

CRIMINOLOGIA E DELINQUÊNCIA EMPRESARIAL: DA CULTURA CRIMINÓGENA À CULTURA DO *COMPLIANCE*.Artur de Brito Gueiros Souza¹Carlos Eduardo Adriano Japiassú²**Resumo**

Discorre-se sobre as teorias criminológicas desenvolvidas para explicar e prevenir a delinquência empresarial, dando-se destaque às modernas políticas de boa governança corporativa e de cultura de compliance. Apresentam-se, ainda, os resultados de estudos empíricos sobre a pertinência e eficácia de adoção de um cultura de compliance.

Palavras chave: Criminologia; compliance; cultura criminógena; crime empresarial.

INTRODUÇÃO

A Criminologia é uma ciência empírica e interdisciplinar que, nas palavras de García-Pablos de Molina, objetiva apresentar uma informação válida, contrastada e confiável sobre o surgimento, a dinâmica e as variáveis do crime, contemplando-o como fenômeno individual e como problema social.³ Deve-se, ainda, acrescentar, que a disciplina não se limita ao estudo empírico do crime, cabendo-lhe, igualmente, o estudo do criminoso, da vítima e dos mecanismos de reação social.⁴

Vê-se, assim, que a Criminologia sempre se ocupou da etiológica do crime, não somente dos atos cometidos pelo “homem delinquente” – enquanto autor individual e sob as mais diversas tipologias –, mas, igualmente, daqueles cometido por intermédio e a favor de sociedades legalmente existentes com a finalidade de exploração econômica, como são as empresas.

¹ Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ; Pós-Doutor em Direito Penal pela Universidade de Coimbra. E-mail: arturgueiros@uol.com.br

² Professor Associado de Direito Penal da UERJ e UFRJ; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. E-mail: carlos.japiassu@estacio.br

³ Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 47. Para Edwin Sutherland e Donald Cressey, Criminologia compreende o conjunto de conhecimentos relativos ao delito como fenômeno social, sendo nele incluído os processos de elaboração das leis, violação das leis e de reação à infração das leis. Segundo, ainda, aqueles Autores, a sociedade define como crimes certos atos considerados indesejáveis e, apesar dessa definição, algumas pessoas persistem no comportamento e assim cometem crimes, reagindo, a sociedade, por intermédio da punição ou outra forma especial de tratamento. Esta sequência de interações constitui – para Sutherland e Cressey – a matéria objeto de estudo pela Criminologia (Cf. SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of Criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 3).

⁴ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

Por sua vez, delinquência empresarial pode ser apreendida tanto na perspectiva formal das infrações que são levadas a efeito em nome e benefício de uma corporação – crimes corporativos⁵ –, como na vertente material dos atos praticados por pessoas detentoras de especiais qualidades profissionais e de posição elevada dentro ou fora de uma organização estabelecida com o objetivo do lucro, ou seja, dos crimes ocupacionais.⁶

Nesse contexto – e na esteira do lecionado por José de Faria Costa –, tem-se que, nas sociedades do mundo atual, o desenvolvimento técnico e tecnológico, ligado à prevalência de uma *ratio calculatrix*, levou a que se passasse a agir, quase que de uma forma exasperada, através da personagem *empresa*. Segundo o Autor, em termos de linguagem comunicacionalmente relevante, a empresa, tal como o homem concreto, passou a ser uma entidade que o campo discursivo considerou susceptível de produzir consequências não somente jurídico-penais como igualmente criminológicas.⁷

A delinquência empresarial abrange, portanto, uma variedade significativa de comportamentos desviantes. Citem-se, como exemplo, ações fraudulentas ou temerárias, infrações falimentares, corrupção no setor público ou privado, nacional ou estrangeiro, formação de cartel, lavagem ou branqueamento de capitais, manipulação de mercados, uso de informação privilegiada, violações dos direitos do trabalhador, do público consumidor, do fornecedor, açambarcamento de mercadorias, concorrência desleal, dentre outros.

Tal fenômeno social sempre inquietou o pensamento criminológico. Como bem observado por Günter Kaiser, o delinquente econômico tem diversas características singulares, tais como pertencer às classes sociais mais altas e atuar com uma “moral de duplo sentido”, estando suas condutas, o mais das vezes, ocultas do público, tal

⁵ Cf. Raymond Paternoster e Sally S. Simpson, crime corporativo (*Corporate crime*) consiste em “atos ilegais praticados por empresas ou seus representantes, empreendidos para se atingir determinados objetivos da organização” (PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In Routine Activity and Rational Choice*. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008, p. 37).

⁶ Cf. Crime ocupacional (*occupational crime*) consiste em uma categoria de ilícitos econômicos que enfeixa comportamentos bastante diversificados. De todo modo, segundo Claudia Cruz Santos, parece inequívoca a abrangência, pelo *occupational crime*, de duas distintas realidades: “Por um lado, refere-se aos delitos praticados por funcionários contra os interesses das organizações, públicas ou privadas, para as quais trabalham; por outro, engloba também as infrações cometidas por pessoas individuais no exercício das suas atividades.” (SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 81). No mesmo sentido: “A nova criminalização de condutas atentatórias à ordem econômica tem estreita delimitação. Os novos criminosos do colarinho-branco, a criminalidade dos poderosos, enfim, é distinta de outras subdivisões frequentemente perceptíveis. Assim, nem sempre se confundem com a chamada delinquência profissional (*occupational crime*), ou seja, aquela que tem estreita ligação entre o crime e a atividade profissional. (...) Por igual, não se pretende o trato penal da chamada delinquência de cavalheiros (*kavaliersdelikt*), crimes que podem ser praticados por indivíduos de alto nível social, mas nem sempre relacionados com sua atividade profissional.” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 28).

⁷ COSTA, José de Faria. *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*. In Revista Portuguesa de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Ed. Ano 2, Fasc. 4, out.-dez., 1992, p. 540. No mesmo sentido, Ela Wiecko V. de Castilho assinala: “O conceito de criminalidade econômica depende primeiramente do enfoque que se lhe dê: criminológico ou normativo. Depois, em cada uma das perspectivas há um alto grau de variabilidade, que depende, de um lado, da teoria criminológica adotada e, de outro, do critério de classificação jurídica. Os autores, em geral, ao abordarem o tema, iniciam ressaltando as dificuldades de definir os fatos que

como ocorre com um “camaleão”, quedando-se, em geral, “impune”. Demais disso, a delinquência empresarial traz consigo uma “alta nocividade social”, capacidade de adaptação a distintos modelos econômicos, o que faz com que seus autores se vejam recompensados com a outorga do “prestígio profissional”, recebendo – por ser visto como um cidadão bem-sucedido – sanções positivas da sociedade, como “títulos, honrarias e distinções”, ao invés de merecer “sanções negativas”. Numa palavra, para Günter Kaiser, esta realidade criminológica denota e reforça a sabedoria popular no sentido de que, no sistema de justiça criminal, “captura-se os pequenos e se deixa escapar os grandes infratores.”⁸

Ante essa realidade – que pode ser adjetivada como uma cultura empresarial criminógena⁹ –, diversas tem sido as teorias criminológicas que foram desenvolvidas, ao longo do tempo, no intuito de compreender e de oferecer um adequado modelo preventivo criminal. Na atualidade, despontam novos aportes, provindo da experiência criminológica norte-americana,¹⁰ no sentido de enfrentar a delinquência empresarial por intermédio de estratégias de imposição às corporações, em maior ou menor intensidade, de modelos de autocontrole e autofiscalização no escopo de coibir e reprimir – em uma sorte de “privatização” de funções originalmente estatais – a ocorrência de infrações, inclusive de natureza criminal. Modelos de autorregulação regulada,¹¹ do qual os programas ou, melhor dizendo, a *cultura do compliance*, estão no “epicentro”¹²

devem ser considerados crimes econômicos. Há definições mais amplas, outras mais restritas.” (CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 61).

⁸ Cf. KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7ª ed. Trad. Rodríguez Núñez. Madrid: Editorial Dykinson, 1988, p. 357.

⁹ Cf. APEL, Robert; PATERNOSTER, Raymond. *Understanding ‘Criminogenic’ Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship*. In *The Criminology of White-Collar Crime*. Simpson, Sally S.; Weisburd, David (Ed.). New York: Springer, 2009, p. 19 e segs.

