

AS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE: UM NOVO MODELO DE AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL | *THE CONTRIBUTIONS OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE FRAMEWORK OF COMPLIANCE PROGRAMS: A NEW MODEL OF BUSINESS SELF-REGULATION*

REGINA CELLI MARCHESINI BERARDI
LINARA DA SILVA

RESUMO | O presente ensaio busca demonstrar como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no Direito Penal Econômico enquanto ferramenta de potencialização da autorregulação ao mesmo tempo em que visa compreender como o modelo de produção normativa do Tripartism, concebido por John Braithwaite, pode legitimar um sistema de controle social alternativo fundamentado na autorregulação regulada empresarial. Para tanto, analisam-se as conexões existentes entre os Programas de *Compliance* e a Justiça Restaurativa, verificando quais são as suas contribuições no processo de correção dos defeitos dos Programas de Cumprimento. Com a pesquisa, foi possível perceber que a Justiça Restaurativa empresarial é uma possibilidade real e, se aplicada com cautela e controle, poderá configurar um mecanismo complementar hábil ao fortalecimento da autorregulação, instituindo uma nova cultura empresarial baseada na ética e na lealdade e, por decorrência, concedendo maior efetividade aos Programas de *Compliance*, sobretudo em relação às pequenas e médias empresas.

ABSTRACT | *The present essay seeks to demonstrate how Restorative Justice can be applied in Economic Criminal Law as a tool to enhance self-regulation simultaneously as it seeks to understand how the model of normative production of Tripartism, conceived by John Braithwaite, can legitimize an alternative social control system based on corporate self-regulation. To this end, the existing connections between the Compliance Programs and Restorative Justice are analyzed, verifying what their contributions are in the process of correcting the defects of the Compliance Programs. With the research, it was possible to perceive that the corporate Restorative Justice is a real possibility and, if applied with caution and control, it can configure a skillful complementary mechanism to the strengthening of self-regulation, instituting a new business culture based on ethics and loyalty and, as a result, granting greater effectiveness to the Compliance Programs, especially in relation to small and medium-sized companies.*

PALAVRAS-CHAVE | Justiça Restaurativa. Autorregulação. *Compliance*. Direito Penal Econômico.

KEYWORDS | *Restorative Justice. Self-regulation. Compliance. Economic Criminal Law.*

1. INTRODUÇÃO

Os entraves que o Estado encontra para controlar as condutas das empresas que, em face da globalização, passaram a constituir verdadeiras redes interconectadas e agências de poder que ultrapassaram as fronteiras territoriais, ingressando no plano transnacional, trouxeram a necessidade de conceder aos entes privados uma parcela da responsabilidade de autorregulação que, antes, era de sua exclusividade. Diante disso, as empresas passaram a adotar modelos de autorregulação, como os programas de *Compliance*, cujo principal objetivo é o cumprimento de normas de conduta que, caso violadas, podem repercutir em graves violações de direitos humanos, ambientais e, sobretudo, corrupção.

No entanto, em face da prática de crimes no âmbito corporativo, questiona-se se o modelo punitivo é suficiente para garantir que as empresas observem as normas e se autorregulem de forma eficaz. O mais coerente seria que o sistema de justiça penal convivesse com outros meios de controle social, sobretudo, para que os Programas de Cumprimento atendessem, de fato, a sua função preventiva. Nesse aspecto, é fundamental que outras matérias ingressem no campo dos sistemas de controle empresarial, reforçando e garantindo legitimidade às normas e procedimentos internos.

Diante disso, o presente ensaio busca demonstrar como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no Direito Penal Econômico enquanto ferramenta de potencialização da autorregulação ao mesmo tempo em que visa compreender como o modelo de produção normativa do *Tripartism*, concebido por John Braithwaite, pode legitimar um sistema de controle social alternativo fundamentado na autorregulação regulada empresarial. Para tanto, analisam-se as conexões existentes entre os Programas de *Compliance*, também denominados de *Programas de Cumprimento*¹ e, a Justiça Restaurativa, verificando quais são as suas contribuições no processo de correção dos defeitos dos respectivos Programas.

1 No presente trabalho serão utilizados os termos “Programas de *Compliance*” como sinônimos da expressão “Programas de Cumprimento”.

2. A AUTORREGULAÇÃO REGULADA E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE ENQUANTO INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO NO ÂMBITO EMPRESARIAL

O fenômeno da globalização responsável pelo rompimento das fronteiras entre os mercados inaugurou um modelo de criminalidade transnacional que, gradativamente foi enfraquecendo o controle estatal sobre as atividades econômicas uma vez que, os sistemas judiciais, com suas competências territoriais limitadas, mostram-se insuficientes para apurar delitos praticados em mais de um local. A realidade é que a criminalidade empresarial é complexa e de difícil averiguação, trazendo dificuldade, inclusive, em relação a responsabilização dos crimes, pois é comum as empresas² possuírem escritórios em determinado país, gestores e investidores em outros, ao passo que transações são realizados em terceiros países. Ademais, muitos crimes econômicos são praticados utilizando-se de mecanismos de dissimulação, dificultando, em grande medida, a sua identificação e a produção de provas. Ao lado disso está o criminoso econômico que, em razão de seu perfil e de sua condição profissional, acaba permanecendo isento de um estereótipo típico daqueles que normalmente chegam aos tribunais, tendo em vista que essas atividades criminosas são pautadas por fraudes, simulações e, ao não utilizarem de violência e não demonstrarem claramente os danos provocados, parecem ser inofensivas. (MARQUES, 2015, p. 472-474).

O ambiente corporativo exerce influência determinante na prática de condutas criminosas por parte de seus agentes. A exigência e a pressão constante pelo atingimento de metas, obtenção de lucros, redução de gastos leva profissionais que, isoladamente, nunca cometeriam qualquer crime, a incorrer em atos ilícitos movidos por um espírito criminoso coletivo que se molda conforme as diretrizes da empresa e é responsável em criar uma sensação de normalidade em face das ações delitivas. E, o crescente cometimento de crimes por parte das corporações levou Bernd Schünemann a

2 A palavra “empresa” possui muitos significados, e no presente trabalho não será atribuído ao termo uma definição estática, ora será apresentada com o significado sinônimo de empresário, ora empresa como sujeito de direitos e deveres, ora atividade empresarial, ora estrutura física, bem como empresa como pessoa física e jurídica.

afirmar que, muito mais que uma criminalidade na empresa, hoje, se está diante de uma “criminalidade da empresa”. (SCHÜNEMANN, 1988, p.531).

Importante ressaltar que a expressão criminalidade empresarial trata-se de termo genérico que envolve os crimes econômicos praticados pela pessoa coletiva. Conforme aduz Bernd Schünemann, a criminalidade de empresa não pode ser confundida com a criminalidade na empresa, ou seja, os crimes cometidos dentro ou contra a própria empresa, pois, nesse último caso, às normas legais é que competem resolver a questão da responsabilidade penal. (SOUZA, 2013, p. 60.)

