se políticas públicas objetivando a criação de sistemas, de mecanismos em que as entidades empresariais tivessem certa margem de liberdade, porém com o compromisso de ajustar, de estabelecer modelos de autorregulação.

Refere-se que “a autoridade moral do capitalismo dos Estados Unidos foi posta em causa em razão da política externa havida do período da Guerra Fria”⁴¹, o que fez com que aparecessem publicamente inúmeros escândalos de corrupção, em que figuraram empresas multinacionais estadunidenses. Em face do ocorrido, no ano de 1977, editou-se o FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) ou, em tradução literal, Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, o qual decorre não somente da necessidade de punir a corrupção dentro dos EUA, mas também no exterior. Visava a evitar a concorrência desleal e, do mesmo modo, proteger os negócios americanos e preservar o seu mercado de capitais.⁴²

39 COUTINHO, Aldacy Rachid. Rumo a um programa de compliance e integridade para a administração pública. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; COPETTI NETO, Alfredo; SILVA, Alexandre Barbosa da (org.). *Direito, Compliance e Tecnologia*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 27.

40 SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Direito Penal Empresarial**: critérios de atribuição de responsabilidade e o papel do compliance. São Paulo: LiberArs, 2021. p. 91.

41 *Ibid.*, p. 91.

42 BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro *et al.* (org.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 55.