¹⁰ Cf. BRAITHWAITE, John. *Enforced Self-Regulation*. In *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*. ____; Ayres, Ian. New York: Oxford University Press, 1992, p. 101 e segs.

¹¹ Segundo Adán Nieto Martín, a *autorregulação regulada* ganhou impulso com a globalização econômica e seus riscos. A pedra angular que repouse essa nova estratégia de lidar com a delinquência empresarial repousa na “necessidade de que as empresas colaborem com o Estado com o fim de assegurar a eficácia do Direito. Se as grandes empresas multinacionais e as sociedades com ações cotadas em bolsas não se converterem em uma espécie de agentes do Estado, comprometendo-se seriamente com a prevenção e sanção dos comportamentos desviados que possam vir a realizar seus empregados e dirigentes, grande parte das normas de conduta cuja eficácia se procura assegurar mediante o Direito Penal Econômico serão papéis sem valor.” (NIETO MARTÍN, Adán. *El programa político-criminal del ‘corporate government’*. In *Revista de Derecho y Proceso penal*. N. 11, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 445-446). Prossegue o Autor: “Esta aliança entre os agentes do capitalismo e o Estado é parte do ideário da *corporate governance*, como resulta patente dos índices dos códigos de conduta ou códigos éticos que até a pouco tem sido a principal base normativa do governo corporativo. Em todos eles, mas com distinta intensidade, se reconhecem como características a prevenção e a sanção, por parte da empresa, de um bom número de comportamentos delitivos (corrupção, exploração de trabalhadores, não discriminação, meio ambiente etc.). (*Idem, ibidem*)”

¹² Considera-se *compliance* (ou cumprimento ou conformidade) como o conjunto de medidas de autocontrole ou de autovigilância adotadas por empresas, consoante as diretrizes fixadas pelo poder público, para que seus dirigentes e empregados cumpram com as normativas, tanto internas como externas, com o objetivo de se evitar a ocorrência de infrações de diversas ordens, inclusive as de natureza criminal. Os programas de *compliance* também compreendem protocolos de investigação de infrações já ocorridas, sancionando-se, internamente, os seus responsáveis, bem como comunicando tais ocorrências aos órgãos fiscalizadores estaduais. Dentre as diversas medidas inerentes aos programas de *compliance* está a implantação de “códigos de ética” e “políticas de boa-governança”, bem como o estabelecimento de “canais de denúncias”, anônimas ou não, à disposição de empregados ou do público externo. Para Juan Antonio Lacuraín Sánchez, programas de *compliance* constituem-se “uma série de

É sobre essa nova realidade da teoria criminológica que se objetiva, brevemente, discorrer, nas linhas que se seguem.

TEORIAS POSITIVISTA E DA IMITAÇÃO

No alvorecer da Criminologia, ou seja, antes mesmo da sua “chancela científica” por parte do positivismo criminológico, Cesare Beccaria, ao lado de outros pensadores utilitaristas, já defendia a noção do homem enquanto ser racional – ideia que, posteriormente viria a ser retomada, dentre outros, por Gary S. Becker –, decorrendo, pois, a etiologia do crime, como uma espécie de cálculo entre custo e benefício: “Decisiva a este propósito é a ideia do racionalismo ao serviço do hedonismo: o homem actua movido pela procura do prazer, pelo que as penas devem ser previstas de modo a anularem as gratificações ligadas à prática do crime.”¹³

Com efeito, ao tempo do predomínio da *Scuola Positiva Italiana*,¹⁴ Gabriel Tarde sustentou que a criminalidade – individual ou corporativa – decorreria não de fatores atávicos, anomalias, pobreza etc., mas, sim, de influxos ou de valores partilhados por certos grupos sociais, singularizados por aquilo que ele denominou de “traços imitativos”.¹⁵ Dessa maneira, aquele criminólogo desenvolveu a ideia de que os dogmas, os sentimentos, os costumes e as ações seriam transmitidos pelo fenômeno do *exemplo*. Haveria, portanto, para Gabriel Tarde, três grandes “leis da imitação”: 1) O fator proximidade: os indivíduos imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância; quanto mais próximo, maior a imitação; 2) O fator hierarquia: a imitação é feita de baixo para cima; os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores; os filhos imitam os pais; as pessoas do interior imitam as da cidade etc.; e 3) O fator cronológico: quando há uma contradição entre dois modelos de comportamento, o novo substitui o antigo; por

estratégias normativas, aplicativas e institucionais dirigidas a evitar que, no exercício da atividade social, se cometam delitos a favor de uma empresa. É um programa de controle social. É um programa de devido controle. Seu objeto é, com efeito, o delito, mas abrange, também, toda irregularidade grave, não só porque é muito difusa a fronteira do delitivo, sobretudo nas infrações socioeconômicas, como, igualmente, porque as medidas de detecção e controle são, por sua própria natureza, incidentes sobre toda conduta que sobrepeça o permitido.” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Compliance, debido control y unos refrescos*. In El Derecho penal económico en la era *compliance*. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 128).

¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*. 1ª ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 8-9.

¹⁴ Segundo José Cid Moliné e Elena Larrauri Pijoan, a Escola Positiva Italiana enquadrou-se no movimento cultural do positivismo filosófico e, por isso, tratou de aplicar os métodos das ciências naturais para explicar a delinquência. Segundo os Autores, o que deve ser destacado, com relação àquela Escola criminológica, é que se defendeu a ideia de que a delinquência está determinada biologicamente. Os autores da Escola Positiva não sustentavam que a criminalidade se devia unicamente a fatores biológicos – seriam até mais relevantes fatores de caráter ambiental –, mas, sim, que postulavam que quando uma determinada pessoa carecesse de predisposição biológica, em nenhum caso delinquiria. Seria esta a razão pela qual a “ideia-chave” da Escola Positiva teria sido a defesa da anormalidade do delincente (Cf. CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Teorías criminológicas*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 57-58).

¹⁵ Cf. TARDE, Gabriel. *Les lois de l'imitation*. Paris: Félix Alcan, 1890, p. 43. No mesmo sentido: BONGER, W. A. *Criminalité et conditions économiques*. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905, p. 206-207.

exemplo, os homicídios por arma de fogo substituíram os homicídios à faca, os crimes na condução de veículos substituíram os crimes dos carros com tração animal etc.¹⁶

Nesse mesmo sentido, Figueiredo Dias e Costa Andrade sublinham as “numerosas ideias”, tais como a noção de “homem médio” (*homme moyen*), e a “extensa bibliografia” produzida por Gabriel Tarde:

“Em sede explicativa [Gabriel Tarde], pôs a tónica na pressão social no sentido da imitação-repetição, formulando as *leis da imitação*. Segundo estas leis, a imitação funciona de cima para baixo (do pai para o filho, do superior para o subordinado, do nobre para o plebeu, da cidade para o campo...) e a sua intensidade aumenta com a proximidade social (imitando-se, *v. g.*, mais facilmente o superior imediato do que o chefe supremo, que vive longe e mal se vê), antecipando deste modo as teses da *associação diferencial* de Sutherland. Tarde toma também posição na querela sobre a relevância criminógena da *miséria*, acentuando que tal relevância não é necessária nem contínua: mais importante que a miséria seria o desfazamento entre o teor dos desejos e os dos recursos, que pode atingir grandes proporções, mesmo em relação aos ricos.”¹⁷

Em que pesem os estudos de Tarde e de outros cientistas, a Criminologia ainda se via fortemente condicionada por paradigmas biológicos – patologias, em sua maioria supostamente transmissíveis por “herança” – ou sociopatológicos – pobreza, desemprego, desagregação familiar, moradias em guetos etc. –, que predisporiam o homem à delinquência.¹⁸ Estes paradigmas somente foram “suplantados” décadas mais tarde, com o avanço do pensamento sociológico, fortemente influenciado por criminólogos, tais como Edwin Sutherland.

TEORIAS DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL E DO CRIMINOSO DO COLARINHO BRANCO

Edwin Hardin Sutherland promoveu e publicou estudos explicativos da delinquência, seguindo e aprimorando a trilha aberta por Gabriel Tarde. Para tanto, desenvolveu a teoria da associação diferencial. Para o Autor, o comportamento criminoso, como qualquer outro, seria consequência de um processo que se desenvolve no âmbito de um grupo social, ou seja, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Sendo assim, a causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a *aprendizagem*. Cuidar-se-ia, segundo Sutherland, não de um “formal processo pedagógico”, mas do resultado do

¹⁶ Apud SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In* Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. _____. (Org.). Brasília: ESMPU, 2011, p. 109.