Um dos traços das corporações em relação ao cumprimento de normas penais é justamente a sua propensão ao descumprimento que, conforme Juan Antonio Lascuraín, não se trata da ausência de valores morais dos administradores, mas é a competitividade típica da atividade empresarial capitalista que faz surgir a necessidade pela redução de gastos e ampliação de lucro. Em razão disso, é comum ver empresas despejando resíduos tóxicos nos rios, subornando servidores para conseguir contratos públicos, desrespeitando normas básicas de segurança do trabalho, como, por exemplo, não fixar redes de proteção na construção de edifícios. Outra tendência que se verifica na organização interna das corporações são os esquemas ilícitos praticados pelos funcionários em benefício da empresa, a fim de manter o posto de trabalho ou obter uma melhor colocação. Logo, percebe-se a existência de um fator criminógeno dentro das empresas que, para ser atacado, necessita da responsabilização penal do ente coletivo. (LASCURAÍN, 2015, p.97-98).

O descumprimento de normas dentro das empresas também é favorecido pelo “clima de erosão normativa” e por “técnicas de neutralização”, fenômenos analisados pela criminologia dentro do que se denomina de “dinâmicas psico-sociológicas”. Conforme explica Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, as técnicas de neutralização justificam o comportamento de pessoas que violam as normas e cometem crimes uma vez que para elas, os preceitos legais dificilmente revestem-se da condição de imperativos categóricos que deveriam preponderar em todas as circunstâncias.

Nesses casos, as normas assumem o caráter de flexibilidade e permitem a adulteração de seus fundamentos. (DIAS; ANDRADE, 2023, p. 235-236).

Ademais, os autores ainda definem as principais técnicas de neutralização, a saber, a) Negação da responsabilidade: o agente que praticou o crime nega a sua relação com os fatos, atribuindo a culpa a fatores irresistíveis; b) Negação do dano: o agente mostra-se convencido da neutralidade de sua conduta, principalmente, em instituições como as empresas ou órgãos públicos; c) Negação da vítima: quando o agente desconhece o status de pessoa humana da vítima; d) Condenação dos Condenadores: quando o agente desvia o foco de sua conduta sob a justificativa de que todos cometem os mesmos atos; e) Apelo a lealdades superiores: o agente age movido por normas pré-existentes em um pequeno grupo social, do qual pertence, em detrimento das normas sociais.

Com efeito, a criminalidade em nível econômico é, antes de tudo, uma problemática política e, a ingerência dos Estados a partir do Direito Penal, foi o mecanismo encontrado para dar conta dessa questão, sobretudo, após as consideráveis crises que assolaram o começo do século XX e que, por sua vez, estão estritamente relacionadas com a própria criminalidade econômica. Sobre a crise financeira e sua origem, Anabela Miranda Rodrigues muito bem enuncia:

“A crise financeira desencadeou-se a partir das operações especulativas realizadas por bancos, que compraram os denominados ‘títulos tóxicos’, isto é, valores baseados em hipotecas norte-americanas subavaliadas. A origem da crise encontra-se na explosão da “bolha mobiliária”, nos Estados Unidos depois de um período importante de aumento incessante dos preços das casas. Os mercados mobiliários e de crédito iniciaram uma prática que se denominou de *subprime*, ou seja, de emprestar dinheiro a pessoas que normalmente não teriam podido aceder a um crédito hipotecário para adquirir uma casa, o que aumentava o risco da falta de pagamento. [...] Em 2005/2006, as taxas de *subprime* dispararam e muitos dos novos proprietários não puderam pagá-las. A crise não se limitou às instituições financeiras norte-americanas: quer os bancos quer as seguradoras tinham passado as suas dívidas a investidores e a outros bancos, através de complexos pacotes financeiros quase incompreensíveis. O pânico eclodiu rapidamente, pois ninguém sabia quem era o verdadeiro dono destas ‘dívidas inúteis’ difundidas por todo o sistema financeiro mundial. [...] As perdas começaram a acumular-se e, em meados de 2008, os bancos e as principais entidades

financeiras de todo o mundo anunciaram perdas de valor gigantesco”. (RODRIGUES, p.2019, p.21-29).

Pois bem, o maior desafio que o Direito Penal Econômico encontra é justamente a tutela de bens jurídicos coletivos uma vez que não é possível intensificar de forma desmedida o *jus puniendi* e tampouco produzir uma degeneração dos pressupostos essenciais da imputação penal. Portanto, é fundamental que o Direito Penal diante de sua capacidade penalizadora, restrinja-se a ponderar em quais situações “a atividade econômica pode comportar ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes, e, em segundo lugar, a implementar respostas coerentes com as características específicas da realidade a que se pretende fazer face”. (RODRIGUES, 2019, p.21-29.)

Portanto, a desregulamentação que, por um lado, se faz imprescindível diante de um mercado globalizado fomentou uma proximidade entre o crime organizado e a criminalidade das corporações, sobretudo, a partir de estratégias de capital especulativo e branqueamento. As instituições de poder que, no passado, eram públicas e locais transformaram-se em agências privadas e de caráter transnacional capazes de, em muitos casos, impor a sua vontade em detrimento da vontade do Estado. (BUSATO, 2018, p.444-446). Diante desse contexto, é fundamental que se institua mecanismos de controle da atividade empresarial, inclusive, a partir de ações da própria corporação visando com que os fatores criminógenos coletivos que circundam as empresas sejam enfraquecidos e as condutas profissionais ressignificadas a partir do cumprimento de normas de conduta em que impere a ética e valores corporativos essenciais. É nesse panorama que os Programas de *Compliance*³ surgem como uma forma inovadora de autorregulação promovendo um modelo de controle das atividades empresariais cujo intuito é assegurar o cumprimento de normativas que regem o seu funcionamento. (RODRIGUES, 2019, p.46)

Os Programas de Cumprimento ou Programas de *Compliance* são programas de prevenção, cujo propósito é consolidar uma cultura corporativa

3 O termo em inglês “Compliance” pode ser traduzido para o Português como “cumprimento, atendimento, obediência”. No desenvolvimento do presente trabalho, serão utilizadas as expressões Programas de *Compliance* ou Programas de Cumprimento como termos sinônimos.

ética e, em última análise, impedir a responsabilidade administrativa, civil e, inclusive, criminal das empresas. (RODRIGUES, 2019, p.57)

Desse modo, os Programas de Cumprimento buscam evitar a prática de crimes em desfavor da empresa ou por meio da empresa e, desse modo, a pessoa coletiva integra-se à justiça penal no intuito de auxiliar na elucidação e investigação de delitos econômicos. As empresas beneficiam-se dessa aliança uma vez que podem ter isenção ou atenuação de sua responsabilidade, como é o caso da Espanha, Itália e Brasil no que se refere à responsabilidade administrativa e, França e Estados Unidos, no tocante a possibilidade de não se promover a ação penal. Logo, é vantajoso às corporações não terem o seu nome envolvido em um processo penal. (ANTUNES, 2018, p. 119-120).

Interessante mencionar que em Portugal, ao alargamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas não têm correspondido alterações ao nível do processo penal, “diferentemente do que tem sucedido em outros países, nomeadamente em Espanha e em França. E em Itália e no Brasil, no âmbito da responsabilidade administrativa destas entidades”. (ANTUNES, 2018, p. 119-120).

Nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues “neste novo modelo de autorregulação – uma técnica de intervenção na atividade económica de autorregulação regulada -, não se trata mais da ausência do Estado, mas sim de garantir a sua presença eficaz, através de uma forma de controle social mais sofisticada”. (RODRIGUES, 2019, p.46).

