

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

RAFAEL GUEDES DE CASTRO

***COMPLIANCE* CRIMINAL: AUTORREGULAÇÃO, GERENCIAMENTO DO
RISCO E IMPACTOS NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL**

CURITIBA

2016

RAFAEL GUEDES DE CASTRO

***COMPLIANCE CRIMINAL: AUTORREGULAÇÃO, GERENCIAMENTO DO
RISCO E IMPACTOS NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa Estado, atividade econômica e desenvolvimentos sustentável, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios

CURITIBA

2016

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

C355
2016 Castro, Rafael Guedes de
Compliance criminal : autorregulação, gerenciamento do risco e impactos na atividade econômica empresarial / Rafael Guedes de Castro ; orientador, Rodrigo Sánchez Rios. – 2016.
128 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2016
Bibliografia: f. 116-128

1. Direito econômico. 2. Administração de risco. 3. Crise econômica.
4. Direito empresarial. 5. Direito. I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Doris 4. ed. – 340

RAFAEL GUEDES DE CASTRO

***COMPLIANCE* CRIMINAL: AUTORREGULAÇÃO, GERENCIAMENTO DO
RISCO E IMPACTOS NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa Estado, atividade econômica e desenvolvimentos sustentável, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre

COMISSÃO EXAMIDORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios (Orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Centro Universitário Curitiba

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 24 de março de 2016.

Para Ana Carolina e Antônio

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Rodrigo Sánchez Rios, por ter-me aberto as portas da Pós-graduação. Hoje, sou imensamente grato pela orientação, cujas lições transpuseram a academia e me possibilitaram conhecer a grande pessoa e o brilhante profissional que é.

Aos meus colegas e amigos de escritório, Caio Antonietto, Rodrigo Ribeiro e Beni Gelhorn, agradeço pela paciência, incentivo e por terem suprido a minha falta em vários momentos durante o mestrado.

Aos meus colegas da Faculdade da Indústria IEL/PR e, em especial, ao Coordenador do Curso de Direito, Professor João Carlos Adalberto Zolandeck, por todo apoio e incentivo.

Também, agradeço a secretaria do PPGD/PUCPR, aos Professores do programa e a todos os colegas que fizeram parte dessa caminhada.

Por fim, eu não teria concluído este projeto de vida sem o apoio incondicional da minha família, em especial da minha esposa Ana Carolina, que sempre me incentivou e me apoiou nos momentos mais desafiadores. Este trabalho é inteiramente dedicado a ela e ao nosso pequeno Antônio.

RESUMO

A crise financeira ocorrida no de 2008 expôs ao mundo a fragilidade do sistema financeiro e impulsionou o debate acerca da necessidade de reforma dos sistemas de regulação e fiscalização. Entretanto, a discussão sobre o tema em epígrafe é, por vezes, contraditória e descontextualizada visto que traz a idéia de que a solução para prevenir riscos futuros passa pela necessidade de incremento de maior regulação. Assim, pode-se afirmar que o fenômeno da autorregulação denota a recomposição das relações entre Estado e sociedade em torno das técnicas de controle do risco, com o crescente protagonismo do sujeito privado. Neste contexto, a adoção de políticas internas de prevenção e de gerenciamento do risco na atividade empresarial tem ganhado espaço. A presente dissertação, além de constatar esta nova relação, faz a análise sobre os prejuízos econômicos decorrentes da prática de crimes na atividade econômica empresarial bem como discorre sobre os fatores criminógenos ínsitos à atividade econômica empresarial. Conhecer o modo como se estruturam as organizações e repensar os mecanismos internos de controle se constituem em importantes desafios para neutralizar os fatores que impulsionam a prática de condutas ilícitas no ambiente intra empresarial. No Brasil, o tema *compliance* surge mediante a difusão dos conceitos de Governança Corporativa e ganhou nova dimensão com a entrada em vigor da Lei 12.683 de 09 de julho de 2012, nova Lei de Lavagem de capitais, e da Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, Lei Anticorrupção. O sistema penal, até pouco tempo estudado enquanto fenômeno *ex post*, tem sido invocado e utilizado como verdadeiro instrumento de prevenção dos delitos provenientes da atividade econômica empresarial, exercendo assim papel fundamental na gestão do risco. Toda essa necessidade de prevenção de riscos normativos no âmbito penal evidencia a necessidade de estudo do criminal *compliance*, com a consequente identificação dos elementos comuns que devem existir na estruturação desses programas nas empresas, desde a análise de riscos até a sua implementação e consolidação. Também, é analisado como a legislação brasileira internalizou a existência desses programas, o modo como ele deve ser estruturado e, por fim, a função do penalista na sua elaboração e prevenção de riscos.

