

DIREITOS HUMANOS, *COMPLIANCE* E INDÚSTRIAS EXTRATIVISTAS NA AMÉRICA LATINA¹

HUMAN RIGHTS, COMPLIANCE AND EXTRACTIVE INDUSTRIES IN LATIN AMERICA

Dino Carlos Caro Coria²
Tradução de Rodrigo J. Cavagnari³

RESUMO

O conflito social protagonizado pelo Estado, pelas empresas e pela população das áreas *afetadas* ou *beneficiadas* pelos projetos de extração de recursos naturais executados pelas empresas com a aquiescência do Estado, implica não só a lamentável perda de vidas humanas ou sua qualidade de vida, mas também a suspensão de projetos e a consequente perda de recursos diretamente relacionados às atividades primárias de certos países. No presente trabalho, com diversas questões concretas, tentarei demonstrar que, também neste campo, a incorporação de mecanismos preventivos de cumprimentos normativos pode constituir, entre outras, uma estratégia útil para evitar violações de direitos humanos, sempre que esta se encontre combinada com o exercício responsável das atividades econômicas. Para isso, deve ser exigida uma ação conjunta do Estado e das empresas que atuam no seu território.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Compliance. Indústria Extrativista.

¹ O presente artigo foi apresentado originariamente no Seminário *Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina*, em julho de 2016, no CEDPAL – Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano da Georg August Universität – Göttingen, Alemanha.

² Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Peru, Diretor do *Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. E-mail: ccaro@ccfirma.com

³ Advogado e Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário (*Law Experience*). E-mail: cavagnarir@gmail.com

ABSTRACT

The social conflict carried out by the State, the companies and the community of the *affected* or *benefited* areas by the projects of extraction of natural resources, executed by the companies with the acquiescence of the State, entails not only the unfortunate loss of human lives resources or their quality, but also the suspension of projects and the consequent loss of resources directly related to the primary activities of certain countries. This work, with several more specific issues, try to demonstrate that in this area, the incorporation of preventive mechanisms of normative compliance can constitute, among many others, a useful strategy to avoid human rights violations, always that this is combined with the responsible exercise of economic activities. For this, a joint action by the State and by the companies acting in its territory must be demanded.

Keywords: Human Rights. Compliance. Extractive Industries.

INTRODUÇÃO

Na história dos casos de violação dos direitos humanos das populações indígenas, a experiência latino-americana tem sido, por razões estruturais, especialmente fecunda⁴.

⁴ Aqui basta fazer um pequeno resumo de alguns casos relevantes dos últimos tempos (citados em Böhm, “Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina: dificultades para su imputación y juzgamiento”, en: *Boletín Semestral GLIPGö*, 4, 2012, p. 11 y ss.: a) Caso *Samarco*: Samarco Mineração S.A. é uma *joint venture* de capitais brasileiros, britânicos e australianos. Em novembro de 2015, em Bento Rodrigues, foi destruída uma represa da Samarco, inundando comunidades locais e deixando consideráveis resíduos minerais, lodo e água. Esses resíduos minerais destruíram uma pequena cidade de 650 pessoas e afetaram mais de uma dezena de cidades ribeirinhas, causando, ademais, a morte de 17 pessoas. O caso é considerado como a maior tragédia ambiental provocada pelo homem na história do Brasil. Lamentavelmente, até agora o caso não chegou ao fim para nenhum dos responsáveis; inclusive, o Superior Tribunal de Justiça decidiu suspendê-lo, ao encontrar uma superposição e conflito entre as esferas judiciais (estadual ou federal). De maneira paralela, a empresa Samarco chegou a um acordo com as autoridades brasileiras, a fim de indenizar os afetados, não obstante tal acordo tenha sido declarado nulo por não ter contato com a participação das pessoas afetadas, no processo de negociação; b) Caso *Endesa*: no ano de 2005, a empresa Endesa construiu um reservatório no Alto Bio Bio (zona sul do Chile), sob a proteção militar do governo chileno. Durante o período de construção do reservatório, indígenas (pehuenche mapuche) foram retirados de suas terras ancestrais através de irregularidades administrativas e práticas fraudulentas. Em que pese essa situação, todo protesto era classificado como “ato terrorista”. Devido à participação do exército chileno, a repressão na região foi de tal magnitude que, inclusive, ensejou a aplicação da Lei n. 18314, Lei Antiterror, contra o povo mapuche. Até o momento, a identidade cultural do povo mapuche segue em perigo, pois a zona está sob o controle da Endesa e não há nenhum processo penal por fraude contra os responsáveis, estando pendente um acordo entre as vítimas e a empresa, a partir da intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; c) Caso *Chevron*: um terceiro caso emblemático é o caso Chevron. Entre os anos de 1972 e 1992, a empresa estadunidense Texaco construiu gasodutos entre Lago Agrio e Puerto Esmeraldas, no Equador. Durante estes anos, mais de 18 milhões de galões de tóxicos foram derramados no Rio Amazonas. A contaminação da área foi causada pela negligência da empresa Texaco, ao infringir as normas técnicas de segurança. Ainda que a empresa tenha se retirado da região, no ano de 1995, e tenha iniciado trabalhos de limpeza da zona, o dano ambiental persiste até a atualidade (resíduos tóxicos, vias fluviais contaminadas, as vidas animal e vegetal acabaram devastadas, enfermidades etc.). Bem, a respeito dos empresários existe uma grande dificuldade probatória para esclarecer a causalidade entre a atividade empresarial e a contaminação. Em 1993 foi apresentada uma demanda coletiva nos Estados Unidos com fundamento na ATCA (*Alien Tort Claims Act*); não obstante, em 2012 foi arquivada, sob o critério do *forum non conveniens*, considerando-se que a jurisdição competente era a do Equador. Em 2011, um Tribunal do Equador ordenou a Texaco ao pagamento de 18 milhões de dólares por responsabilidade na contaminação, os quais foram reduzidos, posteriormente, para 9,5 milhões de dólares; todavia, em 2014 a decisão foi declarada inaplicável pelo Tribunal do Distrito Sul de New York, com base na lei RICO, por considerar que a decisão judicial foi resultado de atividades de fraude no Equador; d) Caso *Thyssen Krupp*: finalmente, o último caso é o da empresa Thyssen Krupp (Alemanha), a qual construiu a maior siderúrgica da América Latina na Baía de Sepetiba, no Rio de Janeiro. Embora a população estivesse de acordo com esse projeto, a empresa chegou a ter muito poder na região através de contratos fraudulentos e questionáveis. A contaminação que produziu a empresa foi com arsênio e chumbo no solo, água e peixes, que, ademais, causou um prejuízo às famílias que viviam da pesca. Os casos comentados não são os únicos. Na atualidade, alguns grupos ativistas monitoram o avanço do conflito desta natureza dentro da América Latina. Um exemplo disso é o “Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina” (v. a respeito: <http://www.conflictosmineros.net>). Nessa página se contabilizam um total de 217 conflitos, sendo o Peru o país que conta com a maior quantidade de conflitos na região (um total de 39), enquanto que Guiana Francesa, Paraguai, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela sejam os países com a menor quantidade, contando somente com um conflito dessa natureza dentro de seus territórios. Um conflito de notável envergadura no território peruano foi, por exemplo, o caso do “Proyecto Minero Conga”, na cidade de Cajamarca. Esse conflito socioambiental teve início no ano de 2009, a partir da

Por conseguinte, qualquer abordagem da questão deve começar por reconhecer a situação particularmente delicada em que se encontram numerosos povos e comunidades latino-americanas. De fato, o reconhecimento da relevância desses direitos serve como motivo para desfazer o *dilema* invocado, de maneira implícita, ao enfrentar o problema, comumente identificado como a colisão irresolúvel entre os direitos fundamentais dos povos indígenas e os interesses empresariais. No entanto, a outra razão consiste em não esquecer o papel fundamental desempenhado pelas empresas nas sociedades industrializadas ou nas que ainda estão nesse processo⁵. Para a relevância econômica dos projetos de investimento desenvolvidos pelas empresas extrativistas (em termos *quantitativos*) pode causar um impacto positivo (em termos *qualitativos*) para os cidadãos e para os próprios membros das comunidades indígenas⁶, desde que essa atividade esteja sujeita a mecanismos de controle eficientes. Esta circunstância é inteiramente pertinente ao avaliar o motivo pelo qual, quando confrontado com a *questão empresarial*, deve ter uma disposição favorável à ativação de mecanismos que permitam chegar a um ponto intermediário na aparente disputa entre os interesses das empresas e os direitos fundamentais dos povos.