O ponto central para definir a responsabilidade penal da empresa é a implementação de um Programa de *Compliance* dotado de efetividade, ou seja, é pressuposto de responsabilização um *defeito de organização* da empresa, seja pelo fato de um Programa de Cumprimento ser defeituoso ou por não ser efetivo. (RODRIGUES, 2019, p.65). Portanto, um Programa de *Compliance* efetivo e anterior à prática de um crime corporativo, tem o condão de afastar a imputação da pessoa coletiva que pode ser responsabilizada diante de seu próprio defeito de organização. Assim, a empresa deve organizar um sistema interno efetivo de prevenção de delitos a partir do funcionamento de um

programa de cumprimento que seja capaz de evitar que os seus membros cometam ilícitos em benefício da corporação. Ou seja, a “la empresa cumple si consigue que sus miembros cumplan las normas básicas (penales) que condicionam su conducta”. (LASCURAÍN, 2015, p.105).

Ainda que as empresas sejam, em certa medida, premiadas ao realizarem investigações internas e colaborarem com o Estado, ressalta-se que a existência de um aparato interno de normas não tem como finalidade privilegiar, de forma absoluta a empresa e afastar a sua responsabilidade penal em todos os casos de cometimento de crimes corporativos, mas, sobretudo, definir quais são as condutas censuradas, a fim de prevenir a sua incidência. (RODRIGUES, 2019, p.47).

Por isso, a privatização da investigação criminal que acontece na esfera dos Programas de *Compliance* visando colaborar com a justiça na produção de provas, na apuração de quais foram os agentes envolvidos e o seu nível de responsabilidade, é efetivada por meio de canais de denúncias criados e mantidos pela própria empresa. Os canais de denúncia configuram umas das dinâmicas mais importantes na luta contra a criminalidade empresarial, uma vez que, ao permitirem que denúncias sejam realizadas por particulares, busca-se estabelecer “lealdade através da delação”, instituindo outra cultura na empresa, hábil a transpor a tendência a práticas de comportamentos delituosos. (ANTUNES, 2018, p.119-122).

Os Programas de Cumprimento devem contar com um Órgão de Compliance – *Compliance Officer* ou *Chief Compliance Officer*⁴, que pode ser representado por um empregado individual, um setor da corporação ou um profissional externo contratado, mas com poderes autônomos e independentes da direção da empresa que, mediante delegação do Conselho de Administração, realize as atividades inerentes à prevenção de crimes,

4 Apesar de não existir uma tradução precisa acerca dos termos *Compliance Officer* ou *Chief Compliance Officer*, pode-se defini-los, dentre outros conceitos, como: “Oficial de Cumprimento”, “Inspetor”, “Encarregado de Prevenção”, “Oficial de Ética” e até mesmo “Auditor”, em que pese as funções de *Compliance Officer* e auditor interno ou externo não se confundam. Ademais, também não se confundem as atividades desempenhadas pelo *Compliance Officer* e pelo Advogado da empresa, pois, enquanto esse presta assessoria jurídica, o primeiro fiscaliza o cumprimento das normas legais.

verificando a efetividade do Programa, apresentando normas e medidas de controle, monitorando o canal de denúncias e coordenando as investigações em nível interno. (LASCURAÍN, 2015,p.112).

Um eficiente Programa de Cumprimento deve ser elaborado a partir de três vertentes. A primeira delas é a análise de riscos, onde se verificam quais crimes são passíveis de ser cometidos dentro da estrutura daquela empresa e, por decorrência, estabelecer quais riscos devem se prevenir. O risco de danos ao meio ambiente é muito mais provável em empresas químicas assim como o risco da prática de corrupção é mais elevado em corporações que tenham relações com a Administração Pública. Após ter conhecimento dos principais riscos que a empresa deve prevenir, parte-se para o segundo aspecto que diz respeito ao sistema de normas. Nesse sentido, analisam-se se as regras são claras e expressas quanto ao seu conteúdo de proibição e prevenção. É nesse ponto que a empresa deve consolidar uma norma geral que revele os seus valores essenciais concorrendo para que os membros da corporação sintam-se pertencidos e fiéis a esse contexto que prioriza regras justas. E, por fim, o terceiro enfoque trata do sistema sancionador que, além de prever sanções, igualmente, deve contar com instrumentos para identificar as condutas ilícitas. Por isso, a importância de se manter canais de denúncias internos que garantam o sigilo e a proteção da identidade do denunciante de boa-fé ao lado de um eficiente modelo de investigação. (LASCURAÍN, 2015, p.106-110).

Diante de tal contexto, cumpre lembrar que, o estudo do Direito Penal implica em debruçar-se sobre a análise de modelos de prevenção, perquirindo quais meios são adequados para evitar o cometimento de crimes, ou seja, questiona-se como efetivar esse controle social. (LASCURAÍN, 2015, p.105) Logo, ainda que os Programas de *Compliance* funcionem enquanto um instrumento de cooperação com o Estado diante da criminalidade corporativa sabe-se que é um instituto que apresenta limitações, sobretudo, diante da problemática da efetividade real dos Programas de Cumprimento instituídos pelas empresas. Por isso, se faz necessário encontrar outros caminhos e modelos alternativos que sejam mais coerentes para o enfrentamento da

criminalidade econômica contemporânea, inclusive, para garantir maior eficácia aos Programas de *Compliance*.

3. O MODELO DE PRODUÇÃO NORMATIVA DO *TRIPARTISM* E A IMPLEMENTAÇÃO DE UM NOVO SISTEMA DE AUTORREGULAÇÃO REGULADA PELA ESTRATÉGIA DA PERSUASÃO

Uma das questões que a autorregulação traz para o Direito Penal é referente a validação ou não das normas de conduta advindas do setor privado, uma vez que tais normas teriam o condão de conceder maior poder às corporações e atender aos seus interesses. Para enfrentar essa problemática da legitimidade das normas advindas da autorregulação perante o Direito Penal, Adán Nieto Martín aponta duas possíveis soluções capazes de integrá-las a um tipo penal. A primeira é o modelo denominado *Tripartism*, concebida por John Braithwaite que defende que, todos os interessados e afetados pelo conteúdo referente à autorregulação – ONG's, sindicatos, entidades que representam os consumidores - devem participar da elaboração das normativas e, posteriormente, fiscalizar a sua execução.

Nesse viés, o *Tripartism* confere legitimidade satisfatória aos propósitos do Direito Penal e consegue ser mais eficaz que a regulação exercida pelo ente público, pois o poder econômico que, muitas vezes, influencia a administração no momento de elaborar as normas é sensivelmente diminuída no processo de autorregulação em que se abre espaço para a participação dos principais interessados na questão. Outrossim, o contributo de pessoas ou associações que representam interesses públicos, assegura e amplia o status democrático do sistema já que “la norma que en el futuro va integrarse em um tipo penal como norma de cuidado, como norma de complemento o como elemento normativo del tipo há sido discutida y elaborada por al menos una buena parte de los afectados”. O segundo modelo é o *self enforcement* ou *enforced self regulation*⁵ em que, ao invés de terceiros - como no modelo anterior - é a

5 Para John Braithwaite (*Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*. In: Michigan Law, vol. 80, 1982, p. 1466), “o Estado vigia, que precedeu ao Estado Keinesiano, era concebido como aquele em que a maior parte, tanto do remar como do pilotar era realizado pela

administração que participa de algumas das fases da elaboração das normas visando à qualidade e efetividade do sistema de autorregulação. O “buen gobierno corporativo” está inserido nesse modelo e a ingerência da administração é menor. (MARTÍN, 2015, p.105-106)

É importante mencionar que, compete ao legislador, regular a autorregulação por meio de normas administrativas que estabeleçam preceitos essenciais para a garantia da qualidade e efetividade de seus sistemas. Ademais, quando da elaboração de seu modelo de autorregulação, a corporação, além de levar em conta os preceitos gerais indicados pelo legislador, recomenda-se, em grande medida, que escolha o *Tripartism*, enquanto modelo de produção de seu regramento interno.

