

Filipe Maia Broeto ADVOGADO CRIMINALISTA
Daniel Broeto Maia ADVOGADO CRIMINALISTA

A (DES)CONFORMIDADE DO 'COMPLIANCE'

Poucas categorias jurídicas conheceram, nas últimas décadas, expansão tão vertiginosa quanto a do *compliance*. De instrumento técnico de organização interna das empresas, converteu-se em pedra angular da governança contemporânea, sobre a qual se assentam expectativas regulatórias, exigências contratuais, padrões reputacionais e, cada vez mais, decisões com consequências econômicas drásticas para pessoas físicas e jurídicas. Há, todavia, um paradoxo pouco discutido: nascido para promover conformidade, o *compliance* pode produzir – e, não raro, produz – desconformidade constitucional sempre que transforma a mera suspeita em sanção privada e a investigação em condenação antecipada. É desse paradoxo, e de suas implicações no direito penal econômico, que se ocupa o presente ensaio.

1. *Compliance*: a proposta de conformidade

A própria expressão revela sua vocação originária. Derivado do verbo inglês *to comply*, *compliance* traduz a ideia de agir em conformidade, observar normas, cumprir regras e ajustar a conduta a padrões éticos, deveres regulatórios e boas práticas de governança. A promessa é legítima e seduto-

ra: que ponto negativo haveria em prevenir ilícitos, reduzir riscos institucionais, aperfeiçoar controles internos e introduzir racionalidade decisória em ambientes empresariais que historicamente operaram em zonas de penumbra ética?

Sob essa concepção, o *compliance* apresenta-se como tecnologia de prevenção, não de punição. Seu horizonte é o futuro, não o passado; sua lógica é cautelar, não retributiva. A empresa que estrutura programas de integridade, mapeia riscos e institui canais de denúncia não exerce, em tese, poder sancionatório, mas dever de diligência. Na prática, contudo, como se verá, esse dever frequentemente se converte em poder punitivo privado, avesso aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e em contradição com a própria finalidade que incentivou o desenvolvimento do instituto.

2. A conformidade desconforme

O problema se instala quando a conformidade deixa de operar como mecanismo de racionalização institucional e passa a funcionar como técnica de antecipação privada de sanções. Pressionados por agências reguladoras, órgãos de persecução penal, exposição midiática e medo reputacio-

nal, agentes econômicos convertem a prudência em reflexo defensivo e atribuem, sem qualquer base constitucional ou legal, força de decisão transitada em julgado a notícias de jornal ou a postagens unilaterais em redes sociais.

A lógica de mercado passa a privilegiar os riscos reputacionais e econômicos da empresa, por mais genéricos e futuros que sejam, em detrimento da própria conformidade. Assim, o *compliance* migra do território da prevenção para o da exclusão, produzindo efeitos materialmente punitivos mesmo onde não há processo, acusação formal ou juízo definitivo de responsabilidade.

O paradoxo é incontornável, na medida em que o sistema, concebido para assegurar conformidade, passa a gerar desconformidade de hierarquia constitucional, sacrificando, em nome de uma conformidade regulatória não raro vaga, garantias fundamentais da mais alta envergadura, tais como a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a proporcionalidade, a individualização das responsabilidades e a proteção contra estigmatizações prematuras (vide art. 5º, LIII a LVII, da Constituição Federal). Há, nesse deslocamento, uma assimetria

moral indisfarçável, dado que se renuncia ao maior, isto é, aos princípios constitucionais conquistados a duras penas, para preservar o menor, a saber, regulamentações ambíguas, oriundas de fontes distantes daquelas responsáveis pela criação das leis penais.

3. A *due diligence* e o uso acríptico da informação preliminar

O fenômeno encontra terreno fértil na *due diligence* empresarial, hoje onipresente em instituições financeiras, como bancos, fundos de investimento e grandes grupos econômicos. Relatórios de integridade, matrizes de risco e análises reputacionais são instrumentos legítimos quando aferem fatos comprovados: condenações transitadas em julgado, sanções administrativas definitivas, irregularidades documentadas. O desvio, porém, começa quando passam a se alimentar, indiscriminadamente, de notícias de imprensa sobre investigações recém-deflagradas, inquéritos em fase embrionária ou ações

penais cujo desfecho permanece inteiramente em aberto.

Com base apenas em matérias jornalísticas, menções em procedimentos preliminares ou denúncias sem sentença, pessoas físicas e jurídicas experimentam consequências concretas e severas: bancos encerram contas e suspendem linhas de crédito; empresas deixam de contratar profissionais e fornecedores; sócios são afastados de oportunidades de negócio; contratos não se celebram; reputações construídas ao longo de anos são destruídas em dias. Tudo isso antes que qualquer instância judicial tenha sequer iniciado a comprovação que o devido processo legal, por mandamento constitucional, impõe. A presunção que governa tais decisões não é a de inocência, mas a de risco, o qual, nessa contabilidade defensiva, recai integralmente sobre quem foi apenas mencionado.

