

O Domínio do Fato nas Organizações Criminosas e a Correlação com o *Compliance*

Silvia Monique Santos Cezar¹

Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro²

RESUMO

O julgamento do polêmico “mensalão”, a Ação Penal (AP) 470 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) teve relevância não apenas no contexto interno nacional, com relação a própria autoestima dos cidadãos no que se refere à higidez do Estado e os reflexos no patriotismo, como também repercutiu no exterior sobre o Brasil, não apenas no cenário político-econômico, mas também acerca dos institutos jurídicos.

Neste contexto urge a necessidade acadêmica de analisar tecnicamente a inovação jurisprudencial no direito pátrio pela Corte Suprema, e mais do que isso, compreender sua implicação na responsabilização criminal do *Compliance Officer*.

Assim, este estudo debruça-se sobre a análise da possibilidade da responsabilização criminal do *compliance officer* com fundamento na teoria do domínio do fato de acordo o entendimento do STF após o julgamento da AP 470, com vistas a identificar os equívocos existentes na aplicação da teoria de Roxin no Brasil, bem como a análise da figura do *compliance officer* de acordo com as disposições da lei de organizações criminosas e de lavagem de capitais.

O estudo de tal temática, tão vasta e complexa, representa um desafio, como demonstram as diversas investigações multidisciplinares da área, que, sob diferentes enfoques e perspectivas, vêm continuamente tentando avançar na compreensão teórica do assunto.

Diante da relevância do tema e da sua influência em diferentes aspectos de ordem social, em especial jurídica, buscou-se como supedâneo teórico os estudos de Claus Roxin, autor da teoria do Domínio do Fato, além de outros doutrinadores como Welzel e Modesto Carvalhosa, revelando-se uma pesquisa de natureza qualitativa e bibliográfica.

Palavras-chave: Compliance. Teoria do domínio do fato. Criminalização.

1. INTRODUÇÃO

O cenário jurídico brasileiro sofre fortes influências históricas, além daquelas de natureza política e econômica, uma vez que o Direito vem a reboque da sociedade, o que tende a repercutir em todo o país de um modo geral. Nos últimos anos, os diversos setores e áreas da sociedade têm sido afetados pela intensa instabilidade resultante deste contexto.

¹Mestranda em Direito, Universidade Católica do Salvador, silviamoniquecezar@gmail.com.

²Pós-doutora, Universidade Federal da Bahia, fernanda@thomasbacellar.adv.br.

O acontecimento de operações como a Lava Jato, o Mensalão, além de outros escândalos diretamente ligados às grandes lideranças políticas e a maneira com têm se desdobrado provocaram o interesse popular por maiores informações sobre os reflexos no país resultantes da forma como agem as forças dos mais diversos poderes.

O julgamento do polêmico “mensalão”, a Ação Penal (AP) 470 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) teve relevância não apenas no contexto interno nacional, com relação a própria autoestima dos cidadãos no que se refere à higidez do Estado e os reflexos no patriotismo, como também repercutiu no exterior sobre o Brasil, não apenas no cenário político-econômico, mas também acerca dos institutos jurídicos.

Neste contexto urge a necessidade acadêmica de analisar tecnicamente a inovação jurisprudencial no direito pátrio pela Corte Suprema, e mais do que isso, compreender sua implicação na responsabilização criminal do Compliance Officer.

Assim, este estudo debruça-se sobre a análise da possibilidade da responsabilização criminal do compliance officer com fundamento na teoria do domínio do fato de acordo com o entendimento do STF após o julgamento da AP 470, com vistas a identificar os equívocos existentes na aplicação da teoria de Roxin no Brasil, bem como a análise da figura do compliance officer de acordo com as disposições da lei de organizações criminosas e de lavagem de capitais.

O estudo de tal temática, tão vasta e complexa, representa um desafio, como demonstram as diversas investigações multidisciplinares da área, que, sob diferentes enfoques e perspectivas, vêm continuamente tentando avançar na compreensão teórica do assunto.

Diante da relevância do tema e da sua influência em diferentes aspectos de ordem social, em especial jurídica, buscou-se como supedâneo teórico os estudos de Claus Roxin, autor da teoria do Domínio do Fato, além de outros doutrinadores como Welzel, Luis Greco, Paulo Cesar Busato, Fernanda Ravazzano, Cezar Roberto Bittencourt, Fausto Martins de Sanctis e Modesto Carvalhosa, revelando-se uma pesquisa de natureza qualitativa e bibliográfica.

