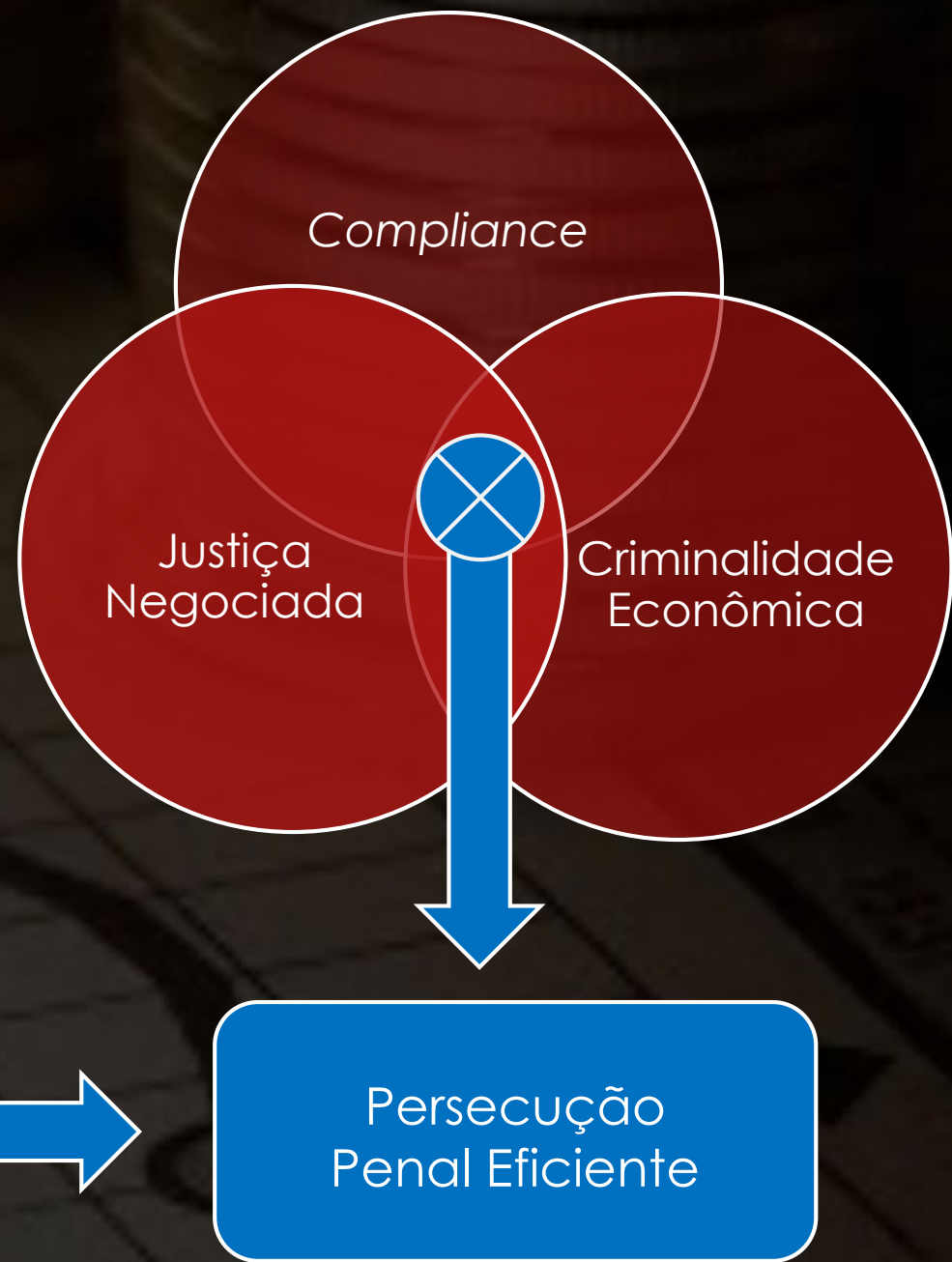




JUSTIÇA NEGOCIADA E COMPLIANCE



Juan Borges de Abreu
Promotor de Justiça - MPGO



1. DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico costuma ser confundido com a expressão “crime de colarinho branco”.

Edwin H. Sutherland foi o precursor da terminologia “crime de colarinho branco” (white collar crime). Em bem sucintas palavras, esta definição parte da caracterização do autor do delito e não do objeto jurídico tutelado pelo direito. Seriam, então, os crimes praticados por representantes da classe política, econômica dominante, ou seja, membros da elite social. É tido como um conceito mais sociológico do que jurídico.