No âmbito das corporações é comum que os códigos de conduta sejam elaborados e definidos somente pelo Conselho da Administração e, muitas vezes, sem o auxílio de técnicos em prevenção. Porém, de acordo com as teorias da democracia industrial, fomentar a participação dos funcionários e dos afetados diretamente pelo conteúdo das normas na criação de um código de conduta, garante-lhe maior legitimidade e, por consequência, maior cumprimento. É o caso, por exemplo, de uma empresa química que, ao elaborar suas normas de conduta, conta com a participação da associação ecologista mais próxima. (LASCURAÍN, 2015, p.109)

Ao mesmo tempo, um modelo de imposição de sanções que escolha fazer uso de formas alternativas de controle social fundamentados na autorregulação deve adotar técnicas capazes de aumentar o nível de efetividade de tais sistemas. Assim, levando em consideração a responsabilidade da pessoa coletiva – e não física – analisam-se dois modelos cuja função é fortalecer a autorregulação, a saber: o sistema punitivo e o modelo persuasivo.

O modelo punitivo atua por meio da aplicação de sanções diante das falhas de organização das corporações. Se essas falhas não gerarem

sociedade civil. No Estado Keinesiano que o sucedeu, o Estado se encarregava, principalmente, de remar e era deficiente em pilotar a sociedade civil. No novo Estado regulador, o mais recente nessa cronologia, sustenta-se como ideal o Estado pilotando e a sociedade civil remando”.

resultados danosos ao bem jurídico, as sanções tendem a ser de caráter administrativo, contudo, do contrário, a sanção imposta será de natureza penal. Essa última levanta uma discussão doutrinária, pois se questiona como ou quando responsabilizar a empresa em face da ofensa a bens jurídicos. Diante disso, vislumbram-se, pelo menos, dois modelos, sendo que o primeiro transfere à empresa a conduta praticada pelos seus colaboradores e o segundo procura responsabilizar a empresa a partir de um defeito de organização que acabou provocando a conduta criminosa. De todo modo, independente do sistema eleito, o objetivo de ambos é concorrer para que a empresa reforce o seu modelo de autorregulação, a fim de evitar o cometimento de ilícitos. (MARTÍN, 2015, p.112-113)

Podem-se apontar algumas fragilidades desse modelo de transferência da responsabilidade à empresa, começando pela exigência de que, para sancionar o ente corporativo, é fundamental que a conduta criminosa tenha sido praticada por uma pessoa física específica, que ocupe um posto privilegiado dentro da empresa. Por lógica, em grandes corporações se torna muito difícil apontar a pessoa individual além de, esse sistema favorecer que as empresas mascarem os crimes praticados internamente, comprometendo, portanto, a investigação em sede judicial ou administrativa. Com isso, gera-se uma cultura empresarial disfuncional que, para encobrir fatos delituosos, pode, inclusive, apontar um responsável individual a quem recaia toda a culpa. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.113-114).

A esse respeito, infere-se que, o nível de efetividade do sistema autorregulatório empresarial depende das sanções que serão aplicadas, sendo essas o aspecto central de discussão. O modelo econômico e estrutural se contrapõe diante da análise do perfil das empresas que poderão ser penalizadas. O modelo econômico entende que as corporações se trata de “delinquentes racionais” que visam auferir lucros e, portanto, a medida mais acertada é a da intimidação. Contudo, a criminologia e a sociologia das corporações denotam que a cultura empresarial que faz com que os empregados trabalhem sob pressão para alcançar objetivos, configura um fator determinante para que, muitos gestores venham a violar as normas e, por isso,

não se pode falar que as condutas empresariais sejam sempre movidas pela racionalidade. Do outro lado, está o modelo estrutural com uma perspectiva mais realista do contexto empresarial e menos racional ao considerar que, não será apenas com a intimidação pela aplicação de multa, que a corporação se regulará de forma efetiva, sendo necessário, além de medidas preventivas, a imposição de sanções com caráter mais intervencionista, tais como, a publicidade e a curatela. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.115-116).

É justamente em razão dos fatores supramencionados, especialmente, diante das diferenças existentes entre as empresas e da necessidade de racionalizar os meios de administração da justiça, que os modelos de sanção devem adaptar-se às características e perfil de cada corporação, sem descurar, por óbvio, dos limites legais. Nesse panorama, Adán Nieto Martín traz como exemplos de sanções, multa ou reparação diante de uma infração ocasional; curatela para empresas reincidentes que demonstram não ter condições de realizar uma autorregulação satisfatória; sanções temporárias a empresas cujas condutas colocam em risco bens jurídicos, sanções definitivas para empresas que participam de organizações criminosas ou grupos terroristas. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.116-117).

Porém, o modo rígido de atuar do sistema punitivo procura muito mais penalizar as empresas que garantir que cumpram a lei e, assim, se torna difícil garantir respostas específicas que atendam as peculiaridades das corporações. Diante disso, as empresas tendem a manifestar um comportamento inconsequente e pouco cooperativo com o Órgão de *Compliance*, pois, na maior parte das vezes, as regras impostas carecem de sentido para os seus destinatários. Pensando nas fragilidades do sistema punitivo, surge um modelo complementar, com traços inovadores e fundamentado na persuasão, cuja finalidade essencial é promover uma solução conciliatória para os conflitos da empresa e prevenir a incidência de fatos delituosos. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.118).

É nesse viés que John Braithwaite menciona que cabe ao Estado regular a sua forma de atuação a partir da aplicação de uma resposta mais ou menos interventiva dependendo das circunstâncias do crime *in concreto*. Esse

nível de discricionariedade em relação ao processo de decisão sobre a resposta mais coerente a ser proferida, o autor em comento designou de “regulação responsiva”, em oposição ao “formalismo regulatório” atual que já pré-determina as respostas aplicáveis em diferentes ocasiões e, muitas vezes, sem levar em consideração as peculiaridades do fato. Por consequência, John Braithwaite defende uma aplicação mais incisiva, pelo Direito Penal da Empresa, de códigos disciplinares e, a partir da idéia de “regulação responsiva”, concebe um modelo piramidal de intervenção penal, que retratado em níveis de reação estatal admissíveis, partindo das menos até chegar as mais interventivas. (BRAITHWAITE ,2002, p.29-31). O modelo adversarial e punitivo cede lugar a um modelo dialógico, em que as empresas participam da definição de normas que vão ao encontro de sua realidade, instaurando um sistema muito mais flexível de autorregulação. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.118).