Para o alcance da compreensão buscada no estudo em questão, foram adotadas as seguintes etapas, a primeira se dirige à identificar a existência de equívocos na aplicação da teoria de Roxin no Brasil pelo STF. A segunda dedica-se na

investigação da figura do compliance officer de acordo com as disposições da lei de organizações criminosas e de lavagem de capitais. Por fim, a última refere-se a análise da responsabilização criminal do compliance officer com fundamento na teoria do domínio do fato de acordo o entendimento do STF.

2. DESENVOLVIMENTO E APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

Domínio do Fato para o aparato organizado de poder

A teoria alemã do domínio do fato deriva da teoria finalista de Welzel, que em seus estudos, por volta dos anos 1960, debruçou-se na explicação da intencionalidade da ação da vontade na autoria. Autor, segundo ele, era o indivíduo que detinha o poder sobre o resultado e a sua finalidade. Por exclusão, aquele que concentrasse poder de mando apenas sobre a sua atuação, mas não sobre a culminância caracterizaria-se partícipe. Desse modo, pelo pensamento finalista, nos delitos que envolvem as empresas, autor significaria o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra.

Com o avanço do tempo, por volta das décadas de 1960/70, Claus Roxin lapida esta teoria sob o contexto dos delitos praticados no nacional socialismo, mas invertendo a ordem.

A justiça alemã, com base na teoria subjetiva, condenava com penas severas de morte ou prisão perpétua, mas na condição de partícipe os executores diretos nos crimes perpetrados contra semitas - por entender que estes atuavam no interesse de outra pessoa, logo com animus socii. Por outro lado, da mesma maneira eram considerados partícipes aqueles que emitiam a ordem, embora atuassem com interesse próprio, animus auctoris, mas não praticavam o núcleo do tipo penal.

Pela concepção roxiniana, o domínio do fato se caracteriza das seguintes formas: “1) domínio sobre a própria ação, que acarreta autoria direta; 2) domínio funcional do fato, que acarreta a coautoria; 3) domínio da vontade de um terceiro, que acarreta a autoria mediata”.

O autor imediato ou direto é aquele que realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo. Quem aperta o gatilho de um revólver, por exemplo, tem o domínio da ação e nunca poderá ser considerado mero partícipe.

Já o domínio funcional do fato, para Roxin, se faz por meio de uma ação coordenada, de divisão de tarefas, com a participação de mais de uma pessoa, e, em uma decisão conjunta, contribuem para a realização do tipo com um comportamento relevante. São todos coatores.

Por fim, o domínio da vontade de um terceiro, também chamada de autoria mediata, trata-se da instrumentalização de uma terceira pessoa, em que um indivíduo, chamado “o homem de trás” domina o acontecimento de forma mediata. Pode ocorrer pela (i) coação exercida sobre o homem da frente; (ii) indução do homem da frente em erro; (iii) domínio por meio de aparato de poder.

Na Jurisprudência

O caso mais conhecido que utilizou a teoria do domínio do fato, foi o caso mensalão. Na data de 20 de julho de 2005 instaurou-se um inquérito perante o Supremo Tribunal Federal, para apurar um esquema de corrupção e de desvio de dinheiro público, caracterizado pelo pagamento mensal de propinas a membros do Congresso Nacional em troca de apoio ao governo federal.

Por ocasião do julgamento da referida ação penal, o Superior Tribunal Federal, no afã de imputar a autoria a alguns dos acusados, empregou uma verdadeira anomalia, a qual intitulou de “teoria do domínio do fato”.

Isso porque, em primeiro lugar, o recurso às teorias do domínio do fato e da organização foi o caminho para fundamentar a responsabilidade penal dos sujeitos em posição de comando, e não apenas o critério a determinar, por exemplo, se determinado sujeito deveria ser considerado instigador ou autor mediato de um fato punível.

Em verdade, já existe a possibilidade de se fundamentar que os sujeitos em posição de comando em bancos ou agências de publicidade estão obrigados a evitar, na condição de garantidores, que os recursos das empresas por eles dirigidas sejam utilizados para o pagamento de valores destinados à corrupção de parlamentares, pois poderiam ser considerados tanto garantidores de vigilância da própria empresa ou dos subordinados que nela trabalham.

Parte dos Ministros do STF fala em uma teoria do domínio do fato, que não deve, todavia, determinar se alguém é autor ou partícipe, mas sim se alguém deve ou não ser punido.