¹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia.*, cit., p. 25. Sobre a pseudorrelação entre miséria e delinquência, cumpre mencionar a *teoria da privação relativa*, desenvolvida, no início do século XIX, por Adolph Quetelet (representante da chamada Escola Cartográfica francesa ou Escola franco-belga). Com efeito, ao analisar as estatísticas sobre delinquência na França, Quetelet verificou que as regiões mais pobres do país tinham um índice de criminalidade menor que as regiões mais ricas. Ele observou, em suma, que a pobreza em si não era causa do delito, pois as zonas mais castigadas economicamente aparentavam ser mais seguras que as abastadas cidades francesas. Baseado nisso, Quetelet elaborou a *teoria da privação relativa*, segundo a qual os mais desfavorecidos estão expostos à inclinação delitiva quando saem do campo para a cidade, passando a adquirir, nesse novo ambiente, a consciência da desigualdade econômica sofrida (Cf. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27).

contato com atitudes, valores, pautas de conduta e com definições favoráveis a obediência ou não da lei.¹⁹ Conforme suas palavras pode-se afirmar que “uma pessoa se torna delinquente quando as definições favoráveis à transgressão da lei superam sobre as definições favoráveis à obediência da lei – é este o princípio da associação diferencial.”²⁰

Em síntese, para aquele Autor, a criminalidade não seria um “déficit de socialização”, mas, sim, “uma socialização diferencial”.²¹

É oportuno registrar que, em razão do contraste entre a teoria da associação diferencial, enquanto teoria explicativo-geral, válida para a generalidade da população, e os dados estatísticos, que então apresentavam uma criminalidade alta nas classes sociais mais baixas e uma criminalidade baixa nos estratos sociais superiores, Edwin Sutherland aprofundou seus estudos empíricos analisando 980 decisões de cortes judiciais e administrativas contra as 70 maiores corporações norte-americanas, envolvendo infrações como concorrência desleal, publicidade enganosa, violação de patentes, marcas e direitos autorais, violações de leis trabalhistas, fraudes financeiras, abusos de confiança de administradores de empresas, violações de embargos de guerra etc. Depois de coletar e tabular os dados de suas investigações, o Autor chegou à conclusão de que “empresários” e “homens de negócios” também perpetravam infrações penais, conquanto não integrassem as estatísticas oficiais. Segundo ele, “esses fatos não são discretas violações de regulamentos técnicos. São ações criminais deliberadas e possuem relativa unidade e consistência.”²²

Dessa maneira, Sutherland desdobrou a teoria da associação diferencial, dando origem à conhecida teoria do criminoso do colarinho branco:

“Essas violações da lei por parte de pessoas da alta classe socioeconômica são, por conveniência, chamadas de crimes do colarinho branco. Esse conceito não pretende ser definitivo, mas visa tão-somente chamar a atenção para os crimes que não são normalmente incluídos dentro do âmbito da criminologia. Crime do colarinho-branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e status social elevado no curso de sua ocupação profissional. Consequentemente, excluem-se outros crimes da classe social alta, como a maioria dos casos de homicídio, intoxicação ou adultério, na medida em que estes casos não são geralmente parte de suas atividades profissionais. Excluem-se também os abusos de confiança de altos integrantes do submundo, já que não se trata de pessoas de respeitabilidade e status social elevado.”²³

Nesse sentido – e como exposto por Cláudia Cruz Santos –, podem ser destacados três aspectos caracterizadores das reflexões em torno do delinquente do colarinho branco: 1) o *white-collar crime* é verdadeiramente crime; 2) é uma espécie de infração tratada com especial brandura; e 3) este desigual

¹⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal...*, cit, p. 110.

¹⁹ *Idem*, p. 111.

²⁰ SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. *Principles of criminology*. 11th ed. New York: General Hall, 1992, p. 87.

²¹ *Idem*, p. 87.

²² SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar crime (the uncut version)*. New Haven: Yale University Press, 1983, p. 227.

²³ *Idem*, p. 7.

sancionamento é injusto, tornando-se necessário um *endurecimento* das instâncias formais de controle.²⁴ Segundo, ainda, a Autora, novas compreensões foram agregadas ao conceito original de Sutherland, ampliando, pois, a estreita relação entre criminalidade de colarinho branco e as atividades de pessoas de alta classe social. Sendo assim, dentre as diversas *redefinições* daquele conceito, a Autora identifica a violação e manipulação das normas, a que subjaz uma “relação de fidedignidade”, por intermédio de um comportamento mais “refinado”, destoante, assim, da criminalidade dita “comum”, com reflexos, inclusive, na atuação das agências formais de controle. Conforme as suas palavras:

“Começaremos por reconhecer serem inegáveis algumas das vantagens das redefinições de *white-collar crime*. Na verdade, para além do óbvio proveito que este entendimento traz à análise dos números sobre a eficácia do combate à criminalidade de colarinho branco, um outro contributo surge como particularmente valioso: a atenção prestada às especificidades da própria infracção, sobretudo no que respeita ao modo de execução do crime. Considerações estas que são imprescindíveis à construção de modelos de controlo – ainda mais repressivos, mas essencialmente preventivos – daquela criminalidade. Na verdade, somos até tentados a entender que as respostas a duas grandes interrogações da teoria do *white-collar crime* – as causas e os métodos de combate – poderão, com maior proveito, ser procuradas à luz destas novas definições.”²⁵

Conclui-se, pois, este tópico, com a constatação da singular atualidade – ainda que passados mais de meio século dos primeiros resultados dos estudos de Sutherland, do aportes criminológicos desenvolvidos em torno do delinquente econômico-empresarial.²⁶

TEORIA DA ELEIÇÃO RACIONAL OU DO *HOMO OECOMICUS*.

Conforme lecionado por Isidoro Blanco Cordero, a teoria criminológica da eleição racional (*rational choice theory*), de “corte marcadamente utilitarista”, revitalizou, em certa medida, “as ideias da Escola Clássica, cujos maiores representantes foram Beccaria e Bentham. Segundo Blanco Cordro, seus antecedentes mais imediatos podem ser situados em duas tendências criminológicas importantes: 1) a aplicação da teoria econômica ao delito, em particular, as análises econômico-matemáticas do delito realizadas por Gary S. Becker,

²⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. *Op. cit.*, p. 57.

²⁵ *Idem*, p. 71.

²⁶ Cf. “Sendo assim, respeitados a contribuição revolucionária e o legado histórico, cumpre perguntar: qual a importância de se rediscutir um criminólogo cujos estudos têm mais de meio século de existência? Como será visto, a resposta reside na constatação de que, baldados os muitos anos transcorridos desde a publicação dos trabalhos sobre o criminoso do colarinho-branco, subjacente a toda uma multiplicidade de discussões dogmático-penais e político-criminais – particularmente acerca da legitimidade do Direito Penal Econômico e do novo Direito Penal – faz-se latente o ranço ideológico há tempos detectado por Sutherland. Dito de forma exemplificativa, ainda hoje, o original criminoso do colarinhobranco não se considera criminoso. Igualmente, doutrinadores, cientistas e mesmo práticos da justiça criminal têm dificuldades em identificar suas ações como efetivamente merecedoras de reprovação penal. Ao contrário, vicejam teses deslegitimadoras ou criativas construções normativas tendentes, mais ou menos explicitamente, a mantê-los fora do alcance punitivo estatal. O resultado, como verificado adiante, seria uma insistente manutenção, no âmbito das agências formais de controle – polícia, justiça e penitenciária –, de uma opção preferencial pelos baixos estratos sociais, em um cenário não muito distinto daquele detectado pelo grande criminólogo da Universidade de Indiana.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia a política criminal...*, cit., p. 117).

que põem ênfase na explicação da percepção por parte dos delinquentes, dos riscos que correm, dos esforços que deve realizar e das recompensas que objetiva obter; e 2) os trabalhos sobre a prevenção situacional dos delitos, cujo fim é “bloquear” as oportunidades de comissão do delito mediante mudanças ambientais.²⁷

Observa-se, portanto, que, dentro da noção de “eleição” ou “escolha racional”, desdobram-se diversas correntes, relacionadas tanto com o criminoso singularmente considerado, quanto com a criminalidade no seio de uma organização empresarial.