1 OS ATORES DO CONFLITO

1.1 O ESTADO LOCAL E O ESTADO DE ORIGEM DA EMPRESA E DO ACIONISTA

O Estado local é aquele em cujo território se localiza a empresa e, também, é o proprietário, administrador e garante de seus próprios recursos naturais. Incumbe-se aos Estados um papel essencial a desempenhar na proteção dos direitos humanos, pois eles têm

elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. A população denunciou que o projeto afetaria quatro lagoas da zona. A empresa de minérios Yanacocha respondeu, propondo construir quatro reservatórios para realocar a água das lagoas, os quais triplicariam sua capacidade de reserva. Entretanto, a população não confiou nessa oferta e aduziu que a realização do projeto seria uma ameaça real para os recursos hídricos. Surgiu então o conflito entre as forças policiais e os camponeses, deixando vários feridos.

⁵ Sempre que se trate de uma “atividade empresarial responsável” ou “conforme o direito”.

⁶ Isto requer um adequado funcionamento do Estado (por exemplo, finalizando projetos especialmente dirigidos às comunidades). Não obstante, uma realidade como a latino-americana sugere no nível dos prognósticos que isto, por dizê-lo de algum modo, nem sempre se cumprirá. Isto, todavia, por um lado, não basta para derrotar o argumento consistente no fato de que a atividade empresarial também pode criar condições favoráveis para os povos como potenciais beneficiários finais, e, por outro, mostra claramente que nesses casos a reprovação deveria ser dirigida ao Estado.

o dever de garantir o seu respeito. Portanto, a operação de uma empresa em seu território e a jurisdição constituem mais um caso no qual eles devem cumprir esse dever. A esse respeito, vale a pena destacar o relatório elaborado em 2008 por Ruggie, chamado *Proteger, respeitar e remediar*⁷, no qual foi agrupada uma série de análises e iniciativas dispersas até então. Posteriormente, em 2011, Ruggie apresentou ao Conselho dos Direitos Humanos os chamados “Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e de Negócios”⁸. Nesse relatório, especifica-se que o Estado deve lidar (nessa ordem) com a prevenção, investigação, punição e reparação de casos de abuso contra os direitos humanos. Esta precisão é realizada no contexto do dever de proteção mencionado anteriormente, que o Estado tem em relação aos seus cidadãos, para o qual é necessário, como é óbvio, fazer cumprir as leis aos potenciais infratores (neste caso, as empresas). Naturalmente, esse esforço para materializar o cumprimento da lei pode se manifestar de várias maneiras, como, por exemplo, uma conduta ativa que visa fornecer assessoramento eficaz às empresas sobre o respeito pelos direitos humanos.

No entanto, um fator que não deve ser negligenciado é que a empresa nem sempre provém do Estado em cujo território realiza suas atividades. Na verdade, uma grande parte do protagonismo no campo dos conflitos entre as empresas e os direitos humanos é reservada às chamadas corporações transnacionais, cuja característica mais destacada é o seu maior alcance operacional e sua maior complexidade organizacional. Isso tem implicações muito relevantes porque esta maior organização não implica apenas um maior risco para os direitos das populações, mas também aumenta o problema da eventual determinação da responsabilidade criminal no âmbito da organização. Em qualquer caso, além dessa circunstância, a empresa terá o dever de se adaptar às regulamentações nacionais.

1.2 A EMPRESA

A empresa é a organização que possui o capital. Ela é obrigada a abster-se de infringir os direitos humanos de terceiros e a evitar a ocorrência de alguma violação. Portanto, ela deve suportar as consequências negativas que ocorreram como resultado de sua atividade⁹.

⁷ Ruggie foi nomeado pela Comissão de Direitos Humanos como Representante Especial do Secretário Geral das Nações Unidas para a questão dos direitos humanos e das empresas transnacionais e outras empresas, ao finalizar seu primeiro mandato. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>. Última visita: 5 set. 2017.

⁸ Disponível em: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/media/bhr/files/UNGuidingPrinciples>>. Última visita: 5 set. 2017.

⁹ Aqui vale a pena recordar o que foi assinalado no Guia Prático da ONU: “O descumprimento de uma

Ou seja, a orientação geral de uma empresa deve ser configurada para não violar o direito ou neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupo que favoreçam atos ilícitos¹⁰. Isso porque, em caso contrário, a constituição ontológica do próprio grupo teria que ser questionada desde o início e, em vez disso, consideraria um caso próprio de criminalidade organizada¹¹. Em qualquer caso, o comportamento da empresa é determinado em uma medida que não pode ser negligenciada por seu contexto operacional¹². Com efeito, este definirá o plexo dos direitos humanos que adquire um maior grau de vulnerabilidade. Por conseguinte, as medidas a serem adotadas pela empresa, destinadas a prevenir infrações ao direito, devem ter em conta esta vinculação material. É evidente que também deve ser considerada certa proporcionalidade entre o tamanho da empresa e os riscos que enfrenta. Bem, se a explicação do risco especial da empresa é guiada principalmente pela complexidade das próprias organizações e isso, por sua vez, depende do tamanho do grupo, então o aumento dessa dimensão implicará, em princípio, um maior risco. De qualquer forma, essa dimensão não é absolutamente decisiva, uma vez que uma empresa de pequeno ou médio porte também pode representar sérios riscos para os direitos humanos¹³. Assim, o que se trata aqui é que o tamanho da empresa serve como critério genérico para estabelecer, em um momento anterior, o tipo de procedimento e o nível de exigência genéricos que a empresa deve adotar para a mitigação de riscos¹⁴. Por outro lado, não basta implementar um mecanismo para evitar violações de um direito humano particular, mas será necessário que a empresa monitore seu desenvolvimento e sua eficácia para que, no caso desse não der certo, proceda ao condicionamento imediato do programa.

empresa em sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos pode ter consequências de caráter jurídico, financeiro e para sua reputação”, v. *Guía práctica de la ONU*, p. 16.

¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2013, p. 193.

¹¹ De todo modo, a empresa pode se ver envolvida no aparecimento de consequências negativas através de três formas, a saber: 1) uma causação mediante sua própria atividade; 2) uma contribuição por si mesma ou por meio de outra; e, 3) sua relação comercial com uma empresa que provoca uma consequência negativa. Ver: *Guía práctica*, p. 18.

¹² Isto é reconhecido explicitamente na citada *Guía práctica de la ONU*, nos seguintes termos: “[...] o setor e o contexto operacional em que se desenvolva uma empresa determinarão normalmente quais direitos humanos correm maior risco de sofrer consequências negativas durante o desenvolvimento normal de suas atividades”. *Guía práctica*, p. 24.

¹³ Talvez inclusive maior, como pode ser o caso das empresas de pequeno porte, às vezes inclusive menos controladas do que empresas de médio ou de grande porte. É o caso, por exemplo, da chamada *exploração minerária ilegal* que opera na Bolívia, Peru e Colômbia.