4. A antecipação privada da “pena”

Embora a Constituição assegure que ninguém será processado

nem sentenciado senão pela autoridade competente, privado de seus bens sem o devido processo legal ou considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, não é essa a realidade observada na prática. O *compliance* pode degenerar – e nesse ponto tem-se mostrado pródigo – em espécie de pena privada preventiva, aplicada por agentes econômicos que, para se resguardarem de exposições regulatórias e reputacionais, fundamentam decisões não em responsabilidade comprovada, mas em suspeitas, manchetes e imputações ainda não submetidas ao contraditório.

O efeito é particularmente grave no direito penal econômico, campo em que o próprio léxico carrega carga estigmatizante quase irreversível. A simples associação de um nome a expressões como “operação”, “investigação”, “lavagem de dinheiro”, “organização criminosa” ou “corrupção” basta, com frequência, para desencadear bloqueios econômicos e exclusões negociais, ainda que o pro-

A tranquilidade
que você precisa
no condomínio
está aqui.

As melhores soluções
para inadimplência
também!



tesserve.com.br

41 3345 9796 • 41 99105 9795

Rep. Argentina, 2403 • Cj. 103 • Portão • Curitiba • PR



Tesserve
GARANTIDORA



cedimento esteja em sua gênese e nenhuma prova tenha sido produzida sob crivo judicial.

A doutrina há muito identificou o pano de fundo dessa dinâmica. A sociedade de risco descrita por Ulrich Beck transferiu, para o gerenciamento do incerto, o centro de gravidade das decisões institucionais, e Jesús-María Silva Sánchez descreveu como a expansão do direito penal acompanha essa demanda por antecipação e neutralização de perigos. O *compliance* é, em certa medida, o capítulo privado dessa expansão: a mesma lógica de antecipação que avança no terreno estatal encontra, no mercado, um executor ágil, desburocratizado e dispensado das garantias concebidas justamente para limitar o poder punitivo. O particular faz, sem processo, aquilo que ao Estado seria vedado fazer sem sentença.

5. A inversão da lógica constitucional de sancionamento

Na atividade sancionatória estatal prevalece a distribuição precisa do ônus probatório: cabe à acusação demonstrar a culpa, e não ao imputado provar a inocência. O *compliance* subverte essa distribuição – a despeito da reconhecida eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais – ao tratar a mera existência de um procedimento como fato desabonador suficiente, deslocando para o investigado o encargo reputacional de provar que não é culpado, e o faz num foro em que não há juiz, não há defesa técnica, não há contraditório e não há recurso.

Em relações comerciais preestabelecidas – banco e correntista, empregador e empregado – o problema ganha dimensão superlativa quando a parte prejudicada nem sequer sabe a razão do insucesso de sua empreitada: a conta que não foi aberta, a linha de crédito que não foi concedida, o seguro que não foi aceito, a vaga de trabalho que não foi preenchida. O mercado, pressionado por reguladores, persecutores, pela imprensa e pelo próprio receio de contaminação, converte-se em instância informal de punição, tanto mais perigosa quanto menos sujeita a controle. Pune-se sem julgar, condena-se sem ouvir, executa-se sem título; e, por não se reconhecerem tais condutas como “punição”, elas escapam às garantias que existem justamente para conter o poder de punir.

6. Integridade não se constrói sobre a violação das garantias

Não se argumenta, aqui, de forma irredutível contra o *compliance*. Programas de integridade bem concebidos funcionam como peça indispensável de uma cultura corporativa madura e de um ambiente econômico saudável. O que se sustenta é outra coisa: o *compliance* legítimo não pode ser incompatível com as garantias fundamentais, sob pena de trair sua própria razão de ser. Como demonstrou Luigi Ferrajoli, o garantismo penal não é obstáculo à eficácia, mas *condição de legitimidade* do poder punitivo; qualquer punição que prescin-

da das garantias deixa de ser justiça para tornar-se arbítrio. Não há conformidade verdadeira quando a prevenção de riscos se realiza mediante o atropelo de garantias fundamentais.

A verdadeira conformidade não se esgota na obediência a normas regulatórias: consiste em submeter a gestão de riscos aos limites constitucionais do estado de direito. Significa distinguir, com rigor, fatos comprovados de imputações pendentes; ponderar consequências antes de aplicá-las; reconhecer que o investigado conserva, até o trânsito em julgado, a integralidade de sua presunção de inocência – direito oponível inclusive nas relações privadas das quais dimanam efeitos capazes de reduzir direitos subjetivos. A integridade empresarial não pode ser erguida sobre os escombros da presunção de inocência, porque um sistema que viola garantias fundamentais deixa de ser *compliance* e passa a ser apenas uma forma sofisticada, eficiente e socialmente respeitável de punição sem processo. Resolver esse paradoxo é, talvez, o desafio mais urgente que a maturidade do instituto ainda tem diante de si. ■

Filipe Maia Broeto. Advogado criminalista. Doutorando em Direito Penal. Mestre em Direito Penal Econômico e da Empresa. Especialista em Direito Penal Econômico, Ciências Penais e Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/MT.

Daniel Broeto Maia. Advogado criminalista. Especialista em Direito Penal e Processo Penal, Direito Penal Econômico e Direito Empresarial.