Equívocos Cometidos pelo Sistema Brasileiro em Comparação à Teoria nos Moldes de Roxin

Como bem se vê, o uso da teoria, de maneira geral, pelo sistema brasileiro fica, e muito, à mercê da sua aplicação correta, pelo menos nos moldes daquela importada da Alemanha.

Ademais, ainda que o legislador resolvesse, em algum momento, recepcionar a figura do “domínio da posição”, não seria possível compatibilizar essa figura com o princípio da culpabilidade. Afinal, a punição pelo mero fato de ocupar uma posição, na forma como construída na decisão, representa uma manifestação atávica já há tempos superada.

Vê-se, ainda, a insistência em sua aplicação como escape diante dessa difícil “colisão de deveres”. Não se logrou provar de forma cabal a contribuição ativa dos acusados que ocupavam de posição de destaque, mesmo assim, os Ministros do STF puderam se convencer de que as organizações chefiadas pelos acusados concorreram para o esquema corruptivo.

Tome por exemplo, se “A” contrata “B”, para que mate “C”. “A”, o mandante, constitui uma decorrência da teoria finalista de Hans Welzel. O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado.. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria.

Neste caso, em razão da teoria, é partícipe, e não autor. A ideia de que, com o uso da teoria, ter-se-ia, no exemplo, a autoria de “A”, por ser ele o mandante, está equivocada, tendo-se por origem da confusão a falta de diferenciação entre os termos domínio do fato, autoria mediata por aparato de poder e instigação.

O exame realizado até aqui permite concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da APn 470, não adotou a teoria do domínio final do fato - o que não se nota nem mesmo com a doutrina pátria - desenvolvida por Welzel ou Roxin, mas sim, utilizou uma anomalia resultante da conjugação dos critérios.

A figura do Compliance Officer (o fenômeno do do Compliance e a figura Compliance Officer)

O estudo deste fenômeno exige a prévia contextualização do instituto e sua evolução no tempo como condição para entender seus fundamentos, sua função teleológica, e, por fim, a verificação da sua efetividade. No Brasil, o aparecimento do Compliance está intimamente atrelado à abertura comercial do país, ainda sob os efeitos do Consenso de Washington, na década de 90, quando teve espaço no cenário financeiro internacional e surgiu, então, a necessidade de adaptar-se aos ditames do mercado de regras e boas práticas.

O Compliance, termo advindo do inglês “comply” - significa conformidade com o ordenamento, surgiu de maneira tímida no início do século XX, EUA, na década de ouro, quando da edição de leis que padronizaram os atos da fiscalização da indústrias alimentícias e farmacêuticas.

Posteriormente, reaparece após o “crash” da bolsa de Nova York, na conjuntura do implemento do “new deal”, com o escopo de flexibilizar as normas vigentes e a atuação do Estado nas instituições financeira sob o prisma da ética individual e coletiva, quando houve a criação do Bank for International Settlements – “BIS” – permitia a cooperação entre bancos centrais. (BERTONI e CARVALHO, 2014 – pág. 5).

Com o passar dos anos, este fenômeno teve incorporado ao seu signo novos significados e várias repercussões e aplicações, ultrapassando o lugar de origem e se transnacionalizado.

No Brasil, o aparecimento do Compliance está intimamente atrelado à abertura comercial do país, ainda sob os efeitos do Consenso de Washington, na década de 90, quando teve espaço no cenário financeiro internacional e surgiu, então, a necessidade de adaptar-se aos ditames do mercado de regras e boas práticas. (FERRARI FILHO, 2008)

Com a Lei nº. 9.613/98 – Lei dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens - instituiu-se a obrigação da adoção de procedimentos e controle internos pelas pessoas físicas e jurídicas sujeitas às sanções da lei, criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras com fito de prevenir a lavagem de ativos. Com a

Resolução n. 2.554, de 24.09.1998, do Conselho Monetário Nacional, fala-se pela primeira vez em “deveres de Compliance”.

Nesse sentido, a Administração Pública, também já influenciada pelo ideário do Compliance, empreendeu medidas para “Governança Corporativa” no modelo Gerencial do Estado com o mais novo conceito de Eficiência incorporado à Constituição Republicana, através da E.C 19/1998).