Nestes termos, Gary Stanley Becker – prêmio Nobel de Economista e renomado matemático – explica que começou a refletir sobre a eleição racional na criminalidade nos anos 1960, quando dirigia seu automóvel em direção à Universidade de Columbia para aplicar uma prova oral a um estudante de teoria econômica. Ele explica que estava atrasado e precisou decidir rapidamente se parava seu automóvel, da forma correta, em um estacionamento, todavia distante do local da prova, ou se parava ilegalmente na rua próxima ao prédio onde tinha o citado compromisso acadêmico, arriscando, porém, sofrer uma multa de trânsito. Naquele momento, efetuando um breve cálculo matemático entre a probabilidade de ser multado, a gravidade da sanção, o custo de estacionar em um local e outro, bem como a pontualidade do seu compromisso, ele escolheu correr o risco de estacionar no local proibido. Gary S. Becker acrescenta, ainda, ao episódio, o detalhe de que não foi multado naquele dia e que a primeira “pergunta” que fez ao aluno a ser examinado foi, justamente, para calcular o “comportamento ótimo” dos infratores e das agências formais de controle, o que nunca teria sido feito antes.²⁸

Essa experiência corriqueira vivenciada por Gary Becker o levou a teorizar acerca das *escolhas racionais* do ser humano. Enquanto ele andava até chegar à sala de aula onde aplicaria a prova, ocorreu-lhe que, talvez, as autoridades públicas também realizariam semelhante cálculo ao criar as normas proibitivas e quantificar as respectivas sanções. Assim, a frequência de suas “inspeções” a veículos estacionados em local proibido, bem como o valor da sanção em tese aplicável, levariam em conta o cálculo matemático que potenciais infratores – como ele, naquele caso pitoresco – realizam ao optar pelo cometimento de uma determinada infração; ou seja, a avaliação entre custo e benefício de violar ou não a norma seria partilhado tanto pelo potencial infrator como pelo Estado por ocasião da cominação de determinada pena.²⁹

Segundo Gary S. Becker, naquela época – e apesar dos estudos de Tarde, Sutherland e tantos outros –, ainda era frequente a difusa ideia de que o comportamento criminal decorreria de fatores patológicos, opressão social, etc., e que os criminosos seriam “indivíduos desamparados”. Em sentido contrário, ele passou a teorizar no

²⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional*. In Serta: in memoriam Alexandri Baratta. Pérez Álvarez, Fernando (Org.), Salamanca, Ediciones Salamanca, 2004, p. 273-274.

²⁸ Cf. BECKER, Gary S. *Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior*. In *The Journal of Political Economy*. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993, p. 386.

²⁹ *Idem*, p. 388.

sentido de que os criminosos, em geral, não possuiriam motivação radicalmente diferente das outras pessoas. Em outras palavras, ele sustentou que o comportamento delitivo seria “racional”, na linha da tradição de pensamento que remontaria, dois séculos antes, a Bentham e Beccaria. O Autor desenvolveu estudos no sentido de que a racionalidade aplicada à criminalidade significaria que algumas pessoas delinquiriam devido ao potencial retorno financeiro ou outras recompensas advindas do fato delituoso, realizando, pois, um “cálculo que levaria em conta a probabilidade de ser pego e condenado, assim como a severidade da sanção”.³⁰ Para Becker, seria, então, correto afirmar que muitas pessoas deixam de cometer delitos por considerações de ordem moral e ética, e que não o fariam ainda que fosse vantajoso ou que não houvesse o risco de serem descobertas. No entanto, também seria verdadeiro que as delegacias e as prisões estariam vazias se tais atitudes altruístas sempre prevalecessem. Em outras palavras, a criminalidade não seria determinada somente pelas preferências racionais dos potenciais infratores, mas não se deveria olvidar que elas podem ser fortemente influenciadas pelo ambiente econômico e social.³¹

Na mesma trilha, Adán Nieto Martín informa que, desde a Ilustração, uma forma de entender comportamento delitivo consiste em apresentá-lo como um comportamento racional, ou seja, “guiado pela busca da máxima utilidade para o infrator.”³² Segundo, ainda, o Autor, para a teoria da eleição racional,

“O delinquente, longe de ser alguém irracional, frustrado, com problemas psíquicos ou marginalizado, seria um ator racional. Esta imagem do infrator, que retroage a Bentham, coincide com a que a análise econômica do direito vem propugnando desde os fins dos anos 60. A decisão de delinquir seria uma decisão racional, fruto da ponderação entre os custos e benefícios que previsivelmente decorre do comportamento infrator. A eleição do comportamento delitivo ou não delitivo depende da valoração que o indivíduo faça da relação entre recompensas e castigos de um ou outro comportamento (utilidade esperada).”³³

Afirma, ainda, Nieto Martín, existir um certo consenso em que a teoria da eleição racional teria um alto rendimento explicativo na delinquência econômica, na medida em que tanto autores individuais, como as corporações, estariam em uma melhor posição para avaliar custos e benefícios do que os delinquentes no âmbito da criminalidade clássica:

“A existência de uma organização empresarial permitiria gerir a tomada de decisões e processar a informação de maneira mais eficiente, somando-se a isto o fato de que se tratam de pessoas especializadas e que as atividades que realizam dentro de sua atividade (por exemplo, participar de uma licitação pública) se repetem ao longo do tempo, pelo que

³⁰ *Idem*, p. 390.

³¹ *Idem*, p. 400. A propósito, como bem lembrado por Ferrando Mantovani, “há uma incontestável verdade no sentido de que, frente a uma minoria de pessoas que não delinquiria mesmo que não houvesse pena, e a outra minoria de pessoas que delinquiria apesar de existir pena, há uma grande maioria de pessoas que não delinque justamente porque existe pena.” (MANTOVANI, Ferrando. *El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, ele enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal*. In Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I. García Valdes, Carlos et al (Org.). Madrid: Edisolfer, 2008, p 445).

³² NIETO MARTÍN, Adán. *Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas*. In Manual de cumplimiento penal en la empresa. (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 55.

³³ *Idem*, p. 55.

existiria maiores possibilidades de efetuar cálculos e fazer correções.”³⁴

No mesmo sentido, leciona Guillaume Royer que o modelo econômico de Gary Becker seria relativamente simples de compreender: uma pessoa comete um crime porque os benefícios esperados com o crime superam os seus possíveis custos. Segundo este raciocínio,

“Um indivíduo irá violar a lei se o benefício potencial for superior ao custo suportável por conta desse ato. É da comparação desses termos que surge a transição para o ato ilícito. Para os economistas, seria suficiente que o Estado garantisse que o custo vinculado à comissão de uma infração fosse superior ao benefício a ser obtido, fazendo com que os indivíduos renunciem ao propósito ilícito.”³⁵

Guillaume Royer pondera, contudo, que a realidade é, sem dúvida, muito mais *complexa* do que o modelo idealizado pelos economistas, uma vez que o fenômeno criminal é explicável, igualmente, por outros fatores criminológicos, endógenos e exógenos. Nesse sentido,

“A idade, o sexo, o estado corporal e psíquico são fatores próprios de cada indivíduo, que lhes predisporia ou não à delinquência. Da mesma forma, o meio social, profissional ou familiar nos quais se desenvolve a pessoa explicaria sua predileção ou não à delinquência. Para além da simples comparação do custo e benefício da violação da lei penal, todos aqueles elementos influenciariam, em larga medida, sobre a formação da personalidade criminosa. Não se explicaria, assim, matematicamente, a dinâmica da passagem ao ato criminal. Na verdade, a busca de um interesse pessoal ou lucrativo é apenas um dos muitos fatores que justificariam a prática de um ato antissocial. Ao invés de imaginar, sistematicamente, o infrator como um calculador frio dos seus interesses, seria melhor analisar a passagem ao ato [ilícito] à luz de um turbilhão de motivações criminais.”³⁶

Feitas tais ressalvas, o Autor reconhece que, de fato, o modelo de escolha racional, propugnado por Gary S. Becker e outros, teria “razoável” pertinência no âmbito da delinquência econômica. Dessa forma,

“A delinquência de negócios poderia se inserir dentro da dinâmica utilitarista. De um ponto de vista endógeno, este tipo de delinquente é um indivíduo de nível social elevado que atua em um ambiente profissional fortemente orientado pela atração do ganho. Em matéria de delinquência do colarinho branco, atua-se sem violência, sangue ou arma de fogo, mas, sim, com uma reflexão sobre a utilidade da violação da lei e sobre como tornar tal violação invisível. Neste caso, o direito penal econômico constitui-se um terreno fértil e propício para a criminologia utilitarista, de onde o indivíduo encontraria um estímulo para a violação da lei penal. Tal delinquência seria, então, o local de eleição do postulado do indivíduo racional e do modelo econômico de dissuasão de Gary S. Becker.”³⁷

A TEORIA DAS ATIVIDADES ROTINEIRAS

Segundo Sally S. Simpson e Raymond Paternoster, a delinquência empresarial (*corporate crime*) seria objeto de muita conjectura e discussão. Sendo assim, diante de sucessivos escândalos, teria havido um incremento do ceticismo geral acerca da ética empresarial, bem como da capacidade da sociedade de controlar as atividades

³⁴ *Idem*, p. 55-56.