¹⁴ O mencionado relatório de Ruggie descreve o “como” e oferece as pautas da atuação das empresas a efeitos de respeitar os direitos humanos. Com relação a este princípio descreve especificamente três pontos importantes: 1) a existência de um compromisso político, 2) um processo de diligência devida; e, 3) um processo que permita reparar consequências.

Mas, até este ponto, apenas as atividades contextualizadas para a própria atividade da empresa foram discutidas. Em tempos de um crescente recurso à associação com outras empresas, também se torna relevante a questão da redefinição do âmbito de risco (para os direitos humanos) provocado por essa associação. O oposto da ampliação do quadro operacional causado pela associação de empresas é constituído por um aumento do risco de violação de direitos humanos¹⁵.

1.3 A POPULAÇÃO AFETADA

As atividades das empresas estão permanentemente em conflito com os interesses protegidos das comunidades, que, na maioria dos casos, estão em situação de vulnerabilidade devido ao abandono sistemático pelo Estado. Esta constitui uma razão privilegiada ao explicar a reação de algumas comunidades à atividade extrativista de várias empresas: porque as experiências passadas (em que causaram danos enormes ao ambiente das comunidades) e a ausência de uma verdadeira intervenção reparadora ou repressiva do Estado, em muitos casos, contribui para a ativação de mecanismos de “autodefesa” contra essa ameaça. Levando em conta esta última circunstância, o programa normativo de respeito pela ordem jurídica deve incluir, como se verá a seguir, uma dimensão comunicativa apropriada em relação à população potencialmente afetada, de modo que, em um momento anterior, procure dissolver um elemento que contribua para o conflito.

2 CAPACIDADE DE RENDIMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICOS PARA A PROTEÇÃO CONTRA AS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Com o fim de resolver o problema da colisão dos interesses da empresa (que busca a segurança de seus investimentos e que o princípio da autoridade seja respeitado) e os da população, deve-se adotar, em princípio, soluções multidirecionais baseadas nas regras provenientes de diferentes áreas jurídicas.

¹⁵ Naturalmente, a imputação de responsabilidade penal ficará afetada pela natureza do vínculo traçado entre as empresas. Assim, por exemplo, haverá que ter em conta se a empresa cumpre funções de aprovisionamento, financiamento etc. da empresa em cujo âmbito de atuação se produzem as violações de direitos humanos e verificar se em algum caso a atividade da empresa que se vincula a outra se acha no marco do que se denomina risco permitido.

2.1 O ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL

As disciplinas jurídicas que devem ser recorridas como *prima ratio* para evitar o surgimento de conflitos e lesões de bens jurídicos são o direito administrativo sancionador, o direito civil, o direito constitucional etc. De fato, evitar o surgimento do contexto que dá origem ao conflito constitui um desafio que deve ser enfrentado na arena da política estatal. O que significa que a produção do conflito já é um exemplo claro do fracasso da gestão igualitária das áreas de desenvolvimento dos vários grupos sociais. No entanto, uma vez que surge o conflito, a porta se abre para o recurso de uma solução jurídica. Nesta perspectiva, todas essas esferas jurídicas devem constituir o ponto de referência para o estabelecimento de um programa de *compliance* que permita evitar a violação dos direitos humanos, antes e durante a situação de conflito. No caso peruano, as empresas são obrigadas a implementar modelos de prevenção em relação às atividades relacionadas à lavagem de dinheiro, mas não alcança o âmbito dos direitos humanos, que, em vista do crescente conflito social, representa pelo menos um problema pendente para o legislador. Embora a implementação de programas de cumprimento regulamentar não dependa do regime de responsabilidade (penal) das pessoas jurídicas, no âmbito peruano, a responsabilidade administrativa de corrupção de funcionário público estrangeiro foi recentemente regulada¹⁶, que foi estendida aos crimes de corrupção potencial genérico (Art. 397 CP peruano), corrupção ativa específica (Art. 398 CP peruano) e as modalidades de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo¹⁷. Como se verá mais adiante, também poderia ser benéfico para o Estado impor ou obrigar as empresas a implementarem um *compliance* para prevenir futuras lesões de direitos humanos, considerando que estas constituem uma zona de alto risco para atividades comerciais.

2.2 ESCOPO INTERNACIONAL

Embora a violação dos direitos humanos possa levar à ativação de uma perseguição no âmbito internacional, a verdade é que neste nível também existe uma série de limitações que

¹⁶ Mediante a Lei n. 30.424, que regulamenta a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas pelo delito de corrupção de funcionário público estrangeiro. Acesso em: <<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1>>. Último acesso em: 10 out. 2017.

¹⁷ Por meio do Decreto Legislativo n. 1.352, que amplia a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas. Acesso em: <<http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-amplia-la-responsabilidad-administra-decreto-legislativo-n-1352-1471551-4>>. Último acesso em: 10 out. 2017.

acabam clamando a favor da conveniência da implementação de programas de *compliance*. Nesse sentido, embora o Estatuto de Roma (ER) esteja alinhado com a persecução de crimes de transcendência para a comunidade internacional, cuja concorrência não é inteiramente impossível no âmbito da atividade das empresas, a verdade é que o Art. 25 do Estatuto de Roma apenas se refere à responsabilidade individual, e não à responsabilidade corporativa. Por outro lado, embora os sistemas de proteção dos direitos humanos regionais existentes na Europa e na América Latina ofereçam um certo nível de proteção contra as violações de direitos humanos, são limitados, entretanto, à responsabilidade dos Estados.

3 DIREITOS HUMANOS E ATIVIDADE EMPRESARIAL: APENAS *SOFT LAW*

Atualmente, não há consenso na comunidade internacional sobre se as empresas estão sujeitas a obrigações jurídicas em matérias de direitos humanos no âmbito do direito internacional¹⁸. Este debate se originou na década de 70 do século passado. Em 1973, foi criada uma Comissão das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais, que preparou um projeto de Código de Conduta das Nações Unidas para Empresas Transnacionais, que finalmente fracassou no intento de estabelecer diretrizes sociais e ambientais para as empresas. Três anos depois, em 1976, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotou as Diretrizes para Empresas Multinacionais. Em 1997, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) adotou a Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais, que pela primeira vez abordou explicitamente questões de direitos trabalhistas consideradas no catálogo universal de direitos humanos¹⁹.

Um segundo momento em relação à determinação das obrigações de direitos humanos para as empresas pode ser identificado com a adoção do Pacto Mundial, desenvolvido a partir da proposta do Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, entregue em 1999, antes do Fórum Econômico Mundial. O Pacto Mundial não tem força vinculante, mas constitui um instrumento de *soft law*. Portanto, não impõe funções de vigilância, nem supervisiona ou avalia as ações das empresas. No entanto, através do Pacto Mundial, foram fixados dez princípios que gozam de certo consenso universal devido à sua proveniência de tratados de direitos humanos²⁰.

¹⁸ Ver no mesmo volume, o artigo de Bradi: “La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos”.

¹⁹ Cfr. López, C., “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”, in: *Aportes DPLF. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, 2011, p. 7.

²⁰ A saber: as empresas devem i) apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos dentro de seu âmbito de influência; ii) assegurar que não serão cúmplices na violação dos direitos humanos; iii) apoiar a liberdade de afiliação e o reconhecimento efetivo do direito

Por outro lado, em 2003, a Subcomissão das Nações Unidas para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos adotou as *Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos*²¹. Não obstante essas normas façam parte da *soft law*, elas estabelecem, pela primeira vez, obrigações internacionais (ainda que políticas) para as empresas, afirmando que:

Os Estados têm a responsabilidade primordial de promover e proteger os direitos humanos consagrados na legislação internacional e nacional, assegurar que sejam cumpridos, respeitá-los e fazê-los respeitar, inclusive garantindo que as empresas transnacionais e outras empresas comerciais respeitem os direitos humanos [...]²².