Na base da pirâmide está o sistema persuasivo, permitindo com que a decisão seja deliberada pelas partes envolvidas no conflito, incluindo o ofensor, a vítima, a comunidade e o Estado. Considera-se que a persuasão deve ser a primeira estratégia adotada e, a utilização de respostas mais interventivas deve ser deixada para aqueles casos em que realmente se fizerem necessárias, com exceção, obviamente, de situações graves que, desde o princípio, já exigem a aplicação de medidas mais graves. Somente após valer-se da persuasão é que se ascende ao próximo nível da pirâmide que é a dissuasão, onde iniciativas mais severas podem ser impostas, como é o caso de sanções administrativas, civis e criminais não privativas de liberdade. Contudo, caso a dissuasão também não se faça suficiente, então, alcança-se o topo da pirâmide regulatória, com a aplicação de incapacitação, que inclui a prisão e a revogação de licenças. Conforme se demonstra, as medidas mais interventivas e que envolvem mais custos para o Estado são aplicadas estritamente para casos graves e, nesse viés, a intervenção passa a ser mais legítima em razão da possibilidade do consenso decorrido na base da pirâmide. (BRAITHWAITE ,2002, p.32-34).

Portanto, na base da pirâmide encontram-se mecanismos hábeis a favorecer um modelo dialógico de *Compliance*, enquanto, no topo, estão os mecanismos sancionatórios, tais como, a inabilitação daquelas empresas claramente criminosas. Afinal, um sistema coercitivo é fundamental para que o modelo de persuasão seja levado a sério, pois, caso o diálogo não se estabeleça, as empresas têm consciência da possibilidade de aplicação de medidas punitivas. Mas, antes de se recorrer ao modelo sancionatório - que provoca resistência e pouca cooperação por parte das empresas – oportuniza-se que as corporações se autorregulem e deliberem sobre a melhor forma para cumprir a lei. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.118-119).

A exceção do uso preliminar do sistema de persuasão pode se dar diante de crimes graves praticados pelas empresas. Nesses casos, viabiliza-se um modelo piramidal com aberturas em locais que não estejam na base a fim de que, desde o início, possam-se aplicar duras sanções à corporação. A pirâmide propicia um espaço para diálogo com as corporações que voluntariamente desejam colaborar ou, coerção para aquelas consideradas criminosas conscientes e, incapacitação, para empresas incapacitadas tecnicamente. Logo, é a condição peculiar da empresa violadora das leis que determinará se receberá um tratamento de persuasão ou de punição. (MARTÍN; JIMÉNEZ, 2015, p.119-120).

Ainda que não seja objeto desse ensaio a análise da responsabilidade da pessoa individual é oportuno trazer à baila essa questão, pois, assim como, diante da prática de crimes graves a empresa estará sujeita, em primeiro plano, a punições mais gravosas, por lógica, a pessoa singular também. Nesse viés, Anabela Miranda Rodrigues menciona que, “o nível legítimo e necessário de punição não afasta a utilização da pena mais gravosa do sistema punitivo: a pena de prisão”. A possibilidade de o agente ser responsabilizado individualmente com a pena de prisão ante os crimes graves praticados na esfera empresarial gera efeitos preventivos e garante a “integração de valores no domínio econômico-social”. A aplicação da pena de prisão para os autores de crimes econômicos é eficaz e recomendada desde que, a finalidade da prevenção não puder ser alcançada mediante a imposição de outras penas

alternativas à prisão, como, por exemplo, a pena de multa enquanto pena principal. (RODRIGUES, 2019, p.38-39).

Os benefícios do uso de modelos de persuasão são vários, citando-se, como exemplo, argumentos de natureza economicista que promovem a redução dos custos estatais em decorrência de uma maior observância da lei. Ademais, razões de caráter empírico denotam que, nem todas as empresas são, deliberadamente, criminosas que praticam delitos de forma calculada e racional, tendo em vista que, algumas corporações praticam crimes ocasionalmente em razão de imperícia, inexperiência e desconhecimento técnico de normas a que devem submeter-se.

Inserir uma fase de persuasão na base da pirâmide regulatória, conforme concebida por John Braithwaite, oportuniza um espaço para que as decisões sobre a responsabilidade sejam deliberadas e consensuadas. Todavia, apesar de se conceder aos envolvidos a prerrogativa de construção de uma resposta mais satisfatória ao conflito, como propõe a abordagem da regulação responsiva, assentada na ideia de pirâmide regulatória, é fundamental para tanto, que se estabeleça um diálogo aberto no momento da persuasão e que o agente que praticou o dano esteja disposto a assumir a sua responsabilidade e, por decorrência, as consequências dela advindas. Ou seja, quando o agente participa da etapa da persuasão e ainda que possa opinar acerca da sua responsabilização, necessariamente está ciente de que deverá se submeter ao acordo realizado no processo deliberativo. (BRAITHWAITE, 2002, p.34-36).

Costa Andrade menciona que, encontrar um consenso no processo penal “está a refletir, além da ideia de oportunidade, um ambiente de pacificação e de reafirmação intersubjetiva e estabilizadora das normas”. (ANDRADE, 1995, p. 338). No mesmo sentido, Figueiredo Dias diz que “a participação, a discussão e o discurso são as únicas vias possibilitadoras do consenso; de que a intersubjetividade discursiva e o consenso intersubjetivo são os únicos critérios práticos de verdade; e de que é todo este processo que cria as bases de legitimação democrática deliberativa”. (DIAS, 2017, p.393).

Outrossim, a exposição de motivos do Código de Processo Penal português⁶ contempla os princípios da oportunidade, diversão, informalidade, consenso e celeridade, especialmente, no âmbito da pequena criminalidade. A adoção de modelos mais flexíveis e consentâneos à sociedade atual, onde impere o diálogo e a satisfação dos interesses das partes, é medida que se impõe, sem que isso implique em renúncia ao sistema de justiça penal tradicional.

4. EM BUSCA DE NOVAS ESTRATÉGIAS POLÍTICO-CRIMINAIS DE PREVENÇÃO DO RISCO EMPRESARIAL: AS EXPERIÊNCIAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MARCO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA COLETIVA

A Justiça Restaurativa tem sua origem nos modelos de organização das sociedades comunais pré-estatais, europeias e nas coletividades nativas, que, por sua vez, exerciam a regulamentação social, embasadas na manutenção da coesão do grupo, privilegiando os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Nessas comunidades, a transgressão de uma norma implicava no restabelecimento do equilíbrio quebrado, buscando encontrar uma solução para o problema causado. Nas sociedades ocidentais, a Justiça Restaurativa é implementada, utilizando os modelos de tradições indígenas dos povos do Canadá e dos Estados Unidos e os maoris da Nova Zelândia. (SLAKMON; DE VITTO; PINTO, 2005, p. 163).

Feitas as considerações sobre a origem dos modelos de organização das sociedades, imperioso dizer que o *Compliance* e a Justiça Restaurativa (SLAKMON; DE VITTO; PINTO, 2005, p.163) ainda que nascidos em planos muito distantes, compartilham de uma mesma intervenção frente à problemática da aplicação da lei, tendo em vista que estimulam a autorregulação a partir de um procedimento comunitário não adversarial, em que impera o diálogo e, cuja finalidade é restaurar, na medida do possível, os danos ocasionados pelo conflito e evitar que comportamentos semelhantes

⁶ Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075>. Acesso em 26/03/2023.

venham a se repetir. Dessa forma, é possível que o *Compliance* e a Justiça Restaurativa se inter-relacionem a ponto de se conceber que práticas restaurativas sejam inseridas na esfera do Direito Penal Econômico, inaugurando um modelo inovador de resposta aos delitos corporativos, muito mais cooperador que punitivo. (JIMÉNÉZ; MARTÍN, 2015, p.102).