Nos estudos de Bresser-Pereira (2006, págs. 28-36), a alteração do modelo da administração pública, do modelo burocrático enrijecido para o novo sistema de administração pública gerencial, há uma reforma, inclusive, no enfoque a que se dá nas práticas, deixa-se de forçar no procedimento e passa-se a trazer ao centro das atenções a finalidade e o pleno atendimento com qualidade ao administrado. A eficiência passa a ser protagonista, a característica exigida não apenas do poder executivo em geral, mas também dos outros poderes quando exercem a função gerencial, ainda que atipicamente. (SLOMSKI, VALMOR et al. pág. 9)

Esse método, na lógica empresarial, revela-se como um elemento legitimador e reafirmador da imagem da empresa no mercado, pela plena conformidade com as leis e com a normas técnicas do ramo e, principalmente, por se pautar na ética, além da consequência mediata como se tem apresentado: ferramenta para diminuição de passivos e a credibilidade corporativa.

Para Kitagawa e Ribeiro (pág. 5), a incorporação do Compliance às empresas reclama não apenas pelo mero cumprimento das exigências legais pelas organizações, mas também, e principalmente, a verificação da eficiência e efetividade no cumprimento das normas, o que a longo prazo garante determinado grau de confiabilidade, especialmente em sede judicial

A própria tarimba que a reanálise dos contratos vigentes e o estudo prévio para novos contratos analisados através desta nova perspectiva exige um novo comportamento a ser observado por todos os segmentos da organização. Neste sentido, o inconsciente coletivo – que significa para Maffesoli (2006), que à luz do entendimento de Jung, é um fenômeno natural que acontece por próprias leis internas que se manifesta de acordo com seu tempo, seu ritmo, seu povo, com imagem e fluxo próprios, surge e consolida-se culturalmente - invoca e tem para si

que aquele que estrutura na sua empresa toda uma lógica de planejamento para fiel cumprimento dos deveres legais (enforce), está agindo eticamente.

A Ciência Jurídica, na qualidade de ciência, é constituída por uma série de teses e enunciados fundamentados e que passaram por métodos de comprovação rígidos voltados a determinada matéria. A ciência conhece ou tende àquilo que que pressupõe seu objeto.

Nessa análise dos fundamentos, dos próprios pressupostos, dos princípios, dos costumes, das fontes do Direito em geral, a epistemologia jurídica na busca pela consolidação enquanto ciência investiga os métodos mais adequados, mais razoáveis, mais lógicos, de maneira a delimitar o objeto, de modo rigoroso e limitado a encontrar resultados e com garantia de que o meio teórico é idôneo a atingir aquela resposta. (OLIVEIRA, 1996)

Cumprido, dessa maneira salientar que não é o operador do Direito, o jurista, quem vai instituir as teses ou condições científicas, mas aquele que pensa acerca do Direito no ponto de vista epistemológico.

Nessa perspectiva, o Direito na sua peculiaridade de trabalhar não apenas com fatos, mas também com indícios e evidências que fictamente são tidos como realidade, e desta maneira, são declarados e postos no mundo dos fatos (com a coisa julgada). Na prática, o “dever-ser” passa a ser aplicado como modelo, como meta a ser atingida quando a norma é de natureza cogente -. (SOUZA, 1996)

Diante da especificidade e ao mesmo tempo amplitude da ciência jurídica, faz-se necessário um olhar curioso sobre como o Compliance pode ser aplicado.

Há de ser considerado, tão logo, a complexidade e as mudanças com que o cenário empresarial, bem como o sistema regulatório vêm sofrendo, de modo que estas mudanças acabam por repercutir nas ações penais.

Consoante já fora mencionado, nesta era de “Politicamente Correto”, há a necessidade que o próprio mercado cria de contínuo incremento e/ou melhoramento das políticas nas organizações. A relevância de que as empresas atentem-se e incorporem as medidas também no que se refere às práticas laborativas fundadas na ética, no estrito cumprimento ou ainda melhor, no estrito cumprimento mas também com o olhar voltado à teleologia da norma e o respeito a sua finalidade, sem prejuízo de providências que tratem da melhoria nas estratégias.

De mais a mais, pelo fato de a maior parte das organizações não possuir um sistema consolidado e rígido de controle de conduta, por desconhecimento ou por não ter constituído parte da cultura organizacional, ou ainda por não constatar o custo-benefício e considerar uma “estrutura” que requer uma despesa de grande monta, não há investimento em gerenciamento de ética. O resultado, como já dito, é o desconhecimento de fatos, práticas ou mesmo delitos que seriam de relevância à direção dos empreendimentos, principalmente se a ciência ocorre em tempo hábil para resolução e até procedimento para apuração e sanção de responsáveis. (FRAGA, SOTERO e BOMFIM, 2016). É possível verificar que as medidas de Compliance serve para garantir uma comprovação do adimplemento de dever legal em eventual fiscalização.