Posteriormente, em 2011, *Ruggie* apresentou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU os *Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresariais*, que representam, até agora, a “experiência mais evoluída de pesquisa, sistematização e debate sobre direitos humanos e empresas em uma escala global”²³. Nas palavras de *Ruggie*,

o contributo normativo dos Princípios Reitores não está na criação de novas obrigações do direito internacional, mas em esclarecer as implicações das normas e métodos atuais para os Estados e para as empresas; para integrá-los num único

à negociação coletiva; iv) apoiar a eliminação de toda forma de trabalho forçado ou realizado mediante coação; v) apoiar a erradicação do trabalho infantil; vi) apoiar a abolição das práticas de discriminação no emprego e na ocupação; vii) manter um enfoque preventivo que favoreça o meio ambiente; viii) fomentar as iniciativas que promovam maior responsabilidade ambiental; ix) favorecer o desenvolvimento e a difusão das tecnologias com respeito ao meio ambiente; e, x) trabalhar contra a corrupção em todas as suas formas, incluindo a extorsão e o suborno. Ver a respeito: <<http://www.pactomundial.org/category/aprendizaje/10-principios>>. Último acesso em: 4 jan. 2017).

²¹ Aprovada no 22º período de sessões, no dia 13 de agosto de 2003. Veja-se o parágrafo 20 das “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”. De acordo com tal instrumento, é aplicável tanto a empresas transnacionais como a outras empresas comerciais, definindo-se “empresa transnacional” como um ente econômico que realiza atividades em mais de um país ou como um grupo de entidades econômicas que realizam atividades em dois ou mais países, qualquer que seja a forma jurídica que adote, tanto em seu próprio país como no país da atividade e já seja que se considere individual ou coletivamente. Assim mesmo, define-se “outra empresa comercial” como qualquer entidade comercial, seja qual for o âmbito internacional ou nacional em que desenvolva suas atividades, se se trata de uma empresa transnacional, contratada, subcontratada, provedora, concessionária ou distribuidora, de sua forma de associar-se ou integrar-se, de qualquer outra forma jurídica utilizada para constituir esse ente empresarial ou do tipo de direito de propriedade do ente. Cabe destacar que dentro desta definição, deve ser previsto que se presumirá a aplicabilidade das normas, caso a empresa comercial tenha algum tipo de relação com uma empresa transnacional, ou se os efeitos de suas atividades não seja, totalmente locais nem suponham violação alguma do direito à segurança.

²² Veja-se o preâmbulo das “*Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos*”.

²³ Ver: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), “Proteger, Respetar y Remediar”, 2012, p. 7, accesible en: <https://pactoglobal.org.ar/wp-content/uploads/2015/02/Gu--a_Empresas-y-Derechos-Humanos.pdf>. Último acesso em: 10 out. 2017.

modelo logicamente coerente e inclusivo; e em reconhecer os pontos fracos do sistema atual e as possíveis melhorias²⁴.

Também em 2011 foram revisadas as *Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*, que constituem recomendações dirigidas pelos Estados a empresas multinacionais que operam em países aderentes ou que têm sua sede nelas²⁵.

4 PRINCÍPIOS ORIENTADORES: OBRIGAÇÕES DAS EMPRESAS NO DOMÍNIO DOS DIREITOS HUMANOS

Os riscos da empresa para os direitos humanos estão limitados às atividades empresariais que os afetam diretamente. Portanto, para sua prevenção, as empresas devem se encarregar de um gerenciamento de risco correto que minimize a consequência real e/ou potencialmente negativa de afetar os direitos humanos. Voltando ao ponto, intensamente debatido a nível internacional, com base na questão relativa à obrigação das empresas de respeitar os direitos humanos²⁶, os esforços mencionados pela ONU²⁷ e pela OIT, por meio da *Declaração Tripartida de Princípios sobre as Empresas Multinacionais*, mostram claramente que o esforço para alcançar a regulamentação normativa por parte das organizações internacionais têm sido uma preocupação constante. No entanto, este esforço

²⁴ Veja-se o Relatório do Representante Especial do Secretário Geral para a questão dos direitos humanos e as empresas transnacionais e outras empresas, *John Ruggie*: “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, de 21 de marzo de 2011, Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones Tema 3 de la agenda, parágrafo 14.

²⁵ A respeito das diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) assinala o seguinte: encontram-se constituídas por princípios e normas não vinculantes para uma conduta empresarial responsável dentro do contexto global, em conformidade com as leis aplicáveis e às normas reconhecidas internacionalmente. As Diretrizes constituem o único código de conduta empresarial responsável, exaustivo e acordado multilateralmente, que os governos se comprometeram a promover. Ver: OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, Revisión 2011, OECD Publishing, 2013. As mencionadas normas “não constituem obrigações jurídicas internacionais para as empresas, toda vez que não contam com mecanismos, órgãos ou procedimentos que permitam estabelecer responsabilidades empresariais derivadas de seu desconhecimento ou descumprimento; estas normas se limitam a consagrar um tipo de responsabilidade de ordem político, mas não jurídico”, Ver: GALVIS, M. La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional. *Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, p. 12.

²⁶ Ver a respeito, no mesmo volume, o artigo de Bradi: “La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos”.

²⁷ Cfr. LÓPEZ HURTADO, C. “Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional”, in: *Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, 15, p. 7.

não ganhou força decisiva devido ao caráter de *soft law* das tentativas regulatórias, com as quais a garantia de sanções contra as empresas acabou vazia de uma base jurídica efetiva.

De qualquer forma, a discussão assumiu uma perspectiva que distingue a posição que ocupa, por um lado, o Estado e, por outro lado, as empresas. Nesse sentido, a estrutura do Relatório Final de *Ruggie* identificou os autores, suas obrigações e as medidas que devem ser tomadas em caso de violação de qualquer direito. O relatório de *Ruggie* circunscreve o papel da empresa em relação ao respeito pelos direitos humanos, identificando o Estado como o portador do papel *principal*²⁸. Nesse contexto, deve-se notar que a obrigação específica da empresa consiste em se abster de infringir os direitos humanos, assim como em cuidar das consequências negativas quando tal infração já ocorreu²⁹. Embora o Princípio 14 comece com a ideia central de que todas as empresas têm a obrigação de respeitar os direitos humanos de terceiros, no entanto, nada diz sobre como isso acontece. Por conseguinte, vários critérios são considerados nesse ponto: i) em princípio, as medidas a serem adotadas pela empresa para evitar infrações devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre a sua dimensão e os riscos. Isso significa que a dimensão da empresa será um elemento determinante da extensão e das características do programa de *compliance*; ii), por outro lado, a declaração sobre a vontade da empresa de respeitar os direitos humanos deve vir da mais alta administração como um sinal da considerável relevância que isso tem para a empresa, iii) esta declaração deve certamente vir de um assessoramento especializado (interno ou externo), uma vez que a especialização é vital quando se identificam possíveis âmbitos de perigo para os direitos humanos. Do mesmo modo, não se deve esquecer que o conteúdo da declaração deve ser projetado para o dinamismo característico da situação dos direitos humanos. Este princípio é extensivo e envolve não apenas o pessoal que trabalha na empresa, mas também os terceiros que possam se relacionar com ela. O objetivo é alcançar, com uma dose adequada de eficácia, a instância social anterior caracterizada pela desconfiança (justificada) das populações normalmente afetadas e reverter esse quadro até que a comunidade possa confiar que a

²⁸ De acordo com o relatório no caso de uma empresa que esteja abaixo do controle de um Estado ou seus atos possam ser atribuídos por alguma razão a este, o Estado (ante a comissão de uma violação por parte da empresa) poderia se ver implicado, ao se considerar que a violação é sua, o que principalmente dependerá da proximidade entre ambos os autores. Assim também, *Böhm* indica que “a responsabilização dos Estados nos casos em que suas empresas participem na violação de direitos humanos dependerá unicamente do grau de vinculação entre o Estado e a atividade empresarial”. Ver: *Böhm, M. “Empresas transnacionales y violaciones de Derechos Humanos en América Latina-Dificultades para su imputación y cumplimiento”*, em: *Boletín semestral GLIPGö*, n. 4, Jul./Dic. 2012, p. 21.