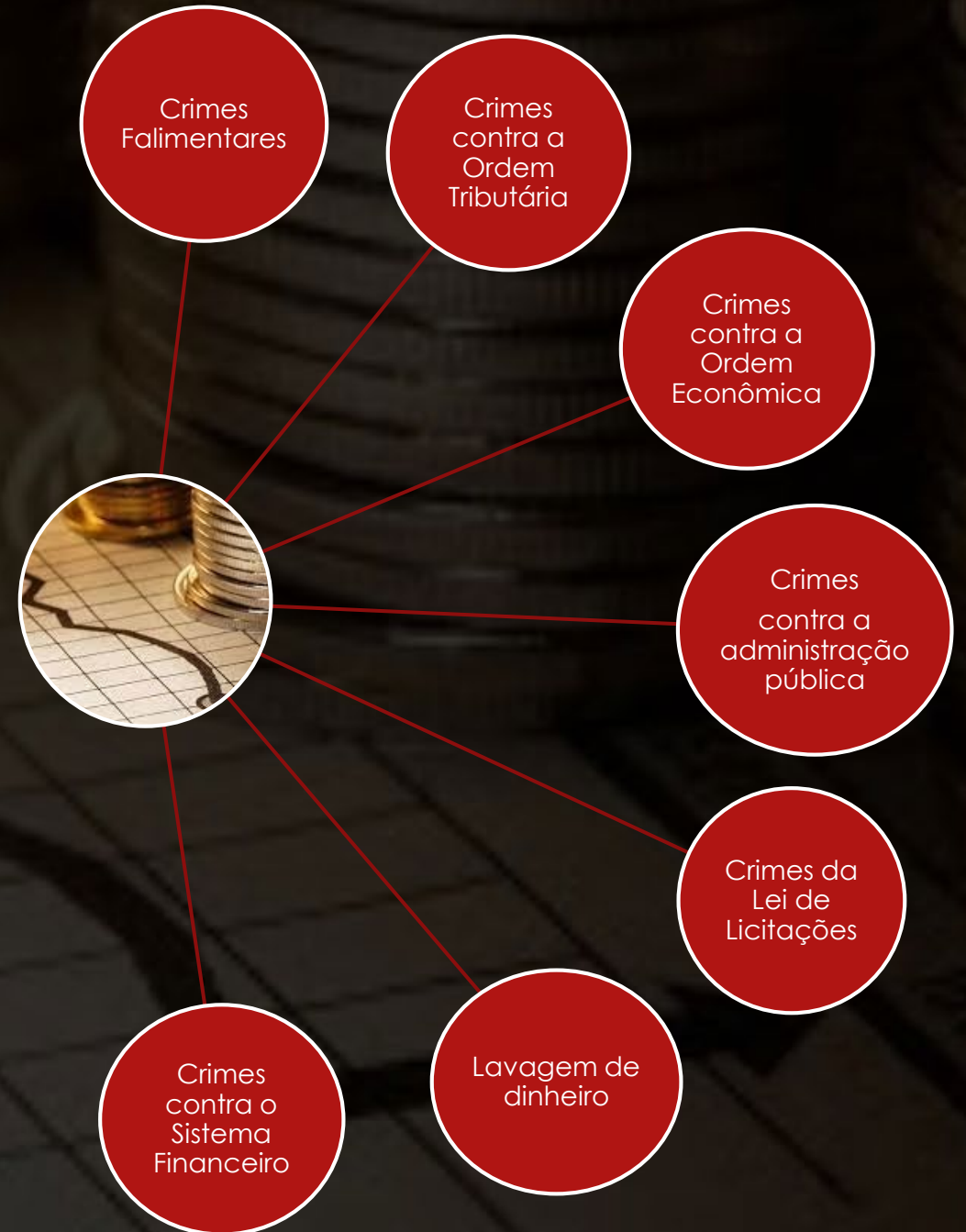
Já o Direito Penal Econômico é definido a partir do bem jurídico protegido, das condutas praticadas e suas finalidades, além das características objetivas desses delitos.



O Direito Penal Econômico é o ramo do Direito Penal voltado aos crimes praticados contra o bom funcionamento da economia, de forma ampla, e também da administração pública.

Um traço comum dos crimes econômicos é o caráter supra individual do bem jurídico atingido. Com efeito, quando se fala em crimes contra a ordem econômica, sistema financeiro, ou ordem tributária verifica-se que a tutela jurídico-penal está voltada para o funcionamento regular desse conjunto de regras que orientam e regulam a atividade econômica, seja do Estado, seja do indivíduo.

