

Fábio André Guaragni
Paulo César Busato
Coordenadores

Décio Franco David
Organizador

COMPLIANCE E DIREITO PENAL

Décio Franco David
Douglas Rodrigues da Silva
Fábio André Guaragni
Fábio Augusto Tarnborlin
Fernando Martins Maria Sobrinho
Gustavo Britta Scandelari
José Alberto Martins
Luan José Jorge Camargo
Luiz Fernando Oliveira Bom
Michelle Girona Cabrera
Natália Brasil Dib
Paulo César Busato
Priscila Rizk Furlan
Rafaela Roderjan Benatto
Sérgio Fernando Ferreira de Lima
Tracy Joseph Reinaldet
Victor Hugo dos Santos
Vinícius Cruz Santana



- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2015 by

EDITORA ATLAS LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elísios – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3357-9144

www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Zenário A. de Oliveira

Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica

- Fechamento desta edição: 09.10.2015

- Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Compliance e direito penal / Fábio André Guaragni,

Paulo César Busato, coordenadores; Décio Franco David, organizador. – São Paulo : Atlas, 2015.

Vários autores

ISBN: 978-85-97-00186-0

1. Crime econômico 2. Direito econômico 3. Direito penal 4. Ética empresarial
5. Programas de compliance 6. Sociedades comerciais – Corrupção – Prevenção
I. Guaragni, Fábio André. II. Busato, Paulo César. III. David, Décio Franco.

15-06062

CDU: 343.33

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal econômico 343.33

SUMÁRIO

Apresentação, xi

Parte I – *Compliance* e Direito Penal: Temas de Parte Geral, 1

1 Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos

(*Fábio Augusto Tamborlin e Vinícius Cruz Santana*), 3

1 Introdução: sociedade de risco no âmbito do vulcão civilizatório global, 3

2 Democratização dos riscos, 5

3 Sociedade do medo, 8

4 A democratização da gestão de riscos: a necessidade de um equilíbrio, 10

5 Considerações finais, 15

Referências, 15

2 *Compliance* e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*) – o caso da publicidade infantil (*Douglas Rodrigues da Silva*), 17

1 Introdução, 18

2 A publicidade infantil e as técnicas de persuasão das crianças, 19

2.1 A formação de uma sociedade de consumidores e a superação do paradigma da sociedade de produtores: a inclusão da criança no mercado de consumo, 20

2.2 As estratégias do *marketing* infantil: a criança como consumidora e alvo das estratégias de persuasão, 25

3 As distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*): o caso da publicidade infantil, 29

4 Os programas de *compliance* e a neutralização de distorções cognitivas no âmbito corporativo, 32

5 Considerações finais, 34

Referências, 34

3 Crítica ao uso dogmático do *compliance* como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas jurídicas (Paulo César Busato e Tracy Joseph Reinaldet), 37

1 Introdução, 37

2 O conceito construtivista de culpabilidade empresarial, 39

2.1 A omissão na elaboração de um sistema de *compliance* como fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica, 39

2.2 A hipótese construtivista como tendência de desenvolvimento do defeito na organização, 42

3 Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade empresarial, 45

3.1 Crítica às fórmulas de culpabilidade por defeito na organização, 49

3.2 A culpabilidade da pessoa jurídica como violação de um dever de cuidado, 51

3.3 Rebatendo críticas, 55

3.3.1 Do dolo e da imprudência de pessoas jurídicas, 56

3.3.2 A questão da participação de pessoas jurídicas em condutas criminosas que tenham por autor pessoas físicas, 58

3.3.3 A imputação com base em conjecturas, 59

3.3.4 A equiparação entre diferentes violações do *compliance* a diferentes graus de responsabilidade dentro da mesma figura, 60

3.3.5 A conexão temporal, 61

3.4 O retrocesso de uma proposta conciliadora, 62

4 Considerações finais, 64

Referências, 66

4 Princípio da confiança no Direito Penal como argumento em favor de órgãos empresariais em posição de comando e *compliance*: relações e possibilidades (Fábio André Guaragni), 70

1 Introdução: *compliance* como expressão da sustentabilidade da atividade empresarial, 70

2 O princípio da confiança e a expansão de seus papéis, 75

3 Situações de aplicação do princípio da confiança, 80

4 Mitigações do princípio da confiança na atividade empresária e o surgimento de um princípio de desconfiança, 83

5 Ao modo de conclusão: programas de *compliance* como resposta no âmbito empresarial ao princípio da desconfiança e as condições para o princípio da confiança operar em favor dos órgãos-vértices da organização, 86

Referências, 93

5 Compliance e erro no Direito Penal (Victor Hugo dos Santos e Fábio André Guaragni), 95

- 1 Introdução, 95
- 2 *Compliance*, 97
- 3 *Compliance* e erro: casos hipotéticos, 101
- 4 Aspectos dogmáticos do erro no Direito Penal, 102
- 5 *Compliance* e erro no Direito Penal, 112
- Referências*, 117

6 Compliance e imputação objetiva: criação de risco proibido (Michelle Giron da Cabrera), 120

- 1 Introdução, 120
- 2 Marco teórico: o Direito Penal Econômico, 121
- 3 O *criminal compliance* como instrumento de prevenção criminal e transferência de responsabilização no âmbito empresarial, 126
- 4 O incremento da criminalidade econômica e o gerenciamento dos riscos, 129
- 5 Gestão de riscos e imputação objetiva: prevenção por autorregulamentação, 134
- 6 Considerações finais, 139
- Referências*, 139