²⁹ Ver a respeito o Princípio n. 11. Note-se que o mandamento é contundente: não fazer, evitar. Assim mesmo deve se recordar que “o descumprimento de uma empresa em sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos pode ter consequências de caráter jurídico, financeiro e para sua reputação”.

atividade da empresa é efetivamente orientada para o respeito dos direitos humanos. Isso pressupõe enfatizar a identificação da política contida na declaração com um valor geral da empresa, ou seja, o fundamento que informa a cultura empresarial que, por sua vez, permeia a atividade de trabalhadores e funcionários.

Isso exigirá atenção para a chamada diligência nos direitos humanos³⁰. Conforme mencionado, toda empresa é obrigada a controlar os riscos gerados por sua própria atividade³¹, contra a qual será necessário adotar as medidas preventivas correspondentes³². Isso porque, tal diligência pode ser caracterizada como o processo consistente na contemplação e execução de todos os mecanismos que tornam previsível alguma violação dos direitos humanos pela empresa e que permitem demonstrar que a empresa tomou medidas razoáveis para impedi-lo, então o tempo ideal para realizá-lo será a partir do momento do planejamento da realização da atividade empresarial. De qualquer forma, como já disse, não será suficiente implementar um mecanismo de prevenção contra a violação dos direitos humanos, mas será necessário que a empresa monitore seu desenvolvimento e o grau de eficácia para a avaliação de possíveis modificações³³.

5 OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS RELATIVOS À PREVENÇÃO DE COMPORTAMENTOS CONTRÁRIOS AO DIREITO INTERNACIONAL

Os Estados têm o papel de garantir a proteção dos direitos humanos. Se alguém assumisse a tarefa de expressar uma breve fórmula geral em relação ao cargo de Estados e empresas em relação aos direitos humanos, então teria que afirmar que, enquanto os Estados os protegem, as empresas os respeitam. Esta circunstância é totalmente relevante porque o Estado que tem uma empresa dentro de sua jurisdição assumirá o dever de proteger os direitos humanos diante de qualquer cenário de violação. Isto é reconhecido

³⁰ Ver a respeito o Princípio n. 17.

³¹ O devido controle implica que a empresa trata de se organizar de tal forma que em sua atuação não se produzam danos delituosos em seu favor. Não se trata de evitar todo risco, e sim os riscos não permitidos, e que os permitidos não rebaixem o limite do tolerável. Cfr. LASCURÁIN, J. A. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **El derecho penal económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 125.

³² A ONU entendeu a “devida diligência” como “a medida de prudência, atividade, ou assiduidade que razoavelmente se pode esperar e com a qual normalmente atua uma (pessoa) prudente e razoável, em certas circunstâncias determinadas; não se mede por uma norma absoluta, e sim dependendo dos fatos relativos aos casos em questão”. Ver: La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. **Black’s Law Dictionary**. 6th. St. Paul, Minnesota, West, 1990.

³³ Tal como consta no Princípio n. 20.

pelo mesmo relatório de Ruggie³⁴, que afirma que o Estado deve se ocupar em (nessa ordem) prevenir, investigar, punir e reparar violações contra os direitos humanos. Como pode ser facilmente constatado, isso não é mais do que a concretização do dever geral do Estado de proteger seus cidadãos, para os quais deve fazer cumprir as leis a todos os infratores em potencial (neste caso, as empresas). Em qualquer caso, este aspecto deveria ser complementado por uma conduta ativa dirigida ao assessoramento eficaz no que diz respeito ao efetivo respeito dos direitos humanos³⁵.

5.1 COMPLIANCE: COMO AS EMPRESAS SE AUTORREGULAM PARA PREVENIR DANOS AO MEIO AMBIENTE OU À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

De acordo com o Relatório Final da ONU, ficou estabelecido que as empresas deveriam ser organizadas de tal forma que o risco implícito de suas atividades econômicas não acabasse violando os direitos humanos. Na verdade, isso é ainda mais exigente quando se trata de empresas envolvidas em atividades extrativistas, uma vez que esse tipo de atividade não só coloca as pessoas em risco, mas também o meio ambiente. Esta tarefa de prevenção de riscos deve ser assumida através de um programa de *compliance*. Como é sabido, o *compliance* consiste em um programa de cumprimento de exigências normativas incorporadas no respectivo sistema jurídico por parte do legislador. Para isso, a mesma empresa deve assumir a função de monitorar, supervisionar e controlar as fontes de risco geradas por sua atividade³⁶. Vale dizer, as empresas devem implementar uma cultura de cumprimento eficaz para evitar comportamentos irregulares que possam gerar a violações de direitos humanos. Para que as empresas adotem um programa de *compliance* adequado, vários aspectos devem ser levados em consideração³⁷. Além do tamanho da empresa, que foi

³⁴ Cfr. Princípio n. 1.

³⁵ O Princípio n. 7 segue essa mesma lógica do Estado a respeito da empresa. Isto foi pensado para aqueles casos em que novas empresas cheguem em territórios estrangeiros, nos quais é possível que estas desconheçam o ordenamento jurídico territorial (leis, regulamentos, política etc.). Aqui resulta lógico o ativismo estatal enquanto a assessoria seja considerada necessária.

³⁶ Desse modo, os programas de *compliance* oferecem às empresas a oportunidade de definir campos de ação e evitar zonas criminógenas (que possam ter inclusive efeitos penais). Cfr. SIEBER, U. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **El derecho penal económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 91.

³⁷ Com profundidade sobre as características centrais e conteúdo essencial dos programas de *compliance*, veja-se: ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de

referido anteriormente, devemos considerar a reviravolta do negócio, o capital empresarial com o qual se pode contar, o tipo de local onde as operações são realizadas, entre outros fatores que podem depender da atividade específica desenvolvida pela empresa³⁸. É evidente que, também aqui, o requisito geral de qualquer programa de *compliance* é totalmente aplicável: isto é, a implementação do programa deve representar a vontade real da empresa de constituir um sistema adequado para a prevenção de resultados lesivos e não um mero pretexto para impedir ou enfraquecer a imputação da responsabilidade criminal dos diretores³⁹. Isso implica em dizer que os esforços do programa de cumprimento normativo devem ser dirigidos a evitar violações de direitos humanos. Tanto as *Directrices da OCDE* quanto os *Princípios Orientadores das Nações Unidas* introduziram na elaboração de seus trabalhos o desenvolvimento de modelos de prevenção em relação à violação dos direitos humanos. Na verdade, mesmo que, de uma perspectiva puramente deontológica, isso possa ser questionável, o fato é que também é conveniente para a empresa assumir um programa efetivo de *compliance*, pois o contrário pode resultar em consequências tão perigosas (por exemplo, um alto custo de reputação) que poderia até levar à aniquilação do grupo⁴⁰. Por outro lado, o programa de *compliance* deverá considerar a circunstância

gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y Compliance**: programas de prevención, detección y reacción penal. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2014, p. 239-265.

³⁸ Em linhas gerais, quanto maior seja a organização, mais formal e extenso deve ser o programa de *compliance*. Nesses tipos de organizações, o *compliance* deverá ser conduzido por um departamento distinto do resto dos setores da organização. Assim mesmo, o tipo de atividade ou atividades às quais se dedica a empresa deve focar em quais riscos deve detectar e até onde pode orientar os controles. Finalmente, deve-se analisar os fatos onde a pessoa jurídica está imersa em um procedimento penal, cuja análise proporciona chaves sobre as áreas de sua atividade que estão mais expostas ao risco penal. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Civitas; Thomson Reuters, 2012, p. 207.