Em algumas situações, também é alvo de tutela penal o regular funcionamento do mercado empresarial, como ocorre nas hipóteses de abuso de poder econômico, ou ainda a boa-fé nas relações comerciais, como ocorre nas situações de violação ao direito do consumidor ou das regras falimentares.



2. CARACTERÍSTICAS QUE DIFICULTAM A PERSECUÇÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

- Crimes complexos e camuflados de atividades lícitas;
- Crimes de difícil apuração e elucidação;
- Necessidade do dispêndio de elevada estrutura investigativa – pessoal e material;
- Não percepção social da gravidade e das consequências do delito econômico;
- Temor à repercussão da persecução penal na atividade econômica e nos empregos gerados pela atividade econômica desempenhada pelo delinquente;
- Aparato investigativo e judicial desinteressado na persecução dos crimes econômicos;
- Proximidade social dos investigadores, acusadores e julgadores em relação aos delinquentes;
- Alto grau de cobrança de infalibilidade na atuação;
- Sistema jurídico é um verdadeiro campo minado ao sucesso da persecução penal:
 - ✓ Foro por prerrogativa;
 - ✓ Competência Estadual x Federal x Eleitoral;
 - ✓ Requisitos legais de punibilidade – artigo 180 da Lei de Recuperações Judiciais;
 - ✓ Precedentes jurisprudenciais casuísticos – deficiência na fundamentação das decisões – ordem do interrogatório do colaborador – crime caixa dois eleitoral – proibição à condução coercitiva – etc;
- Desproporcionalidade do aparato defensivo, frente ao aparato estatal. Ao contrário do que se apregoa, a estrutura defensiva é muito superior;
- Fatores político e extrajudiciais que impedem o êxito na punição;
- Baixa efetividade – prescrição – trancamento da ação penal – etc.;
- Desgaste – representações disciplinares e exposição na mídia;
- Exemplos: Samperes – Máfia das Falências – Operação Vendilhões – etc.

3. COPARTICIPAÇÃO E COOPERAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA E DOS ENTES PÚBLICOS - COMPLIANCE

3.1. COMPLIANCE BEM EXECUTADO:

- Identificação e definição clara de competências e, assim, da cadeia de comando para fins de responsabilização;
- Mapeamento das vulnerabilidades;
- Indicação de informantes;
- Cooperação e colaboração na identificação dos responsáveis e na pactuação de acordos de leniência;
- Regras de condutas claras que facilitam a identificação do dolo e da omissão penalmente relevante;

3.2. COMPLIANCE DE FACHADA:

- Deturpação dos institutos importados. Ex:
 - ✓ Audiência de Custódia;
 - ✓ Infiltração de Agentes;
 - ✓ Colaboração Premiada;
 - ✓ Acordo de Não Persecução Penal;
- *Compliance* como mais um instrumento de proteção do infrator e de dissimulação da prática criminosa;

3.3. RESPONSABILIZAÇÃO DO COMPLIANCE MAL EXECUTADO OU INTENCIONALMENTE FALHO:

- Separação do que é consultoria jurídica e do que é *compliance*;
- Assunção da posição de garantidor do agente de *compliance*;

Lei nº 14.133/2021. Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...).

XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

(...).

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...).

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

(...)

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

(...)

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Art. 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais). Comunicação das operações suspeitas

Lei nº 12.846/2013 (lei anticorrupção das pessoas jurídicas). Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Lei nº 12.846/2013 (lei das empresas públicas). Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

(...)

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

(...)

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

(...)

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a **área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.**

- Escritórios de advocacia: conforme já sedimentado há bastante tempo na jurisprudência, o sigilo profissional que acoberta o advogado é passível de ser invocado somente na “qualidade de testemunha”, mas não quando o advogado é acusado da prática de crime (STJ, RT 718/473, ago. 1995). O próprio Manual de prerrogativas do advogado da OAB Goiás faz as mesmas ressalvas e, inclusive, traz como referência o mesmo julgado da Corte Superior, vejamos:

XIX - recusar-se a depor como testemunha processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional;

“O inciso XIX do art. 7º, ora comentado, assegura ao advogado o direito-dever de recusa a depor como testemunha sobre fato relacionado com seu cliente ou ex-cliente, do qual tomou conhecimento em sigilo profissional. Esse impedimento incide apenas sobre fatos que o advogado conheça em razão de seu ofício. A regra da tutela do sigilo profissional, mesmo em face do depoimento judicial, é largamente reafirmada na legislação brasileira, como se vê no Código Civil de 2002, art. 229, I, Código de Processo Civil, art. 347, II, Código Penal, art. 154 e Código de Processo Penal, art. 207. **Entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o sigilo profissional, previsto no citado inciso XIX, que acoberta o advogado, é relacionado à qualidade de testemunha, mas não quando o advogado é acusado em ação penal de prática de crime** (RT, 718:473, ago. 1995)”. (In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 59/60).