³⁵ ROYER, Guillaume. *L'efficience en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*. Paris: LGDJ, 2009, p. 35.

³⁶ *Idem*, p. 35.

³⁷ *Idem*, p. 36-37.

corporativas. Nesse contexto, segundo os Autores, é certo que muita ênfase tem sido dada à questão da eficácia preventiva das *sanções formais* no enfrentamento dos ilícitos empresariais.³⁸

Para Sally S. Simpson e Raymond Paternoster, várias seriam as razões para se “acreditar” que um modelo tradicional de prevenção seria útil na compreensão dos crimes econômicos. Nesse sentido, tem-se argumentado que criminosos do colarinho branco – e, em especial, os delinquentes de empresa – seriam menos comprometidos com a lesão do que os autores de crimes tradicionais. Ademais, em suas vidas pessoais, os dirigentes das empresas seriam avessos ao risco, relutantes em se envolver em atividades que possam ameaçar o futuro do ente moral ou da sua própria posição na organização empresarial. Portanto – segundo aqueles Autores –, presume-se que as sanções formais de controle – isto é, multa e encarceramento – forneceriam uma “significativa ameaça” aos potenciais infratores empresariais.³⁹

Demais disso, haveria uma presunção de que os crimes econômicos seriam “instrumentais” e “estratégicos”, ou seja, decorreriam de “cálculos e deliberações”, diretamente objetivando o “ganho econômico”. Não se tratariam, pois, de “crimes passionais”, mas, sim, de riscos calculados tomados por “atores racionais”. Desse modo, para os Autores, haveria também uma *presunção* de que, para esses crimes, seria mais adequado o raciocínio do tipo “custo-benefício”. Segundo Sally S. Simpson e Raymond Paternoster, o cálculo utilitarista assumido pelo modelo da prevenção, no qual a ameaça de sanção seria mais elevada do que o ganho potencial, parece particularmente ideal para delinquentes econômicos e as circunstâncias nas quais atuam.⁴⁰ Por outro lado, os Autores consideram que a *opinião pública* desempenha um papel importante na fundamentação da prevenção formal dos crimes econômicos, pois ela, em geral, apoia a aplicação de sanções mais severas para os criminosos do colarinho branco, em particular nos casos de perpetração de delitos graves, ou seja, “o público acredita que duras penas de prisão irá coibir a maioria dos delinquentes do colarinho branco de violar a lei.”⁴¹

Ocorre que – para Simpson e Paternoster –, os modelos formais de prevenção seriam mais “filosóficos” e “ideológicos” do que “reais” ou “científicos”. Na verdade, tais modelos se apresentam insuficientes para uma adequada prevenção da delinquência empresarial. Desse modo, ao refletiram sobre tal questão, os Autores desenvolveram uma teoria da escolha racional de crimes empresariais, composta não somente por sanções formais, mas, também por: 1) sanções informais; 2) perda do respeito próprio [*self-respect*] por parte do infrator;

³⁸ PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *Op. cit.*, p. 37. Segundo os Autores, o modelo tradicional de prevenção da criminalidade empresarial baseia-se em duas premissas: 1ª quanto maior a certeza da punição, menor a probabilidade de ocorrência de um crime empresarial; 2ª quanto maior a severidade da punição, menor a probabilidade de ocorrência de um crime empresarial. Sendo assim, entre aqueles que “partilham esse ponto de vista”, pensa-se que as sanções atuais não seriam “nem certas, nem graves o suficiente para afetar o comportamento de empresas (ou, mais especificamente, das pessoas que os gerenciam).” (*Idem*, p. 37).

³⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰ *Idem, ibidem.*

⁴¹ *Idem, ibidem.*

e 3) avaliação dos custos da adoção ou não de uma cultura de *compliance*.⁴²

Conforme exposto por Simpson e Paternoster, além da percepção acerca das ameaças de sanção formal, o modelo por eles proposto de escolha racional de delinquência empresarial incluiria certa dose de “percepção de sanções informais”. Isto porque, pesquisas feitas sobre prevenção dos crimes em geral demonstrariam, de forma consistente, que a potencialidade de *custos informais* é bem mais eficaz em inibir o crime do que a ameaça de *sanções formais*. A sanção informal incluiria hipóteses como a “publicização negativa para empresa”, a “perda considerável do bom nome e a reputação da empresa”, a “possibilidade de que colegas, amigos próximos ou mesmo a família critiquem ou desaprovem o indivíduo”. Coletivamente, essas sanções informais constituiriam uma forma de “censura social” para possíveis delinquentes, incluídos no que se poderia referir como “vergonhoso”. Portanto, deveriam ser construídas medidas separadas da percepção sobre a certeza e gravidade dos diferentes tipos de sanção informal. Tais medidas – para aqueles Autores – se refeririam à percepção dos custos informais que recairiam sobre os indivíduos como resultado do não cumprimento das normas e das regulações que obrigam as empresas. O ponto importante – segundo Simpson e Paternoster – é que as construções anteriores, advindas dos modelos formais de prevenção de crimes empresariais, não levariam em conta a possibilidade da ponderação dos custos informais. Tendo em vista que estes custos também seriam eficazes na prevenção de crimes empresariais, tais modelos não seriam específicos. No entanto, mesmo a consideração acerca de sanções formais e informais não esgotaria os “custos” que recaem sobre a criminalidade empresarial. Outro inibidor potencial para possíveis delinquentes seria a imposição de “sanções pessoais”. A pessoa pode deixar de delinquir não porque teme a reação social ao seu comportamento, mas porque deseja evitar perder o respeito próprio. Assim – para Simpson e Paternoster –, outro elemento desse modelo de escolha racional para crimes empresariais incluiria a percepção sobre a “certeza” e a “gravidade” da perda da autoestima ante a infração das normas.⁴³

⁴² Cf. “A perspectiva da escolha racional é uma teoria criminológica de base utilitarista que seria mais abrangente do que o modelo estritamente baseado na prevenção ou dissuasão. Apesar de existirem variações da teoria da escolha racional, há alguns elementos em comum. Primeiro, a decisão de potenciais criminosos de cometer um delito é uma escolha racional que é influenciada pela percepção dos custos e benefícios da ação. Os custos do crime incluem, mas não se limitam, à possibilidade e gravidade de uma sanção jurídica formal. Outros custos incluem a certeza e a gravidade de sanções informais, perda de alternativas legítimas para a ação, custos morais e custos auto-impostos, como a perda do respeito próprio. Também se incluem na maioria dos modelos de escolha racional, mas não nos de prevenção, a percepção dos benefícios do crime. Em segundo lugar, os modelos de escolha racional equiparam ofensas a crimes na medida em que o tipo de informação necessária e empregada pelos delinquentes varia consideravelmente de acordo com a modalidade delitiva. O terceiro elemento comum é que as decisões de cometer uma ofensa em um determinado caso (uma ‘ocorrência criminal’) são influenciadas pelas características contextuais imediatas do crime. Para a criminalidade de rua, a decisão de praticar um crime é influenciada por considerações situacionais, como a proximidade do alvo, a facilidade com que se pode empreender uma fuga, a existência de dispositivos de segurança ou a percepção da probabilidade de uma vítima armada ou que ofereça resistência. Nos crimes empresariais, as decisões de delinquir provavelmente são influenciadas por considerações como a rentabilidade da empresa e o tamanho da companhia.” (*Idem*, p. 41).