³⁹ A respeito, Rotsch afirma que “*Quién [...] tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de Compliance dirigida de forma singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados. La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde un punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (Palabras clave: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva. Un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva*” – ver: ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, v. 01, n. 18, jan 2012, p. 5-6.

⁴⁰ Assim, o cumprimento do direito, finalmente, não se esgota em uma questão ética, e sim que adquirirá também um significado econômico, traduzido em perdas que podem afetar a empresa em seu capital,

de que, no caso de empresas envolvidas em atividades extrativistas (ou de complexidade singular), a cadeia de comércio se estende e, portanto, deverá incluir medidas destinadas a mitigar riscos que surgem dessa associação⁴¹.

6 CAPACIDADE DE RENDIMENTO DO COMPLIANCE

Como assinala em outra ocasião⁴², à primeira vista, o *criminal compliance* parece ser uma derivação ou uma consequência do moderno princípio da precaução, tão conhecido no Direito Ambiental ou na responsabilidade pelo vício do produto⁴³, segundo o qual, com base no antigo princípio romano “quem causa um dano a outro estará obrigado a indenizá-lo”⁴⁴, então “quem gera a possibilidade, o risco ou o perigo de dano, está obrigado a controlá-lo”. Assim, o *compliance* se perfila como parte de um programa racional para reduzir o chamado “*custo dos acidentes*”⁴⁵ em geral e dos crimes em particular⁴⁶. No entanto, a evolução dos sistemas de *autorregulação* nos últimos 40 anos não foi precisamente uma obra de regulamentação autoimposta, os empresários não acordaram um dia pensando que suas empresas também deveriam contribuir para a “construção de um mundo melhor”, sem nenhuma criminalidade empresarial, sem nenhum crime de colarinho branco. O *compliance* é um produto inacabado devido à convergência de múltiplos fatores⁴⁷: 1) leis estatais ou também supranacionais, algumas,

sua autorização para operar e reputação, pela imposição de sanções de índole administrativas ou penais. Cfr. BACIGALUPO, E. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 2011, p. 34.

⁴¹ Cfr. SLACK, K. Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina. **Aportes DPLF**, v. 4, n. 15, Set. 2011, p. 4. De acordo com um relatório de Slack, a atividade extrativista na região Sul-americana experimentou um crescimento. O autor indica que países como Peru e Chile viram aumentar seus índices de crescimento graças à exportação de minerais, que o petróleo, no caso da Venezuela e do Brasil, fez com que se projetassem para o plano mundial, e que países onde a atividade extrativista não era uma de suas principais características, tais como Argentina, Guatemala, Honduras e El Salvador, despertaram o interesse de empresas transnacionais que pretendem aproveitar os altos preços do ouro, petróleo e outros minerais. Não obstante, o autor postula também que, em contrapartida da bonança econômica, o preço que se deve pagar é muito alto e está representado pelas violações de direitos humanos em prejuízo das comunidades onde se desenvolve a atividade extrativista.

⁴² CARO CORIA, D. C. “Recensión”, ZIS 2/2016, p. 152.

⁴³ Id. **Derecho penal del ambiente**. Lima: Horizonte, 1999, p. 131-132.

⁴⁴ Inst. 4.3, com referência à Ley Aquilia. De Trazegnies Granda, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, T. I., Lima, PUCP, 1988, p. 29-30.

⁴⁵ CALABRESI, G. **El coste de los accidentes**. Barcelona: Ariel, 1984, p. 44-46, em especial: *los costes de prevención o costes primarios*.

⁴⁶ CARO CORIA, D. C. **La protección penal del ambiente**. Lima: BM&U, 1995, p. 81.

⁴⁷ ADAINTE, E.; NIETO MARTÍN, A. Problemas fundamentales del compliance y el Derecho penal. In:

inclusive, como simples *soft law*, em áreas específicas para a prevenção de lavagem de dinheiro, corrupção pública e privada, riscos trabalhistas, ambientais etc., que impõem às empresas um sistema de autorregulação normativa; 2) boa governança corporativa orientada para a “*luta contra o abuso de poder nas corporações*”; 3) códigos de ética promovidos por organizações como a ONU ou a OCDE, como meio de prevenir a criminalidade das empresas globais; 4) o desenvolvimento da chamada Responsabilidade Social Empresarial; 5) a expansão dos sistemas de auditoria interna; 6) e dos mecanismos de certificação de padrões de qualidade (normas ISO, UNE etc.); e 7) a responsabilidade penal da pessoa jurídica com a mensagem de que um sistema adequado para prevenir e detectar eventos delitivos pode exonerar ou atenuar a penalidade da corporação. O banco em que o valor dos programas de *compliance* foi colocado à prova não foi diferente da casuística comparada já profusa, a qual geralmente explica o fracasso total ou parcial desses programas na prevenção de riscos penais e de seu valor excepcional para evitar a comissão de crimes ou, em seu caso, as consequências criminais, civis e de reputação, contra a empresa e seus órgãos de administração.

Esta casuística, a confirmação prática de que esses casos existem e estão de uma certa maneira “em nossas mãos”, como se refletiu no escândalo da Siemens – para citar o caso mais conhecido na Alemanha – retroalimenta esses fundamentos do *compliance* desde suas bases no sistema americano, trata-se da *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* ou *Lei de Práticas Corruptas no Exterior* de 1977, que é o instrumento mais poderoso do mundo para a prevenção e a persecução de casos de corrupção transnacional e que inspirou e inspira regulamentos europeus e ibero-americanos, sua interpretação e aplicação prática, até os dias de hoje, com particular intensidade nos últimos anos, ao ponto que alguns penalistas acreditam ver no *compliance* uma ótima solução para o grande mal que é a criminalidade empresarial. Assim, fala-se, por exemplo, não sem exagero e com certa leveza, de um Direito Penal na “era do *compliance*”, ou de uma ciência penal do *compliance*, quando há mais perguntas do que respostas sobre o que o Direito Penal pode contribuir para o desenvolvimento do *compliance*⁴⁸, e me refiro, com isso, acerca de toda a parte que não é Direito Penal em sentido estrito nem se relaciona diretamente ao trabalho do jurista, como a elaboração de matrizes de risco, a identificação de medidas de mitigação desses riscos, o acompanhamento de programas de prevenção e sua certificação etc.

KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTÍZ DE URBINA, I. (Ed.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23-26.

⁴⁸ ROTSCH, T. Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance. **Anuario de Derecho Penal Económico y dela empresa**, Lima, n. 1, v. 3, jun. 2015, passim.

Neste contexto, o sistema de *compliance* é entendido atualmente como uma autorregulação normatizada⁴⁹. Isso significa que a adoção do modelo de prevenção dentro de uma empresa não pode ser voluntária, e sim obrigatória⁵⁰. Esta regra deve ser imposta na primeira linha pelo Estado receptor (ou Estado local), e considerando que a transcendência dos bens jurídicos envolvidos não pode ser entendida, em termos de proporcionalidade, na medida em que os Estados obrigam legalmente determinados sujeitos para implementar modelos de prevenção contra a lavagem de dinheiro ou contra a corrupção, e não estabelecem a obrigação jurídica de sustentar modelos para prevenir danos ambientais (*compliance* ambiental), danos aos trabalhadores (*compliance* laboral e combate ao tráfico de pessoas) ou aos direitos humanos em geral (*compliance* em direitos humanos). Da mesma forma, não é razoável que os Estados subscrevam com as empresas as cláusulas sobre estabilidade jurídica, estabilidade fiscal ou cláusula anticorrupção, e as cláusulas que obrigam as empresas a evitar práticas prejudiciais aos direitos humanos não estejam incluídas nesses contratos.