PALAVRAS – CHAVE: Criminal Compliance – Autorregulação – Gerenciamento do Risco

ABSTRACT

The financial crisis that occurred in 2008, exposes to the world the fragility of the financial system and fueled the debate about the need to reform the regulatory and supervisory systems. However, the discussion on the topic title is sometimes contradictory and decontextualized as brings the idea that the solution to prevent future risks involves the need for greater regulation increasing. Thus, it can be said that the self-regulation phenomenon denotes the restoration of relations between state and society around the risk control techniques, with the growing role of the private individual. In this context, the adoption of internal preventive policies and risk management in business activity has gained ground. This work, in addition to establish this new relationship, makes the analysis of the economic losses resulting from the commission of crimes in business economic activity and discusses the corporate crime factors to business economic activity. Knowing how organizations are structured and rethink internal control mechanisms constitute important challenges to neutralize the factors that drive the practice of illegal conduct in business environment. In Brazil, the compliance issue by arises dissemination of the concepts of corporate governance and gained a new dimension with 12.683 of July 9, 2012 Act, new Laundering capital Act, and 12,846 of August 1 2013 Act, Anti-Corruption Act. The criminal justice system, until recently studied as a phenomenon ex post, has been invoked and used as a real tool for preventing crimes from entrepreneurial economic activity, thus playing a key role in risk management. All this need for prevention of regulatory risks in the criminal context highlights the need for criminal compliance of the study, with the consequent identification of common elements that must exist in the structure of these programs in business, from risk analysis to implementation and consolidation. Also, it is considered as the Brazilian legislation internalized the existence of these programs, how it should be structured, and finally, the role of the criminal attorney in drafting and risk prevention.

KEYWORDS: Criminal Compliance – Self-regulaion - Risk Management

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AUTORREGULAÇÃO REGULADA: REFLEXOS A PARTIR DA CRISE ECONÔMICA DE 2008 E SEUS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	12
2.1 O PARADIGMA DA DESREGULAMENTAÇÃO E O LIVRE MERCADO.....	12
2.1.1 A crise econômica de 2008.....	15
2.1.2 Regulação e sistema financeiro internacional.....	18
2.2 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA.....	23
2.2.1 Conceito.....	25
2.2.2 Vantagens.....	28
2.3 POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E GERENCIAMENTO DO RISCO: OS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> E O REFORÇO DA AUTORREGULAÇÃO.....	31
2.3.1 Origem e antecedentes.....	32
3 CRIMINAL <i>COMPLIANCE</i> COMO MÉTODO DE GERENCIAMENTO DO RISCO NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL	42
3.1 PREJUÍZOS ECONÔMICOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CRIMES NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL.....	43
3.2 FATORES CRIMINÓGENOS E A PRÁTICA DE CONDUTAS ILÍCITAS NA EMPRESA.....	48
3.3 GESTÃO MATERIAL E A FORMA COMO SE CONFIGURAM AS ORGANIZAÇÕES.....	52
3.4 GOVERNANÇA CORPORATIVA E EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NO BRASIL.....	57
3.5 CRIMINAL <i>COMPLIANCE</i>	62
3.5.1 Delimitação do objeto	62
3.5.2 Criminal <i>compliance</i> como forma de minimização dos riscos na gestão da atividade econômica empresarial.....	65
4 A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL E ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	74

4.1 IMPLEMENTAÇÃO DE UMA CULTURA DE <i>COMPLIANCE</i> NAS ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS E O NECESSÁRIO APOIO DA ADMINISTRAÇÃO.....	75
4.2 ELEMENTOS COMUNS NA ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	78
4.2.1 Mapeamento e análise de riscos.....	80
4.2.2 Elaboração de códigos de conduta.....	82
4.2.3 Institucionalização do Programa.....	84
4.2.4 Mecanismos de detecção e controle no ambiente intraempresarial.....	87
4.2.5 Monitoramento e consolidação dos programas de <i>compliance</i>	91
4.2.6 Critérios de qualidade e certificação dos programas de <i>compliance</i>	92
4.3 OS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	95
4.3.1 Parâmetros de avaliação dos programas de <i>Compliance</i> na Lei 12846/2014.....	100
4.3.2 Os acordos de leniência.....	105
4.4 A FUNÇÃO DO PENALISTA NA ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	108
5 CONCLUSÃO.....	112
6 REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de dissertação tem por objetivo analisar o paradigma da desregulamentação e o livre mercado, em seu contexto histórico, e a crise econômica de 2008 como vetores determinantes para a introdução do papel da autorregulação empresarial como instrumento capaz de prevenir os riscos oriundos da atividade econômica empresarial.