⁴³ *Idem, ibidem*. A propósito, Paul Larsson assinala que os modelos formais de controle (leis, regulamentos etc.) são tipicamente “ideais”, mas tendem a omitir outros modelos de controle. Segundo o Autor, há uma tendência de se esquecer a eficácia dos modelos informais de controle, tais como os valores e éticas empresariais. Reportando-se a estudos de Michael Clarke, o Autor demonstra que, no caso da City londrina, as instituições financeiras centrais podem ser reguladas por regras não escritas, *trusts* e

Por fim, segundo os Autores, o modelo de escolha racional da criminalidade empresarial também deveria incluir a percepção do custo de se guiar ou não por um programa ou cultura de *compliance*. Estes fatores foram incluídos por Simpson e Paternoster porque as escolhas dos possíveis delinquentes são indubitavelmente influenciadas pela estimativa do custo de não violar a lei, bem como pelas vantagens que se poderia alcançar por adotar o *compliance*. Para eles, a literatura acerca da delinquência empresarial tem repetidamente sugerido que tais delitos seriam cometidos não pela antecipação direta da vantagem a ser auferida, mas para driblar o que é percebido como uma despesa evitável advinda do *compliance*. Sendo assim, algumas regulamentações poderiam ser consideradas muito “custosas” por algumas empresas para poderem ser respeitadas e, conseqüentemente, seriam descumpridas. Além disto, os criminosos levariam em consideração os benefícios diretos do descumprimento da lei. Esta é uma consideração instrumental importante que, para Simpson e Paternoster, estaria ausente da maior parte dos estudos criminológicos. Por fim, alguns “benefícios” do não cumprimento do *compliance* nas empresas poderiam ser contrabalançados pelo controle do mercado, preços mais elevados, produtividade dos funcionários, custos do produto e despesas com segurança.⁴⁴

Semelhantemente, Paul Larsson sustenta que a punição pode parecer uma forma eficaz para a opinião pública no sentido de mostrar a indignação e a reprovação moral, mas o seu efeito dissuasório de tornar as empresas capazes de cumprir com as leis e regulamentos seria, em geral, *modesto*. Uma pena de multa ou mesmo a prisão de dirigentes é muitas vezes vista para as empresas como um custo ou risco que podem ser contornados. Desse modo – para o Autor –, o que efetivamente atinge negativamente a empresa é a “má publicidade”, pois ela pode vir a arruinar anos de boa reputação e levar o “moral da corporação para o fundo do poço”. Da mesma forma, para Paul Larsson, a “perda da licença” para operar é vista, em regra, como a maior ameaça, pois poderia colocar a empresa “fora dos negócios” por um período mais ou menos longo de tempo.⁴⁵

TEORIA DA NEUTRALIZAÇÃO DE CULPA.

Segundo José de Faria Costa, a empresa foi “descoberta” pelo Direito Penal e pela Criminologia como um centro susceptível de gerar ou de favorecer a prática de fatos penalmente ilícitos, ante a sua repercussão desvaliosa no tecido econômico-social. A empresa passou a ser um centro, em redor do qual se podem conceber diferenciadas atividades ilícitas. Assim, segundo o Autor,

acordos de cavalheiros. Sendo assim, os “laços sociais próximos”, os “objetivos e valores compartilhados”, bem com as “ameaças de exclusão do clube” podem ser mais eficazes do que o controle formal. Todavia, Paul Larsson ressalva que arranjos construídos na base da confiança ou laços estreitos seriam vulneráveis à estranhos ou mesmo aos membros dessa comunidade financeira que, circunstancialmente, não compartilhem de tais normas e valores, e que podem, assim, vir a “quebrá-las” quando da busca de ganhos pessoais (Cf. LARSSON, Paul. *Regulating Corporate Crime: From Punishment to Self-Regulation*. In *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. Vol. 13, Sup. 1, Helsinki, 2012, p. 32)

⁴⁴ PATERNOSTER, Raymond; SIMPSON, Sally S. *Op. cit.*, p. 44.

“Podemos recortar vários tipos de criminalidade económica: a) uma criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, não tocando, pois, a própria empresa; b) a criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa; c) a criminalidade levada a cabo por pessoas da empresa contra outros membros da empresa, e, finalmente, d) a criminalidade que se projecta a partir da empresa.”⁴⁶

Também Claus Roxin alude às chamadas “múltiplas influências criminológicas” no âmbito empresarial, que conduziriam a mencionada neutralização de culpa. Segundo o Autor, tais influências seriam: 1) a “tendência a adaptação” de quem integra uma organização; 2) a “integração ao aparato” poder conduzir a uma “participação irreflexiva” em ações que um indivíduo não-integrado jamais cometeria; 3) o “empenho excessivo” em prestar serviço, seja por “ambição”, “desejo de notoriedade”, “convicção ideológica” ou, ainda, por conta de “impulsos criminais sádicos ou de natureza similar”; 4) uma resignação subjetiva no sentido de que “se eu não faço, outro fará no meu lugar”; e 5) a incidência de um “temor”, próximo ao “domínio pela coação”, consistente em que, em caso de “negativa no cumprimento da ordem”, ocorrerá a “perda do posto”, o “menosprezo pelos colegas”, ou a crença ingênua na impunidade porque a ordem foi dada “pelos de cima”.⁴⁷

Discorrendo, igualmente, sobre o fenômeno, Ulrich Sieber assinala que:

“A investigação criminológica da criminalidade económica demonstra que, para a criminalidade empresarial, resulta em primeiro lugar determinante a influencia específica da empresa na conduta dos empregados. (...) As infrações às normas são favorecidas, especialmente, por um *clima de erosão normativa*, por *técnicas de neutralização* no interior da empresa, para facilitar as violações normativas, por pressões aos empregados para que encontrem ‘soluções inovadoras’, assim como por oportunidades para a comissão de delitos.”⁴⁸

Ainda com relação às técnicas de neutralização, decorrentes de estados de erosão normativa intraempresarial, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade assinalam tratar-se de fenômenos analisados pelas teorias criminológicas e incluídas naquilo que denominam “dinâmicas psicossociológicas”.⁴⁹ Segundo os Autores, dentre outras variáveis, as técnicas de “neutralização de culpa” explicariam o fato de pessoas passarem por cima das normas que interiorizaram, vencendo resistências ao cometimento do delito. Para Figueiredo Dias e Costa Andrade, uma das explicações para tais comportamentos residiria no fato de que:

“As normas legais raramente ou nunca assumirem a natureza de imperativos categóricos, destinados a valer em todas as condições. Todos os preceitos legais revelam grande plasticidade ou flexibilidade e permitem um conjunto mais ou menos amplo, mais ou menos explícito, de justificações. Todos os preceitos legais comportam a possibilidade de manipulação dos seus elementos (...), o que se traduz na redução, em concreto, da sua

⁴⁵ LARSSON, Paul. *Op. cit.*, p. 33.

⁴⁶ FARIA COSTA, José de. *Op. cit.*, p. 543.

⁴⁷ Cf. ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*. Trad. Gómez Navajas. In Revista de Estudios de la Justicia. N. 7, Facultad de Derecho, Universidad do Chile, 2006, p. 20.