7 Compliance e crime culposo: viabilidade (Fernando Martins Maria Sobrinho), 142

- 1 *Compliance* e cuidado objetivo devido em crime culposo, 142
- Referências*, 155

8 As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem (Gustavo Britta Scandolari), 158

- 1 Introdução, 159
- 2 As condutas omissivas em geral, 165
- 3 A responsabilidade por omissão na legislação brasileira, 167
- 4 As diferentes formas de posições de garantia nas empresas, 168
 - 4.1 Pressupostos e formas de assunção das obrigações de garante, 170
 - 4.2 Delegação, 174
 - 4.3 Dever de proteção, 176
 - 4.4 Dever de vigilância, 177
 - 4.4.1 Dever de vigilância entre pessoas jurídicas do mesmo grupo, 180
 - 4.4.2 Dever de vigilância entre empresário e sua contraparte negocial, 180
- 5 *Criminal compliance* no contexto das posições de garantia, 181
 - 5.1 Legislação brasileira sobre *criminal compliance* e posições de garantia, 189

- 6 Sugestão para redução do nível de comprometimento jurídico-penal do *compliance officer*, 191
- 7 Conclusão, 194
- Referências*, 195

Parte II – *Compliance* e Direito Penal: Temas de Parte Especial, Legislação Extravagante e Comparada, 201

9 *Compliance* e corrupção privada (Décio Franco David), 203

- 1 Introdução, 203
- 2 Percepção da corrupção no setor privado, 205
- 3 O marco teórico da corrupção no setor privado: o que se está protegendo?, 207
- 4 Como os projetos de *compliance* podem ajudar?, 219
- 5 Conclusões, 229
- Referências*, 230

10 *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro (Natália Brasil Dib e Sérgio Fernando Ferreira de Lima), 235

- 1 Introdução, 236
- 2 Noções conceituais e históricas de *criminal compliance*, 238
 - 2.1 Breves considerações sobre o liberalismo e a criação do sistema monetário, 238
 - 2.2 Direito Penal Econômico, Princípio da Proteção Eficiente e o *criminal compliance* como prevenção de condutas delitivas, 240
- 3 Tutela penal do Sistema Financeiro Nacional, 243
 - 3.1 A discussão sobre o bem jurídico, 244
- 4 Problemas e soluções normativas e *compliance*, 248
- 5 Programas de *compliance* e Sistema Financeiro Nacional, 255
- 6 Conclusão, 259
- Referências*, 260

11 *Compliance* e a apreciação do elemento subjetivo do tipo no crime de lavagem de dinheiro (Rafaela Roderjan Benatto), 262

- 1 Introdução, 262
- 2 Da inserção das obrigações de *compliance* aos particulares na Lei nº 9.613/98, 264
- 3 Do elemento subjetivo do tipo na teoria do delito e no crime de lavagem de dinheiro, 267
- 4 Da aferição dos sistemas de *compliance* no crime de lavagem de dinheiro, 269
- 5 Conclusão, 272
- Referências*, 273

12 Compliance em matéria ambiental penal e extrapenal (Luan José Jorge Camargo, Luiz Fernando Oliveira Bom e Priscila Rizk Furlan), 275

- 1 Introdução, 276
 - 2 A sociedade de risco global e a necessidade de gerenciamento dos riscos, 276
 - 3 Os princípios da prevenção e da precaução na seara do Direito Ambiental, 277
 - 4 A tríplice responsabilização por ações contrárias à proteção do meio ambiente, com ênfase na responsabilização ambiental penal, 280
 - 5 *Compliance* ambiental: aplicação dos princípios da prevenção e precaução na gestão de riscos empresariais ao meio ambiente, 284
 - 6 Considerações finais, 291
- Referências*, 292

13 Aspectos da legislação estadunidense sobre práticas de corrupção no exterior (José Alberto Martins), 295

- 1 Introdução, 295
 - 2 Definições da Lei Anticorrupção Estadunidense, 297
 - 3 O que é corrupção nos termos da Lei Anticorrupção Estadunidense, 299
 - 4 Existência da intenção de subornar, 299
 - 5 Propósito de negócio, 300
 - 6 Definição de “qualquer coisa de valor”, 300
 - 7 Presentes, viagens, entretenimento e outras coisas de valor, 302
 - 8 Contribuição de caridade, 302
 - 9 Defesas afirmativas instituídas na alteração da Lei Anticorrupção Estadunidense realizada em 1988, 303
 - 10 A Defesa da lei local do país estrangeiro, 303
 - 11 A Defesa de gasto da empresa em boa-fé e de valor razoável, 303
 - 12 Pagamentos excepcionais permitidos pela Lei Anticorrupção Estadunidense, 305
 - 13 Disposições legais contábeis, 305
 - 14 Livros e registros contábeis, 306
 - 15 Controles internos, 307
 - 16 Responsabilidade por atos de suas subsidiárias, 308
 - 17 Multas e penas aplicadas pelo Departamento de Justiça e pela SEC em caso de violação da Lei Anticorrupção Estadunidense, 308
 - 18 Multas penais, 309
 - 19 Multas civis, 309
 - 20 Consequências adicionais à violação da Lei Anticorrupção Estadunidense, 310
 - 21 Efeitos da Lei Anticorrupção Estadunidense, 311
 - 22 Conclusão, 312
- Referências*, 312