Importante demarcar que o conceito de autorregulação aqui abordado será o de uma combinação entre a presença de uma regulação pública, com seus mecanismos de supervisão igualmente públicos, integrado à necessidade de aproveitar as vantagens que os atores privados possuem no campo da informação, conhecimento e tecnologia.

Também, analisar-se-á a coexistência e a complementaridade entre a autorregulação e a adoção de mecanismos internos de políticas de prevenção e gerenciamento do risco normativo criminal na atividade empresarial, denominados de criminal *compliance*.

Desta forma, no primeiro capítulo do presente trabalho será analisado o fato de que o Estado experimentou uma transformação singular na medida em que a sociedade passa a ser responsável por sua autogestão no controle do risco. Neste sentido, é importante demarcar os fatos desencadeadores na crise econômica de 2008, a superação maniqueísta estabelecida entre regulação x desregulamentação bem como a autorregulação regulada enquanto recomposição das relações entre Estado e sociedade com o crescente protagonismo do sujeito privado.

Ainda, o primeiro capítulo comportará o estudo das políticas de prevenção e gerenciamento do risco e os programas de *compliance* como reforço da autorregulação, sua origem e seus antecedentes.

No segundo capítulo será realizada a análise acerca dos prejuízos econômicos que advêm de crimes cometidos no âmbito da atividade empresarial, os seus fatores criminógenos, a indispensável reconfiguração dos instrumentos de gestão da empresa com vista à gestão material e, por fim, a contextualização do tema criminal *compliance* no Brasil mediante a difusão dos conceitos de Governança Corporativa e a entrada em vigor da Lei

12.683 de 09 de julho de 2012, nova de Lei de Lavagem de capitais, e da Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013, Lei Anticorrupção.

Ainda, será verificado em que medida o sistema penal tem sido invocado e utilizado como verdadeiro instrumento de prevenção dos delitos provenientes da atividade econômica empresarial e qual o seu respectivo papel na gestão do risco.

O terceiro e último capítulo comportará o estudo dos elementos comuns que devem existir na estruturação dos programas de *compliance* nas empresas, desde a análise de riscos até a sua implementação e consolidação. Também, será analisado como a legislação brasileira internalizou a existência desses programas, o modo como ele deve ser estruturado e, por fim, a função do penalista na sua elaboração e prevenção de riscos.

2 AUTORREGULAÇÃO REGULADA: REFLEXOS A PARTIR DA CRISE ECONÔMICA DE 2008 E SEUS IMPACTOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

2.1 O PARADIGMA DA DESREGULAMENTAÇÃO E O LIVRE MERCADO

O período posterior à Segunda Guerra mundial impactou de maneira profunda as relações entre o Estado e Economia. Com as lições aprendidas na 1ª Guerra Mundial e na crise de 1929, os Estados Unidos da América sabiam que o financiamento e o incentivo à reestruturação europeia eram fundamentais para evitar a crise de superprodução.

Foi assim que, em 1944, quarenta e quatro países se reuniram e aprovaram o acordo de *Bretton Woods*, que introduziu modificações no plano econômico mundial tais como (i) o dólar como moeda internacional e conversível em ouro, (ii) a livre conversibilidade das moedas nacionais entre si, a partir de uma paridade fixada em ouro ou em dólar, (iii) e estabeleceu a criação do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial.¹

Foi John Maynard KEYNES quem desenvolveu as bases teóricas do acordo, consolidando assim a proposta do Estado de Bem-Estar Social, caracterizado pela intervenção do Estado na economia. O Estado passou a assumir funções econômicas e sociais jamais vistas. No plano econômico visou regular o funcionamento global da economia impulsionando e sustentando a sua expansão; estabeleceu a criação de indústrias vinculadas ao desenvolvimento do Estado de Bem-Estar, de bens de consumos duráveis, bem como promoveu o desenvolvimento de novas regiões industriais tendo o Estado assumindo obras de infra-estrutura. No aspecto social a ideia era a de que o Estado assegurasse o bem-estar social com a adoção de medidas contra riscos de trabalhos, doenças, desemprego, aposentadoria e seguros sociais.²

Este Estado intervencionista, em suma, atribuiu à ordem econômica uma

¹ PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social**. In: REIS FILHO, aniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs.). *O século XX: O tempo das crises*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 254.