⁴⁸ SIEBER, Ulrich. *Programas de ‘compliance’ en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Trad. Abanto Vásquez. In El derecho penal en la era compliance. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 96. (grifou-se)

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 235 e segs.

vigência.”⁵⁰

Dentre as várias estratégias de neutralização, os Autores assinalam as seguintes: a negação da responsabilidade (o delinquente nega a sua identificação com os fatos e os atribui a circunstâncias irresistíveis); a negação do dano (o delinquente convence-se da neutralidade ético-jurídica da sua conduta, em geral nos casos de crimes de vitimização difusa ou nos crimes dentro de organizações burocráticas, como empresas ou órgãos públicos); a negação da vítima (trata-se de negar a condição de pessoa humana da vítima, digna, portanto, de simpatia); a condenação dos condenadores (trata-se do delinquente desviar o centro das atenções dos seus atos e motivos sob o argumento de que “todos o fazem”); e o apelo a lealdades superiores (trata-se de manifestação axiológica de prevalência das normas do pequeno grupo social ao qual o delinquente pertence frente às normas da sociedade em geral).⁵¹

Por fim, Enrique Bacigalupo, reportando-se a um estudo de Ernst Joachim Lampe, menciona, igualmente, ser possível existir uma “filosofia” criminógena empresarial.⁵² Nesse sentido,

“Lampe afirma que quando a estrutura organizativa de uma empresa facilita a ocorrência de fatos puníveis de seus componentes, por exemplo, quando a empresa descuida dos controles, exclui-se a responsabilidade individual, a limita ou a encobre, constitui um ilícito sistêmico (...) A responsabilidade jurídico-penal tem que alcançar [em tal caso] os membros de uma empresa econômica, quando sua atuação cria, em geral, a filosofia da empresa ou atitudes individuais da empresa, ou melhor dizendo, responsáveis são aqueles membros da empresa, que, graças a sua posição, estavam encarregados de criar o espírito dela e – seja em geral ou em setores particulares – a impor-las, se necessário, contra as eventuais resistências, quer dizer: resguardá-la de infiltrações delitivas (responsabilidade de garante).”⁵³

ESTUDOS EMPÍRICOS

Conforme o famoso aforismo de Lewin: “Não há nada mais prático que uma boa teoria”.⁵⁴ Consequentemente, toda teoria criminológica necessita ser posta ao *banco de provas* da realidade empírica, ou, se se preferir, ao teste de falibilidade. A matéria sob consideração não prescinde desta necessidade.⁵⁵

Sobre o assunto, Ulrich Sieber e Marc Engelhart ressaltam a existência de poucos estudos científicos direcionados para mensurar ou avaliar a eficiência de uma cultura de *compliance*, por intermédio de métodos

⁵⁰ *Idem*, p. 237.

⁵¹ *Idem*, p. 238-241.

⁵² BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 54.

⁵³ *Idem, ibidem*.

⁵⁴ Cf. VOLD, Georg *et al. Theoretical Criminology*. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 317.

⁵⁵ Como dito por Silva Sánchez, ao mencionar a utilização das teorias das ciências experimentais nos crimes econômicos: “Como se sabe, estas [as ciências experimentais] procedem segundo o método indutivo, mediante a obtenção de resultados experimentais que vão dando lugar a generalizações empíricas e, depois, a teorias com valor (provisório) geral tanto explicativo como preditivo. Ocorrendo uma exceção (um *cisne negro*), a teoria se vê refutada (falseada, como se diz) e é preciso ser substituída por outra. Nas ciências experimentais, ‘a exceção refuta a regra.’” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial*. In *La teoría del delito en la práctica penal económica*. ____; Miró Llinares, Fernando (Dir.). Madrid: La Ley, 2013, p. 35).

criminológicos confiáveis.⁵⁶ Com o objetivo de suprir tal lacuna acadêmica, os Autores – por intermédio do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* – efetuaram uma extensa pesquisa empírica junto às empresas alemãs, no escopo de analisar a incidência e, especialmente, o conteúdo prático de programas de *compliance*; de coletar informações sobre a eficiência de tais programas, ou de outros regimes similares – códigos de ética, governança corporativa, etc. – na prevenção, detecção e persecução de crimes econômicos; de investigar como efetivos programas de *compliance* e seus diferentes componentes podem ser normatizados, especialmente pelo legislador; e, por fim, de que maneira os diferentes tipos de sanções seriam percebidos pelos entrevistados.⁵⁷

A pesquisa de Sieber e Engelhart consistiu em entrevistas que foram encaminhadas para pequenas, médias e grandes companhias, de diferentes áreas econômicas, diferentes formatos legais, bem como diferentes regiões da Alemanha. Segundo eles, esta diversificação teve por finalidade minimizar os efeitos de específicas práticas empresariais. A pesquisa foi dividida em duas fases de questionários. Na primeira, as perguntas foram enviadas para 5.734 companhias em toda a Alemanha, durante o segundo semestre de 2012 e março de 2013, tendo sido respondidos 140 questionários. Na segunda fase, enviaram-se questionários para 6.300 empresas, entre agosto e outubro de 2013, tendo sido obtidas 148 respostas. A maior parte das respostas foi feita sob o anonimato. Uma terceira fase da pesquisa consistiu na análise, em dezembro de 2012, dos programas de *compliance* publicados na Internet pelas 30 maiores companhias alemãs, segundo o índice da cotação das ações da bolsa de valores de Frankfurt a. M.⁵⁸

Os principais resultados do estudo de Sieber e Engelhart foram os seguintes: 1) Os programas de *compliance* podem contribuir consideravelmente para a prevenção e detecção de crimes econômicos. Assim, há boas razões para empresas e o legislador fazerem uso do potencial que os programas de *compliance* oferecem para prevenção e detecção daquela criminalidade. Esta assertiva está baseada tanto nos fatos como na avaliação das respostas dadas pelos entrevistados. 2) A efetividade dos programas de *compliance* atualmente observados na Alemanha pode ser aprimorada, tornando as políticas de *compliance* ainda melhores, especialmente para a prevenção da criminalidade. Ainda com relação a efetividade, políticas empresariais e políticas públicas contra a criminalidade econômica devem aprimorar os procedimentos de investigação interna, neles incluindo regulamentação para a proteção de empregados. Estas medidas de proteção seriam equivalentes funcionais para o tradicional sistema de garantias contemplado nos Códigos Penal e Processual Penal. 3) A vagueza da expressão “programas de *compliance*” pode ser concretizada pela diferenciação de algumas medidas altamente eficazes para a prevenção e detecção de crimes econômicos. Este seria um pré-requisito para a descrição do conceito de

⁵⁶ Cf. SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies*. Freiburg i.Br: Max-Planck-Institut, 2014, p. 2.

⁵⁷ *Idem*, p. 25.

⁵⁸ *Idem*, p. 28-33.

programas de *compliance* e sua integração normativa. Todavia, o uso e a aplicação prática dos elementos necessários aos programas de *compliance* dependem sempre das especificidades das empresas concretamente consideradas, como, por exemplo, o seu tamanho e o seu setor de atividade econômica. Faz-se necessário um cuidado especial no que diz respeito aos deveres gerais de implantação de medidas de *compliance*, deixando-se espaço suficiente para a autorregulação. 4) A fim de promover a implantação dos programas, o legislador pode diretamente impor medidas de *compliance* para determinados setores (como ocorre com o branqueamento de capitais ou *insider trading*). Tais normas podem consistir na obrigação de criação de medidas de *compliance*, conjugando-se sanções civis e criminais para o caso de não cumprimento. 5) Considerando os limites de definição de medidas de aplicação direta, o legislador deve se valer, adicionalmente, da opção de medidas indiretas, as quais proporcionariam maior liberdade para que o setor econômico possa promover programas de *compliance*. Um exemplo de medida de aplicação indireta seria a punição de empresas pela falta de supervisão e *compliance* somente quando, concretamente, tiver ocorrido um crime por parte de um empregado. 6) A aplicação indireta de programas de *compliance* por intermédio de sanções criminais e, especialmente, por meio de um sistema de responsabilidade criminal corporativa, pode ser incrementada se as normas penais se fizerem acompanhadas de benefícios claramente definidos para empresas que tiverem criado um efetivo programa de *compliance*, mesmo nos casos em que ocorram crimes por parte de algum empregado. Todavia, a pesquisa empírica não fornece uma clara definição de quais seriam os melhores tipos de sanção a serem utilizados. 7) Os benefícios para empresas com adequados sistemas de *compliance* deveriam apenas ser previstos para a responsabilidade criminal própria da empresa. Tais benefícios não deveriam ser estendidos para a punição da conduta do empregado. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para o dirigente da empresa, que irá automaticamente lucrar com um efetivo programa de *compliance*, de acordo com as normas gerais do Direito Penal. 8) Em geral, e independentemente de quaisquer questões envolvendo *compliance*, as sanções contra o infrator do crime empresarial são consideradas mais eficazes do que as sanções aplicadas contra os dirigentes da empresa. Sanções aplicadas ao dirigente e sanções aplicadas à empresa são, em geral, classificadas de forma semelhante. Entretanto, grandes e médias empresas julgam sanções aplicadas à empresa mais efetivas do que as sanções aplicadas aos dirigentes. 9) Com relação às sanções aplicadas às pessoas naturais (isto é, o empregado ou seu superior), encarceramento, confisco e multa pela prática de delitos são consideradas mais eficazes. Em geral, elas são consideradas como muito mais efetivas do que os mecanismos de regulação. 10) Como consequência das hipóteses anteriores, o regime geral mais efetivo para combater os crimes econômicos parece surgir da combinação dos seguintes fatores: a) o tradicional sistema de responsabilidade criminal individual do infrator; b) o sistema de responsabilidade criminal dos dirigentes nos casos de falta de observância do dever de supervisão que venha a acarretar a prática do crime por parte do empregado; c) o sistema de responsabilidade criminal corporativa (contendo, especialmente,

medidas de confisco e multas de natureza penal), que pode estar associado a benefícios que importem na atenuação da sanção penal imposta à empresa. Isto teria cabimento nos casos em que um efetivo programa de *compliance* houver sido implementado e, desta forma, obstado eventual negligência do dever de cuidado por parte da empresa.⁵⁹