Mas, além disso, o *compliance* nos direitos humanos deve ser imposto pelo Estado de onde os investimentos provêm, por exemplo, por intermédio de mecanismos que permitam a remoção do véu societário ou o primado da realidade no caso de empresas *offshore*. Esta implementação do modelo de prevenção é independente da existência ou não do sistema de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, pelo simples motivo de que além do modelo de responsabilidade penal adotado por um Estado terá que ser prevenido (mediante um programa de *compliance*) a produção de resultados lesivos contra bens jurídicos. Esta tarefa de prevenção envolve a preparação de um programa interno de *compliance* da empresa, o qual deverá identificar os riscos enfrentados pela atividade da empresa e a forma de impedir que eles demandem resultados lesivos.

⁴⁹ O fenômeno da autorregulação normatizada ou *enforced self regulation* alude à exigência legislativa orientada à adoção de medidas de organização para a prevenção de delitos no seio da empresa, medidas que respondem ao interesse público e que são controladas *ex post* pelo Estado. A empresa se converte assim em um *colaborador* do legislador penal. Por todos, ver SIEBER, U. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa**: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica, *ibidem*, p. 77; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *ibidem*, p. 192 e 193; NIETO MARTÍN, A. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Lustel, 2008, p. 218 e ss.; GONZÁLEZ SIERRA, P. **La imputación penal de las personas jurídicas**: Análisis del art. 31 bis CP. Valencia: Triant lo Blanch, 2014, p. 384 e ss.; COCA VILA, I. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.). MONTANER FERNÁNDEZ, R. **Criminalidad de empresa y compliance**: prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013, p. 51; BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. **Criminal compliance y personas jurídicas**. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 144.

⁵⁰ “Esta estrategia confía en que imponiendo una consecuencia jurídica desfavorable a una empresa, ésta modificará su organización y con en ello su comportamiento en el sentido deseado. Para el intervencionismo no representa ningún tabú regular cómo debe organizarse internamente la empresa” (NIETO MARTÍN, A. *Ibidem*, p. 219).

Além disso, o *compliance* envolve o Estado local no desenho de processos transcendentais para evitar esses riscos. Um exemplo de tais processos poderia ser a aprovação de estudos de impacto ambiental, licenças ou mecanismos para consulta prévia. O estudo de impacto ambiental (EIA) é um procedimento técnico que estuda, identifica e calcula os possíveis efeitos negativos (sempre referidos ao meio ambiente) que poderiam ser considerados como resultado de um determinado projeto. Os resultados deste estudo permitem que a administração pública determine a aceitação, a rejeição ou modificação da solicitação. No entanto, a execução deste procedimento envolve algumas dificuldades. Assim, temos: i) o Estado local muitas vezes apresenta fraquezas nas técnicas de avaliação de EIA, uma vez que muitas vezes a logística necessária não está disponível (pessoal adequado e suficiente para avaliar cada projeto prontamente); ii) além disso, a manipulação de dados no quadro de avaliação como consequência de atos de corrupção constitui um fator que não deve ser negligenciado. Esta última circunstância é agravada em países com Estados fracos. No Peru, por exemplo, a administração é caracterizada por uma cultura burocrática inundada com procedimentos “(des)necessários” para se obter uma autorização⁵¹. Por outro lado, a consulta prévia constitui um mecanismo de consulta para os habitantes e ocorre antes da implementação de uma medida legislativa ou administrativa que afete diretamente o território e o ambiente em que vivem, bem como sua qualidade de vida, identidade cultural, direitos coletivos etc. Este mecanismo é desenvolvido através de um diálogo entre as autoridades estatais e os próprios habitantes para evitar futuros conflitos⁵².

Embora ambos os mecanismos possam ser úteis para fortalecer o *design* dos requisitos impostos aos programas de *compliance* e evitar que os riscos inerentes a qualquer atividade comercial acabem sendo traduzidos em resultados lesivos, deve reconhecer-se que a forma como esses requisitos devem ser especificados constitui, contudo, uma tarefa deixada aos diversos aspectos que envolvem a atividade concreta da empresa e depende do contexto em que ela opera, sem esquecer, é claro, a realidade de cada sociedade em que apresente a necessidade de resolver um conflito. Na verdade, o mesmo ente transnacional de operações impõe a necessidade de adaptar a empresa à realidade concreta de cada país onde atua.

⁵¹ As populações jogam um rol importante e, diante da implementação de uma atividade extrativista dentro de seu território, podem, em geral, ser conduzidas de duas maneiras: de um modo passivo ou se opor absolutamente à execução dos projetos.

⁵² Este mecanismo constitui uma concretização da denominada participação cidadã, a qual tem como fundamento o direito de todo cidadão a fazer parte das decisões públicas (mais ainda quando ela tem uma direta repercussão em sua vida diária). Os titulares deste direito serão os representantes legítimos da população (povos indígenas ou originários) que vivam dentro do âmbito territorial dentro do qual se acha planificada a realização de um projeto extrativista e que possam resultar afetados por este.

No entanto, para além deste desafio de adaptação provocado pela operação em escala internacional, cuja superação, como mencionado, exige um exercício sério de introspecção empresarial e de análise de negócios do entorno onde a organização opera, deve-se afirmar que os programas de *compliance* constituem-se como uma alternativa útil quando se trata de situações nas quais a atividade comercial pode representar riscos para os direitos humanos. Naturalmente, o sucesso desta estratégia de mitigação de risco baseia-se na concepção, implementação e monitoramento inclusivo de vários fatores (mencionados nesta contribuição) e no envolvimento de todos os atores no conflito, especialmente, o Estado, como portador especial do dever de proteção de seus cidadãos. Bem, apenas desta forma é possível garantir uma antecipação da empresa aos eventuais resultados lesivos de sua atividade e, com ela, refletir plenamente a necessidade de combinar atividades econômicas e o respeito dos direitos dos membros de todas as comunidades. De fato, essa antecipação é a manifestação mais óbvia da gravidade do esforço para impregnar a atividade da empresa com uma cultura de *compliance* com o sistema jurídico e pode servir para demarcar no futuro a separação entre empresas que se esforçam para respeitar os direitos seres humanos e organizações orientadas para o lucro a todo custo, as quais, sem dúvida, não deveriam ter lugar nas sociedades que respeitem os direitos humanos.

A análise do funcionamento do *compliance* norte-americano e das instituições que o apoiam é um ponto de partida necessário para posteriores trabalhos de comparação e de abordagem dos desenvolvimentos que estão ocorrendo em sistemas como o alemão, onde há apenas alguns anos o *compliance* tem merecido a atenção da comunidade científica, apreciando uma progressiva sistematização dos principais aspectos dogmáticos, de parte geral e especial – se cabe a expressão – e processuais do *compliance*⁵³. O valor desta tarefa se estende a ordenamentos jurídicos como o espanhol, onde estão sendo realizados esforços similares de sistematização⁵⁴ com a adição, ao contrário da Alemanha, que vige desde 2010 a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliada ou aperfeiçoada recentemente pela Lei Orgânica 1/2015, vigente desde 1º de julho, e que estabelece, por exemplo, a exclusão da responsabilidade penal da empresa que anteriormente possua um adequado sistema de *compliance* ou uma redução de pena se o programa de *compliance* for imperfeito ou se for estabelecido somente após a ação delituosa, deixando abertas questões importantes como se essa exclusão de punição se baseasse dogmaticamente em critérios de imputação objetiva como o risco permitido, ou se o fato de que uma redução

⁵³ Vid. por todos ROTSCH, T. (Ed.). **Criminal compliance, Handbuch**. Baden-Baden: Nomos, 2015.