Pelo conteúdo teórico e pelos exemplos utilizados para ilustrar algumas hipóteses de aplicabilidade do Compliance, resta comprovada a relevância de uma Política de Ética relacionada à área estabelecida em uma organização empresarial com escopo de garantir efetivamente os direitos, bem como o cumprimento das normas.

Para Leal (2015), o Compliance não precisa necessariamente ser executado por um setor específico da empresa, mas minimamente a adoção de principais métodos e técnicas como a “implementação de Canais de Ouvidoria, Códigos de Contata-se, dessa maneira, que o Compliance pode ser utilizado, desde instrumento de controle, cuidado ou para evitar eventuais condutas que vão de encontro à ideologia das organizações, é uma ferramenta viável de verificação adequada de responsabilidade, previne ou atenua a responsabilização do empresário (pessoa jurídica) quando porventura ocorre alguma circunstância capaz de atingir sua honra objetiva.

É de grande importância salientar que a implementação de métodos de Compliance não é exigida no Brasil. Nesse sentido, por mais que as organizações adotem tais medidas, não são obrigadas a executá-las estritamente como sugere a doutrina, ou qualquer diploma legal vigente, a exemplo das políticas recomendadas pela lei anticorrupção. O Compliance, como já dito, não é sinônimo de programa de controle de gerenciamento de riscos ou prevenção condutas ilícitas, contudo é notório que as organizações seguem uma tendência de junção de moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, impessoalidade, proporcionalidade e responsabilidade em que

se pode depreende uma padronização dos critérios de avaliação dos mecanismos de integridade. (GABARDO e CASTELLA, 2015).

3. CONCLUSÃO OU CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática referente à punição a ser traçada para aqueles que concorrem em práticas delitivas é, de fato, bastante complexa e incita diversas opiniões e doutrinas neste sentido.

Por conta disso, inúmeras são as teorias que procuram esclarecer a melhor maneira de se diferenciar autor e partícipe em uma empreitada criminosa, dentre elas, a teoria do domínio do fato.

Esta teoria ficou em voga no Brasil após a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, em alguns de seus julgados mais importantes. A discussão, em verdade, se pautou no uso incorreto dado à ela, o que, infelizmente, transbordou às paredes do referido Tribunal e se espalhou a outros aparatos judiciários.

Assim, após pesquisa e análise da problemática proposta, qual seja, o do uso acertado, pelo sistema brasileiro, sobretudo pelo STF, da teoria, e a sua comparação em relação à originalmente criada na Alemanha, pôde se extrair que, de fato, o que foi utilizado nos casos julgados pelos órgãos do sistema brasileiro foi apenas o nome “domínio do fato”, mas não o seu essencial significado.

A gravidade dos equívocos cometidos ao longo da decisão proferida no “caso mensalão”, no que diz respeito à teoria do domínio do fato, não é mais do que expressão de uma práxis incongruente que advém de longa data.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal valeu-se da teoria para imputar a autoria a determinados agentes, afastando seu verdadeiro intuito, que é a de diferenciar autores e partícipe de ambas as concepções, o que conduziu a uma absoluta contradição.

REFERÊNCIAS

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano L. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL PARA A REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL: A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E AS PERSPECTIVAS MERCOSULINAS. *ius gentium*, v. 8, n. 2, p. 166-204, 2017.



Jesus, Domásio E. de, 1935. Teoria do domínio do fato no concurso de pessoas / Domásio E. de Jesus. ISBN 978-85-02-15626-5. — 3. ed. — São Paulo: Saraiva, 2002.

DE OLIVEIRA BUFFON, Poliana et al. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO: STF VS DOUTRINA. Extensão em Foco (ISSN: 2317-9791), v. 5, n. 1, 2017.

ROXIN, Claus. O domínio por organização como forma independente de autoria mediata. In Revista Eletrônica Acadêmica de Direito, Law e-Journal. Ed. Panóptica (em reformulação). v. 4, n. 3, p. 69-94, 17/nov/2009. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/86>> Acesso em 05 jul. 2019.

VIANA, Lurizam Costa. Autoria e participação no contexto da criminalidade organizada. XXIV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015. ISBN: 978-85-5505-098-5