No Brasil, pesquisas realizadas depois da vigência da Lei n. 12.529/2011, Lei n. 12.683/2012 (que alterou a Lei n. 9.613/1998) e Lei n. 12.846/2013 – que introduziram, no nosso ordenamento jurídico, programas de *compliance* ou de integridade empresarial – evidenciam a disposição do empresariado brasileiro no sentido de também adotar a cultura de *compliance*. Com efeito, segundo levantamento realizado pela *ICTS Consultoria* junto a dirigentes de empresas com faturamento acima de R\$ 1 bilhão, evidenciou que, apesar de apenas 25% delas terem, na ocasião, “algum procedimento de avaliação de riscos” (*due diligence*), 76,9% dos entrevistados consideraram que a “nova Lei será cumprida”. Todavia, 46,9% admitiram não possuir nenhuma “política anticorrupção” e apenas 51,7% disseram estar “preparados” para enfrentar um eventual caso. Segundo aquele estudo, os dados indicariam um “sinal positivo” para a aceitação de que a Lei Anticorrupção será seguida. Apesar disso, a pesquisa sob consideração demonstrou que a estrutura das empresas brasileiras ainda estaria longe do ideal em termos de mecanismos específicos para a prevenção e detecção de casos de corrupção.⁶⁰

Conclui-se, assim, esse breve estudo, afirmando que muito ainda há de ser feito no sentido de um eficaz modelo de *compliance* como mecanismo de prevenção da delinquência empresarial no Brasil. Inequívoca, contudo, é a necessidade de aprofundamento dos estudos criminológicos e científicos no âmbito da compreensão e prevenção dessa modalidade criminógena, com o objetivo de melhorar a nossa Sociedade. Nesse sentido, consoante a síntese reflexiva de Ken Pease: “Todas as teorias criminológicas são, também, teorias da prevenção do delito.”⁶¹

CRIMINOLOGY AND BUSINESS DELINQUENCY: FROM THE CRIMINOLOGICAL CULTURE TO THE CULTURE OF COMPLIANCE

⁵⁹ Cf. SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. *Op. cit.*, p. 205-219.

⁶⁰ Cf. MELO, Max Milliano. *Corrupção nas empresas: como prevenir e combater?* In *Jornal do Commercio*, 8.4.2014, p. B-8. Segundo, ainda, o estudo: “A pesquisa aponta que, ao menos na intenção, este problema deve ser minimizado, já que 51,6% das companhias garantem que o investimento em programas de *compliance* será maior em 2014. ‘Todas as empresas devem ter essa preocupação, pois há muitos casos com envolvimento de empresas públicas. Porém, no caso de companhias com contatos governamentais e com relação íntima com o poder público, a preocupação deve ser redobrada’, afirma o sócio diretor da Hallx Auditoria, Consultoria e M&A, Fernando Segato Afonso.” (*Idem*, p. B-8).

⁶¹ PEASE, Ken. *Crime prevention*. In *The Oxford Handbook of Criminology*. Maguire, Mike *et al* (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 660.

Abstract

The Criminological theories developed to explain and prevent corporate delinquency are highlighted, emphasizing the modern policies of good corporate governance and compliance culture. The results of empirical studies on the pertinence and effectiveness of adopting a culture of compliance are also presented.

Keywords: Criminology; Compliance; Criminogenic culture; corporate crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APEL, Robert; PATERNOSTER, Raymond. Understanding 'Criminogenic' Corporate Culture: What White-Collar Crime Researchers Can Learn from Studies of the Adolescent Employment-Crime Relationship. In **The Criminology of White-Collar Crime**. Simpson, Sally S.; Weisburd, David (Ed.). New York: Springer, 2009.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Navarra: Thomson Reuters, 2011.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior. In **The Journal of Political Economy**. Vol. 101, n. 3. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

BLANCO CORDERO, Isidoro. La corrupción desde una perspectiva criminológica: un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional. In **Serta: in memoriam Alexandri Baratta**. Pérez Álvarez, Fernando (Org.), Salamanca, Ediciones Salamanca, 2004.

BONGER, W. A. **Criminalité et conditions économiques**. Amsterdam: Maas & Van Suchtelen, 1905.

BRAITHWAITE, John. Enforced Self-Regulation. In **Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate**.

BRAITHWAITE, John. **Ayres, Ian**. New York: Oxford University Press, 1992, p. 101 e segs.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CID MOLINÉ, José; LARRAURI PIJOAN, Elena. **Teorías criminológicas**. Barcelona: Bosch, 2001.

COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos. In **Revista Portuguesa de Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Ed. Ano 2, Fasc. 4, out.-dez., 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Criminologia. **O homem delinquente e a sociedade criminógena**. 1ª ed. (reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Tratado de Criminología**. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

KAISER, Günter. **Introducción a la criminología**. 7ª ed. Trad. Rodríguez Núñez. Madrid: Editorial Dykinson, 1988.

LARSSON, Paul. Regulating Corporate Crime: From Punishment to Self-Regulation. In **Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention**. Vol. 13, Sup. 1, Helsinki, 2012.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In **El Derecho penal económico en la era compliance**. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MANTOVANI, Ferrando. El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal. In **Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat**. Tomo I. García Valdes, Carlos et al. (Org.). Madrid: Edisolfer, 2008.

MELO, Max Milliano. Corrupção nas empresas: como prevenir e combater? In **Jornal do Commercio**, 8.4.2014, p. B-8.

NIETO MARTÍN, Adán. El programa político-criminal del 'corporate government'. In **Revista de Derecho y Proceso penal**. N. 11, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.

_____. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas. In **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

PEASE, Ken. Crime prevention. In **The Oxford Handbook of Criminology**. Maguire, Mike et al. (Ed.). Oxford: Clarendon Press, 1994.

ROXIN, Claus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. Trad. Gómez Navajas. In **Revista de Estudios de la Justicia**. N. 7, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006.

ROYER, Guillaume. **L'efficience en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit**. Paris: LGDJ, 2009.

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

SIEBER, Ulrich. Programas de 'compliance' en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Trad. Abanto Vásquez. In **El derecho penal en la era compliance**. Arroyo Zapatero, Luis; Nieto Martín, Adán (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SIEBER, Ulrich; ENGELHART, Marc. **Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes. An Empirical Survey of German Companies**. Freiburg i.Br: Max-Planck-Institut, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Teoría del delito y derecho penal económico-empresarial. In *La teoría del delito en la práctica penal económica*.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.). **Madrid**: La Ley, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 28).

SIMPSON, Sally; PATERNOSTER, Raymond. A Rational Choice Theory of Corporate Crime. In **Routine Activity and Rational Choice**. Clarke, Ronald V.; Felson, Marcus. New Brunswick: Transaction Pub., 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Da criminologia à política criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In **Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. (Org.). Brasília: ESMPU, 2011, p. 109.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime (the uncut version)**. New Haven: Yale University Press, 1983.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. **Principles of Criminology**. 11th ed. New York: General Hall, 1992.

TARDE, Gabriel. **Les lois de l'imitation**. Paris: Félix Alcan, 1890.

VOLD, Georg et al. **Theoretical Criminology**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 1998.

Trabalho enviado em 16 de abril de 2017.

Aceito em 25 de abril de 2017.