Os adeptos da Justiça Restaurativa⁷, a exemplo de John Braithwaite, que se destaca por apresentar um grau de elaboração teórica mais sólida em relação ao tema, há tempo defendem a conveniência de sua utilização no âmbito dos crimes corporativos. Nesse mesmo sentido, Adán Nieto Martín afirma que a Justiça Restaurativa “proporciona un marco teórico, metodológico y axiológico más depurado que ayudaría a corregir los defectos de la compliance”. (JIMÉNÉZ; MARTÍN, 2015, p. 122).

Entre as definições mais relevantes de Justiça Restaurativa está a do advogado norte-americano Howard Zehr, considerado um dos fundadores e principais teóricos sobre a Justiça Restaurativa no mundo. Zher desenvolveu um estudo detalhado a respeito das concepções fundamentais das práticas restaurativas, destacando os seguintes aspectos: o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais; as violações criam responsabilidades e a obrigação de corrigir os erros; a Justiça Restaurativa envolve vítima, ofensor e a comunidade no intuito de encontrar soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança, através do diálogo e entendimento mútuo. (ZEHR, 2008, p. 170-171).

7 A expressão Justiça Restaurativa foi impulsionada ao ser abordada no Congresso Internacional de Criminologia de Budapeste, no ano de 1993, e ganhou novos adeptos a partir da realização das conferências internacionais de vitimologia de Adelaide, na Austrália, em 1994, Amsterdã, em 1997, e Montreal, em 2000. E, desde então, vislumbra-se um crescente consenso mundial em relação a seus princípios, inclusive documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da União Europeia, que validam e recomendam a Justiça Restaurativa para todos os países. Na Resolução nº 2000/12, de 24 de julho de 2000, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a Organização das Nações Unidas divulga os *Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal*. Os respectivos princípios são referência internacional no que tange à regulamentação da Justiça Restaurativa e suas práticas, no entanto, não se destinam a estabelecer taxativamente como os países devem realizar a institucionalização do processo restaurativo, servindo apenas de guia para os Estados que pretendam implementá-lo. Também merece ênfase a aprovação da Recomendação nº R (99), do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, aprovada em 15 de setembro de 1999, que tratou sobre Mediação Penal.

Com efeito, John Braithwaite constrói o conceito de Justiça Restaurativa baseado em dois aspectos, a “vergonha reintegrativa ou reintegradora” e a “regulação responsiva”. A vergonha reintegrativa, funcionaria como um mecanismo preventivo e socializador, tendo em vista a função pedagógica exercida sobre os indivíduos da comunidade ao submeter o agente a um grau de vergonha. Salienta-se que a vergonha reintegrativa se contrapõe a vergonha estigmatizante que, sustenta que não apenas a conduta praticada é má, mas que o indivíduo é mau e, portanto, muito pouco pode se fazer para mudar isso. Portanto, a vergonha reintegrativa seria a própria condição de efetividade da Justiça Restaurativa e configuraria um instrumento mais satisfatório de controle do crime do que a mera punição. Diante disso é que John Braithwaite defende um novo modelo de justiça onde a comunidade seja agente ativo do processo de deliberação das decisões, aproximando-se, nesse tocante, da Justiça Restaurativa. (BRAITHWAITE, 2002, p. 77-78).

Ainda que a responsabilização seja alcançada por meio de um procedimento dialógico flexível, a Justiça Restaurativa, atrelada ao aspecto de regulação responsiva, não coloca em questão a possibilidade ou não de aplicação de responsabilidade, pois, ao se submeter ao sistema de persuasão, tacitamente, os participantes reconhecem a legitimidade desse espaço e das decisões ali tomadas. Enquanto o sistema de justiça retributiva impõe a responsabilização mediante um processo em que impera o princípio do contraditório e que, até o final, discute-se a necessidade ou não de aplicação de uma medida, na Justiça Restaurativa, a responsabilização é um dos requisitos que constitui a essência do próprio procedimento restaurativo e, mesmo que não se perquiria culpa, implicitamente, o agente assente a alguma forma de responsabilidade, eis que essa questão não é passível de deliberação. (BRAITHWAITE, 2002, p. 99-100).

A Justiça Restaurativa utiliza-se de várias práticas e técnicas, dentre elas, a mediação, a conciliação, a transação, as conferências de família e os círculos restaurativos. Contudo, por configurar uma alternativa ainda em desenvolvimento, não é possível limitar formas específicas de procedimento, muito menos, considerá-la sinônimo de mediação, uma vez que se trata de um

modelo mais amplo e mais complexo. O procedimento restaurativo deve ser marcado pela flexibilidade, de modo que possa adaptar-se à realidade das partes envolvidas, encontrando a melhor técnica, para que seja possível atingir os objetivos primordiais perseguidos.

Além disso, a Justiça Restaurativa está estruturada em valores como o perdão, a escuta ativa, o arrependimento, o reconhecimento da culpa, a responsabilização, o diálogo, o respeito e a aprendizagem moral. Além disso, uma das características primordiais da Justiça Restaurativa é que se trata de uma justiça comunitária, pois sua finalidade é devolver o conflito à comunidade para que essa assuma o protagonismo. Nesse sentido, as motivações que levaram à prática do crime e a forma de prevenir que esses fatos venham a ocorrer no futuro, passa antes, pela reconstrução e pelo fortalecimento das relações sociais entre o ofensor e a comunidade a qual pertence. Portanto, o *empowerment* da comunidade implica na reafirmação dos valores e normas violadas em razão do crime e, por decorrência, na construção de habilidades sociais hábeis a preveni-los. A participação ativa da comunidade no procedimento de tratamento do conflito demonstra que a criminalidade não pode mais ser pensada como um problema privativo do Estado. (JIMÉNEZ, MARTIN, 2015, p. 123).

A comunidade também é sempre atingida indiretamente pelo crime, uma vez que, comumente, as partes são membros da comunidade. Nesse aspecto, surge o interesse comunitário pela pacificação do conflito e, nada mais coerente, que se viabilize a participação e envolvimento da comunidade na resolução da demanda, garantindo-se, o preenchimento da lacuna deixada pelo Estado, recuperando, desse modo, uma parcela da legitimidade do sistema e, sobretudo, conferindo um maior nível de integração e comprometimento social, obtidos através de processos de comunicação, voltados ao consenso.

Outro aspecto importante é que a Justiça Restaurativa funciona como uma justiça deliberativa, pois possibilita que todos os envolvidos na questão – direta ou indiretamente – e, que de algum modo, podem contribuir para a resolução do conflito, participem ativamente. Quanto mais participantes na

conferência restaurativa maior o apoio social obtido. Essa metodologia de construção das decisões vai ao encontro da problemática da legitimidade da autorregulação, antes exposta, e os sistemas de produção normativa como o *Tripartism*. Assim, o método deliberativo e participativo se torna indispensável tanto por questões de legitimidade quanto de eficácia. Infere-se que o procedimento das práticas restaurativas deve ser diferente daquele que se opera no processo penal, mormente, em relação a prioridade do diálogo e da cooperação em detrimento da postura adversarial e punitiva. (JIMÉNEZ, MARTIN, 2015, p.124).

Com efeito, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa vai ao encontro da doutrina da sabedoria da multidão, defendida por Jeremy Waldron, a qual pressupõe que a comunidade é capaz de tomar decisões melhores e mais sábias, pois tem o benefício do conhecimento, da experiência, do juízo e do discernimento de cada pessoa, ao passo que um único homem, ainda que o melhor de todos, só pode valer-se, mesmo que inconscientemente dos seus recursos individuais e de suas próprias convicções. (WALDRON, 2003, p. 145).