- Responsabilização por omissão penalmente relevantes:

CP. Art. 13 – (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

- Afastada a questão do sigilo:

CP. Divulgação de segredo

Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

(...)

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada.

- Embaraço à investigação de Crime Organizado:

Lei nº 12.850/2013. Art. 13 – (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. resultado.

4. JUSTIÇA NEGOCIADA

4.1. UM POUCO DE DIREITO COMPARADO:

- Americano
 - ✓ O ordenamento jurídico americano prevê duas formas de abreviação do trâmite processual por iniciativa do próprio acusado, quais sejam: por ocasião da audiência de *arraignment* (isto é, da audiência de contestação ou concordância com a denúncia), o acusado pode: se declarar inocente (*not guilty*); confessar sua culpa (voluntária: *guilty plea*, ou negociada: *plea bargaining* → Ex: *charge bargain* e *sentence bargain*); e declarar que, mesmo não assumindo a culpa, não se opõe a procedência da tese acusatória, *no contend* (*nolo contendere*).
 - ✓ Ressalta-se que, por meio do *no contend*, o acusado tão somente aceita ser condenado mediante a aplicação de uma pena atenuada (atenuação inferior ao do *guilty plea*). Não há confissão de culpa e, por isso, a condenação não gera efeitos externos de natureza cível, por exemplo, em relação a uma ação civil ressarcitória.
 - ✓ Enfim, cerca de 90 por cento dos casos criminais nos Estados Unidos são solucionados por meio da aplicação do *plea bargaining*, o que por si só já demonstra a grande relevância do instituto para o funcionamento do sistema criminal americano.

- Italiano:
 - ✓ O *patteggiamento* é o *nomen* que se impôs na prática forense italiana para designar o instituto da «aplicação da pena a pedido das partes» (*applicazione della pena su richiesta*), que o CPP prevê nos arts. 444.º ss;
 - ✓ Possibilidade de aplicação de penas de prisão ou prisão e multa até cinco anos. Para além disso, a lei exclui, expressamente, vários crimes desta possibilidade, como ocorre com a associação criminosa, o crime organizado, o terrorismo, o sequestro, certos crimes de violência sexual ou ligados à prostituição e à pornografia infantil e outros crimes graves;
 - ✓ Todavia, o instituto na Itália não logrou a mesma eficácia que o *plea bargaining* americano. A causa é, justamente, a falta de liberdade dada ao órgão de acusação italiano para negociar a pena com o investigado. Ademais, além do Ministério Público se encontrar atrelado às poucas opções de acordos previstas em lei, o acusado ainda pode requerer diretamente ao juiz os benefícios do artigo 444 do Código de Processo Penal, sem necessidade de assentimento do Ministério Público. Dessa maneira, não há motivo para o investigado antecipar uma negociação de pena se, até antes da fase dos debates e das conclusões finais, ele pode requerer os mesmos benefícios ao juiz, com a vantagem de ter um panorama melhor acerca da sua possibilidade de ser condenado ou não;

4.2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E ACORDO DE LENIÊNCIA:

- Vantagem:
 - ✓ Celeridade Processual;
- Desvantagens:
 - ✓ Baixa efetividade;
 - ✓ Limitação de sua aplicação e não aprofundamento probatório;
 - ✓ Não execução da pena;

4.3. COLABORAÇÃO PREMIADA:

- Vantagens:
 - ✓ Liberdade de negociação;
 - ✓ Aprofundamento probatório;
 - ✓ Tudo que é previsto no Acordo de Não Persecução Penal;
- Desvantagens:
 - ✓ Não encerra o processo e depende da morosidade do trâmite processual;

4. CONTEXTUALIZAÇÃO COM O MOMENTO ATUAL

4.1. PODER ECONÔMICO E PODER POLÍTICO.



4.2. ITÁLIA. *DOPPIO BINARIO PROCESSUALE E SANZIONATORIO*

JUSTIÇA NEGOCIADA E COMPLIANCE



Muito Obrigado!