⁵⁴ Vid. especialmente NIETO MARTÍN, A. **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

da penalidade for permitida quando o programa for estabelecido *ex post* talvez implique assumir uma regra apenas explicável na categoria da punibilidade, a partir da teoria da pena ou de acordo com o critério eficiência processual, que pode ser reforçado pelo dado de que, mesmo quando o programa é anterior ao evento criminal, este deve contemplar, para obter a exclusão da pena, que os órgãos da empresa devem observar uma conduta de permanente cooperação com a justiça e com as autoridades em momentos muito posteriores à comissão do delito, durante o processo criminal, como dá conta o famoso caso Morgan & Stanley⁵⁵.

CONCLUSÃO

No âmbito do direito internacional, a existência de obrigações jurídicas vinculantes para as empresas em matéria de direitos humanos ainda não está definida, mas, tão somente, obrigações de índole política que vinculam as empresas privadas com o respeito e garantia dos direitos fundamentais. Essas obrigações políticas ou de boa vontade são emanadas de instrumentos internacionais, próprios da denominada *soft law*. Consequentemente, ainda não foi estabelecida a competência dos tribunais internacionais para conhecer das possíveis violações dos direitos humanos por parte das empresas, razão pela qual a análise da responsabilidade internacional é limitada apenas aos Estados. Diante disso, os modelos de prevenção (*compliance*) constituem uma ferramenta valiosa a partir da qual as empresas podem se valer para enfrentar os riscos que, durante o desenvolvimento de sua atividade, pudessem causar repercussões graves e diretas sobre os direitos humanos. Com esse fim, a instauração e a manutenção de programas de *compliance* deverão levar em conta os elementos específicos do conflito que poderia surgir de sua atividade extrativista, para o qual podem ser de valiosa ajuda alguns mecanismos já conhecidos, como a consulta prévia ou os estudos de impacto ambiental.

Em um mundo econômico sem limites, em vez do risco de um “*compliance* sem limites”⁵⁶, existe o perigo de uma criminalidade econômica e comercial também ilimitada ou transbordante, que, em muitos casos, adquire as nuances ou a mistura com as formas de criminalidade organizada e de Estado, como já foi exposto, por exemplo, nas primeiras

⁵⁵ CARRIÓN ZENTENO, A. **Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento**. Lima: Thomson Reuters, 2015, p. 100-102.

⁵⁶ ROTSCH, T. Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance. **Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa**, Lima, n. 1, v. 3, jun. 2015, p. 29.

condenações para os casos da Petrobras e da Odebrecht na região latino-americana, empresas brasileiras nas quais, como no caso da Siemens, a existência de medidas de *compliance*, códigos de conduta e sistemas internos de denúncia que agora parecem simples fachada ou “*saudação à bandeira*”, não impediu o conluio de seus funcionários com particulares em contratações e licitações, em troca de milionárias somas de dinheiro, que, há anos, foram maquiadas nas contabilidades como pagamentos por serviços de diversas empresas *offshore* e lavadas por complexos esquemas de engenharia financeira. Isso traz novas perguntas à baila: o Estado e seus entes podem assumir verdadeiros programas de *compliance*, incluindo o de direitos humanos? A autorregulação do Estado é conveniente? O *compliance* deve se limitar à prevenção de risco empresarial ou deve ser estendido à prevenção da criminalidade organizada empresarial? A literatura ainda parece estar atrás dessas questões práticas, se o *compliance* implica o estabelecimento de uma cultura corporativa de cumprimento, em países que enfrentam altos níveis de informalidade e corrupção privada e pública, essa realidade conspira contra a eficácia deste sistema geral de prevenção do risco criminal, o que nos permite formular uma pergunta final: qual é então a capacidade de rendimento do *compliance* em contextos particularmente caóticos, de fraqueza institucional, pública e privada? Não parece que a resposta possa ser delineada com a ajuda do Direito Penal. A questão deve ser dirigida ao terreno da criminologia do controle social, e isso talvez nos permita entender, por exemplo, porque uma empresa alemã como a Siemens não foi capaz de cometer atos de corrupção na Alemanha, porém, foi capaz de cometer tais atos na Argentina, em Bangladesh e na Venezuela⁵⁷.

⁵⁷ CARRIÓN ZENTENO, A. **Criminal Compliance**, nota 325, p. 95-98.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MONROY, M. P. Empresas y derechos humanos: una responsabilidad en construcción. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Medellín, v. 43, n. 118, p. 309-348, jan./jul. 2013.
- AMNISTÍAY INTERNACIONAL. **Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos, de la Sub Comisión de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos**. Londres, 2004.
- ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento: breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. In: MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal**. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2014. p. 231-272.
- BACIGALUPO, E. **Compliance y derecho penal**. Pamplona: Aranzandi, 2011.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Pamplona: Civitas; Thomson Reuters, 2012.
- BALCARCE, F.; BERRUEZO, R. **Criminal compliance y personas jurídicas**. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2016.
- BÖHM, M. L. Empresas transnacionales y violaciones de derechos humanos en América Latina: dificultades para su imputación y juzgamiento. **Boletín Semestral GLIPGö**, Göttingen, n. 4, p. 11-24, jul./dez. 2012.
- _____. Transnational corporations, human rights violations and structural violence and structural violence in Latin America: a criminological approach. **Kriminologisches Journal**, n. 48, p. 272-293, 2016.
- BRADI, J. M. **La responsabilidad internacional de las personas jurídicas por violaciones a los derechos humanos**. Buenos Aires: Mónadanomada, 2017.
- COCA VILA, I. ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, R. **Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013. p. 43-76.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de junio de 2012. p. 177. (Fondo y Reparaciones).
- GALVIS, M. La obligación estatal de prevenir las conductas de particulares contrarias al derecho internacional. **Aportes DPLF: Revista de la Fundación para el Debido Proceso**, Washington, v. 04, n. 15, p. 12-14, set. 2011.
- GONZÁLEZ SIERRA, P. **La imputación penal de las personas jurídicas: análisis del art. 31 bis CP**. Valencia: Triant lo Blanch, 2014.
- LASCURÁIN, J. A. Compliance, debido control y unos refrescos. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **El derecho penal económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 111-136.

LÓPEZ, C. Empresas y derechos humanos: hacia el desarrollo de un marco normativo internacional. **Aportes DPLF**: Revista de la Fundación para el Debido Proceso, Washington, v. 04, n. 15, p. 7-11, set. 2011.

NIETO MARTÍN, A. (Dir.). **El derecho penal económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 205-246.

_____. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**: un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). **Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales**: revisión 2011. OECD Publishing, 2013.

RICCO, V. Las directrices de la OCDE para Las empresas multinacionales: ¿esperanza en la revisión? **Aportes DPLF**, Washington, v. 4, n. 15, p. 31-33, sept. 2011.

ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, v. 01, n. 18, p. 01-12, jan. 2012.

_____. Sobre las preguntas científicas y prácticas del criminal compliance. **Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa**, Lima, n. 1, v. 3, p. 13-30, jun. 2015.

RUGGIE, J. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas: principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". **Consejo de Derechos Humanos**, 17^º período de sesiones, 21 de marzo de 2011.

SIEBER, U. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ARROYO ZAPATERO, L.;

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Fundamentos del derecho penal de la empresa**. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2013.

SLACK, K. Derechos humanos e industrias extractivas en América Latina. **Aportes DPLF, Washington**, v. 4, n. 15, p. 04-06, sept. 2011.

RULLI, M. **Guía de derechos humanos para empresas**: proteger, respetar y remediar. (en línea). Buenos Aires: PNUD; Red Argentina Pacto Global, 2012. Disponible en: <https://pactoglobal.org.ar/wp-content/uploads/2015/02/Gu--a_Empresas-y-Derechos-Humanos.pdf>. Acceso en: 02 jan. 2017.