Analisando-se as peculiaridades da Justiça Restaurativa logo se percebe a conexão com os pressupostos da Autorregulação e do *Compliance*. A Autorregulação constitui-se em um modo peculiar de fortalecimento da comunidade, quando o grupo social representa uma empresa. Os Programas de *Compliance*, por sua vez, deveriam perseguir as mesmas finalidades e procedimentos, na esfera corporativa, daqueles intentados nas práticas restaurativas, especialmente, no que se refere à reparação dos danos que o crime provocou à comunidade mediante acordos obtidos pelo consenso. Na realidade, o que se propugna é acionar instrumentos preventivos mediante o fortalecimento das normas e valores, mais especificamente, de códigos éticos e de conduta, além do estabelecimento de habilidades sociais que, no âmbito corporativo se materializam nos sistemas de controle e de autorregulação empresarial. (MARTÍN, 2013, p.124-125).

Dessa maneira, pode-se pensar em uma Justiça Restaurativa empresarial cujo conteúdo dos acordos estaria voltado ao melhoramento do sistema interno de autorregulação e à reparação dos danos às vítimas. Nesse

ponto, diante de danos a interesses difusos, o acordo restaurativo poderia compreender trabalhos em prol da comunidade, seja para contribuir nas atividades de organizações não-governamentais ou em desenvolver pesquisas e programas de extensão em universidades. Quando o dano decorrer de crimes mais graves e de maior impacto social é recomendado que a empresa publique um pedido de desculpas, relatando quais foram os defeitos da organização que causaram os prejuízos a terceiros, assim como, mencionar os compromissos e responsabilidades que a corporação está assumindo. (JIMÉNEZ, MARTIN, 2015, p.125).

Portanto, a conexão entre esses dois institutos pode levar ao estabelecimento de um instrumento de resolução de conflitos em que o Administrador de *Compliance* poderia fazer o papel de facilitador em um espaço em que a empresa, as vítimas e todos os lesados pelo delito se reuniriam em torno de objetivos comuns: a reparação do dano e a prevenção de novos fatos ilícitos. Para se pensar na criação de uma nova cultura de prevenção de riscos dentro das corporações é fundamental uma mudança de postura dos Órgãos de *Compliance* da empresa que poderiam adotar estratégias como a da Justiça Restaurativa⁸ muito mais voltadas à efetividade dos Programas de cumprimento que, a punição.

Adán Nieto Martín sustenta que os benefícios do procedimento deliberativo restaurativo são evidentes uma vez que, o envolvimento dos afetados pelo delito e a construção em conjunto do acordo restaurador, pode garantir melhorias e harmonia na autorregulação, evitando com que a empresa

8 Em Portugal, foi no âmbito da Justiça Juvenil que surgiram as primeiras referências às práticas restaurativas, a partir da Lei Tutelar Educativa - Lei nº 166/99 de 14 de Setembro, que priorizou o modelo educativo de responsabilidade. Mas, contrariamente a outros países que executam práticas restaurativas sem legislação específica sobre o tema, o Estado português optou em estabelecer um regime normativo, por meio da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho, que introduziu a Mediação Penal de Adultos como um instrumento de Justiça Restaurativa e como uma estratégia de diversão. Cumpre salientar que a Lei nº 21/2007 foi inspirada na Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001 que, em seu artigo 10º, previu que os Estados-Membros implementassem, até 22 de Março de 2006, a mediação nos processos penais em relação a infrações que considerassem adequadas para este tipo de medida, assegurando que, os acordos obtidos entre a vítima e o autor da infração, fossem levados em consideração nos respectivos processos. A opção do legislador português, na Lei nº 21/2007, de 12 de junho, foi pela utilização da Mediação Penal apenas em face de crimes particulares e semipúblicos contra pessoas ou contra o patrimônio, exclusivamente na fase de inquérito, excluindo-se, portanto, os crimes públicos do seu domínio e restringindo o momento de sua aplicação.

seja beneficiada pela sua própria condição. É justamente a participação das vítimas, da empresa e da administração que intensifica a legitimidade dos acordos restauradores e, por consequência, o próprio sistema de autorregulação. (JIMÉNEZ, MARTIN, 2015, p.126).

As principais correntes da Justiça Restaurativa não rejeitam o sistema de justiça penal, pelo contrário, defendem que as suas práticas assumem um lugar de complementaridade de modo que a sua intervenção deve se dar em primeiro plano. A questão principal é evitar que a lógica punitiva seja imposta antes de se tentarem estratégias restaurativas. Entretanto, o processo restaurativo deve ser dotado de autonomia em face do sistema criminal, levando em consideração a sua perspectiva peculiar, ao passo que a justiça criminal deve ser mantida, a fim de que o limite do poder de punir e os direitos fundamentais sejam respeitados.

Vale esclarecer que a expansão dos espaços de consenso na justiça penal, como é o caso da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo, em nada se equivalem ao consenso obtido na Justiça Restaurativa já que, enquanto nestas, é a própria vítima e o arguido que chegam a um acordo por meio de um diálogo franco e respeitador, naqueles, a solução é “alcançada” pelo julgador, pelo membro do Ministério Público, pelo arguido e seu advogado, existindo objeções quanto a possibilidade ou não de participação do assistente da vítima.

Do exposto, conclui-se que os pressupostos da Justiça Restaurativa podem delimitar quando e como o Direito Penal pode ser utilizado. No entanto, quando as empresas não estão abertas ao diálogo, ao melhoramento de seu modelo de autorregulação e a reconhecer as suas falhas é o sistema da intimidação que deve preponderar, já que a voluntariedade é requisito essencial para que as práticas restaurativas sejam aplicadas, seja em face de delitos cometidos por imperícia, por desconhecimento na interpretação das normas ou, mesmo em situações de agentes mais conscientes que entendam que a alternativa da mediação pode ser mais benéfica. (JIMÉNEZ, MARTIN, 2015, p.126).

O desafio está em demonstrar que, o Direito Penal Econômico, responsável pela dimensão pública do conflito, dispõe de lugar para acolher mecanismos de diversão penal capazes de atender as necessidades das partes e reparar os danos causados às vítimas diretas, por meio de indenização e, também, às vítimas difusas que, na ótica da criminalidade econômica, pode se dar mediante a restituição das vantagens obtidas com a prática do crime em benefício da comunidade. Os obstáculos que essa mudança de paradigma enfrenta estão muito mais ligados às limitações em perceber que modelos alternativos podem bem conviver com o sistema de justiça, em uma “dinâmica de colaboração processual”.(MARQUES, 2015, p. 464-503). A esse respeito, “muitas vezes é apenas o olhar que se precisa mudar, sem que se solapem os primados ou se ameace o Estado Democrático de Direito”.(MARQUES, 2015, p.501).

No caso das pequenas empresas, a estratégia da persuasão e da negociação deveriam sempre vir antes do modelo retributivo. O sistema de justiça penal poderia auxiliar as pequenas empresas a consolidar Programas de Cumprimento a fim de estabelecer no interior das corporações uma cultura de legalidade. Vale frisar que, para as estruturas de pequenas empresas, os Programas de *Compliance* costumam ser complexos e dispendiosos. Ademais, as sanções indiscriminadas aplicadas a pequenas empresas, independente da esfera, configuram um dos fatores que mais deslegitimam os Programas de Cumprimento e as sanções. Então, pela via da diversão⁹, seria possível implementar práticas de Justiça Restaurativa no âmbito da responsabilidade penal da pessoa coletiva. (MARTÍN, 2013, p.49). Afinal, como já exposto, os Programas de *Compliance* assim como a Justiça Restaurativa carregam consigo premissas de prevenção comunitária e, assim, podem atuar sobre as corporações com o intuito de transpor a cultura criminógena por uma cultura de legalidade.

9 A Áustria é o principal exemplo dentre os Estados da União Europeia a utilizar meios de diversão dentro do processo penal o que se dá a partir da suspensão do processo contra a pessoa coletiva desde que cumpram algumas condições, principalmente, implementar um Programa de *Compliance* efetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal e o Direito Processual Penal não conseguem responder satisfatoriamente todos os conflitos sociais, sobretudo, a criminalidade econômica, cuja natureza transnacional, enfraquece os poderes do Estado na persecução criminal e o seu potencial em intervir no âmbito das atividades empresariais. O mecanismo da autorregulação permite com que formas de controle social diferenciadas e menos graves que o Direito Penal, disciplinem comportamentos de relevância pública. Nesse sentido, John Braithwaite defende uma aplicação mais acentuada, pelo Direito Penal da Empresa, de normas disciplinares e, para tanto, apresenta a ideia de “regulação responsiva” a partir do modelo da Pirâmide Regulatória e suas formas de intervenção penal, onde, na base, figuram sanções disciplinares aplicadas com prioridade em face de um crime cometido na esfera corporativa. Já, diante de crimes graves e da reincidência da empresa, a resposta alcança uma esfera superior da pirâmide com a imputação de sanções penais ou administrativas.

Daí surge o questionamento acerca da possibilidade de se adotarem sanções disciplinares como um sistema complementar ao Direito Penal ou Administrativo. Ocorre que, o nível de legitimidade concedida ao sistema de autorregulação e as sanções por ele impostas, depende do processo de elaboração das normas. Quando as sanções disciplinares são criadas pelo meio corporativo e apenas participam desse processo empresas destinatárias, não se pode falar em sobreposição às sanções penais uma vez que configuraria um verdadeiro benefício às empresas e um comprometimento da atuação estatal diante de ilícitos. Por outro lado, utilizando-se do modelo *Tripartism*, confere-se um grau de legitimidade suficiente ao sistema de autorregulação e, por consequência, as suas respectivas sanções.

Portanto, a problemática da legitimação, inerente a autorregulação corporativa, pode ser minimizada sensivelmente com a aplicação do *Tripartism* e a técnica da persuasão que compõe a base do modelo piramidal. A persuasão permite com que a decisão seja deliberada pelas partes envolvidas,

viabilizando que a comunidade atue como protagonista no processo de resposta ao conflito. O modelo da persuasão deve ser a primeira estratégia adotada ao passo que, respostas mais interventivas e retributivas devem ser deixadas para casos realmente mais gravosos. Nessa perspectiva, a persuasão converge com a autorregulação regulada, presente em vários setores, como, na proteção de dados, do meio ambiente, dos consumidores, na prevenção de riscos laborais e branqueamento de capitais e, implementar um modelo diferenciado de regulação voltado ao cumprimento efetivo das normas, proporciona um espaço de cooperação e colaboração entre Estado, empresas e comunidade.

A esse respeito, repensar a estrutura dos Programas de *Compliance* é necessário para se alcançar a efetividade e a utilidade que esse instituto propõe. Nesse ímpeto, a Justiça Restaurativa surge como um instrumento de interlocução entre ente estatal e sociedade ampliando o direito de acesso à justiça, especialmente, no que se refere à possibilidade de escolha pelas partes de uma estrutura mais adequada, célere e eficaz, capaz de vencer as barreiras e os déficits encontrados na estrutura do sistema judicial. Não obstante, denota-se que a Justiça Restaurativa não visa substituir o trabalho desenvolvido pelos tribunais - que continuam a focalizar a dimensão pública do crime - mas atuar de forma complementar, voltada ao atendimento da dimensão interpessoal do delito. Ademais, a Justiça Restaurativa deve preservar a sua real essência que está pautada nas premissas de horizontalidade, igualdade e equidade evitando que as suas práticas venham se transformar em uma ferramenta capaz de impor ideologias dominantes.

Os programas de *Compliance* e a Justiça Restaurativa compartilham de mesma ideia de um *enforcement* piramidal, especialmente, pelo conteúdo de prevenção comunitária que ambos os institutos apresentam. Logo, a Justiça Restaurativa empresarial é uma possibilidade real e, se aplicada com cautela e controle, poderá configurar um mecanismo complementar hábil ao fortalecimento da autorregulação, instituindo uma nova cultura empresarial baseada na ética e na lealdade e, por decorrência, concedendo maior

efetividade aos Programas de *Compliance*, sobretudo em relação às pequenas e médias empresas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade (reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo). *In: Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

ANTUNES, Maria João. *Privatização das Investigações e Compliance Criminal*. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, ano 28, n. 1.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University, 2002.

BUSATO, Paulo César. *Criminal Compliance: relevância e riscos*. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, ano 28, n. 3.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia - O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Acordos anteriores ao julgamento em Processo Penal*. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, ano 27, n. 2.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). Justiça Restaurativa*. Coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

LASCURAÍN, Juan Antonio. *Los Programas de Cumplimiento como Programas de Prudencia Pena*. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2015, ano 25, n. 1 a 4.

MARTÍN, Adán Nieto. Problemas Fundamentales del Cumplimiento normativo em el Derecho Penal. *In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo, GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (Orgs.). Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MARTÍN, Adán Nieto. Autorregulación, compliance y justicia restaurativa. In: JIMÉNEZ, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (Orgs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2. ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. *Ensaio sobre a possibilidade de métodos de otimização do resultado do processo penal, no âmbito da criminalidade econômico-financeira*. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais. Coimbra: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu, 2015, ano 25, n. 1 a 4.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Teoria do domínio do fato e sua aplicação na criminalidade empresarial: aspectos teóricos e práticos*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 2013, n. 105.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 20/10/2022

APROVADO | *APPROVED* | 02/05/2023

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW*

Janaína Machado Nunes e Scott Robert Watson

SOBRE AS AUTORAS | *ABOUT THE AUTHORS*

REGINA CELLI MARCHESINI BERARDI

Faculdade de Direito de Franca, Franca, São Paulo, Brasil.

Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Portugal.

Especialista em Investigação Criminal e Psicologia Forense. Especialista em

Direito Penal e Processo Penal Aplicados pela Escola Brasileira de Direito.

Especialista em Psicologia Multifocal e Formação em Terapia Corporal Neo-

Reichiana pelo Instituto Lumen. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito

de Franca. Professora substituta na Faculdade Municipal de Direito de Franca. Foi investigadora visitante do Instituto de Direito Penal Econômico Europeu, Portugal. Advogada. E-mail: recmberardi@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9327-6385>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9248410225136711>.

LINARA DA SILVA

Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestra em Direito. Pesquisadora e Professora do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Coordenadora do Programa de Extensão MEDIAJUR - Núcleo de Prevenção e Solução Integrativa de Conflitos da UPF. Advogada. E-mail: linara@upf.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0408-2894>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7114771715454815>.