² *Ibid.*, p. 255.

finalidade de justiça social, visando assegurar a todos condições dignas de vida e de bem-estar, em oposição modelo de liberal que admitia os princípios da livre iniciativa, liberdade de concorrência e não intervenção estatal no âmbito econômico. Para Adam Smith, em a “Riqueza das Nações”, a regulação econômica dar-se-ia pela “mão invisível” e ao Estado seria reservada apenas a função de manutenção da ordem e da segurança pública

É a correlação entre Estado e sociedade a chave para compreender culturalmente a forma como se originam e se desenvolvem os sistemas econômicos. Na concepção dualista entre Estado e sociedade do regime liberal, a ordem econômica não deveria sofrer intervenção estatal e, somente para finalidades concretas, o Estado poderia requerer contribuições pecuniárias. Não havia entre eles um fluxo financeiro aberto e constante como se viu na segunda metade do século XX e a intervenção do Estado só era legitimada para a defesa frente à injustiça e a violência.³

O panorama dualista acima descrito, próprio do regime liberal, com a clara separação entre Estado e Sociedade, sofreu uma constante aproximação que chegou de algum modo a uma fusão. Este é o ponto que marca a passagem do Estado Liberal para o Estado social, que não intervém mais de maneira pontual e singular, mas sim com o propósito de corrigir e reformar as disfunções estruturais bem como ser um regular decisivo dos sistemas sociais com a utilização de medidas diretas e indiretas.

Todas essas transformações para um Estado intervencionista, com a atribuição à ordem econômica de uma finalidade de justiça social, ficaram acentuadas nas constituições europeias após a segunda guerra mundial no sentido de reconhecer a inter-relação entre Estado e sociedade. Na atividade econômica, a linha divisória que demarcava a separação acabou quando as constituições da segunda metade do século XX a livre iniciativa pública na atividade econômica, assumiram um destacado protagonismo com funções diretivas e programadoras próprias de um estado prestacional.⁴

Como dito, essas mudanças fizeram com que o Estado aumentasse muito sua demanda social. O volume da administração pública aumentou extraordinariamente criando uma burocracia profissional, se tornando um elemento integrador da sociedade e Estado.

³ PARDO, José Esteve. **La nueva relación entre Estado y sociedad**: Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 45.

⁴ *Ibid.*, p. 55.

Para fazer frente ao gasto público com essa demanda, se configurou um sistema tributário muito poderoso e importante para a integração entre os dois.

Ocorre que, no início dos 70, o sistema de acumulação que marcou as décadas precedentes começa a demonstrar a sua insuficiência e anuncia os questionamentos ao Estado de Bem-Estar Social, eis que este já não suportava os altos encargos oriundos do providencialismo que marcou o período, seja no aspecto social ou no econômico com o alto custo do setor público da economia.

Segundo PELTZMAN, o movimento de desregulação foi uma reação às condições políticas e econômicas do final da década de 70, período caracterizado pelo incremento da inflação e pela já reconhecida ineficácia da intervenção estatal.⁵

Neste sentido, no final da década de 80 se estabeleceu a consolidação de tendências econômicas marcadamente liberais que levaram à conclusão de que o Estado de Bem-Estar Social havia se esgotado.

O insucesso dos modelos intervencionistas mostrou a necessidade de o Estado pensar em novas formas de geração de riquezas. Abandonou o encargo de promoção do bem-estar atrelado à função de distribuição de justiça social com o retorno às ideias liberais e a concepção da presença do Estado na economia como um ente garantidor e regulador da atividade econômica baseado na livre iniciativa, na liberdade de mercado, na desestatização econômica e redução sistemática dos encargos sociais para garantir equilíbrio nas contas públicas.⁶

Um processo de reestruturação do capitalismo foi marcado pela anulação do contrato social entre capital e trabalho, pela desregulamentação e liberalização do mercado financeiro, por diversas outras mudanças empresariais, bem como impôs uma disciplina econômica comum aos países pela nova economia global, mediante atividades dos bancos centrais e do Fundo Monetário Internacional.⁷

Assim, foi editado um conjunto de medidas a partir de um encontro entre

⁵ PELTZMAN, Sam. **A teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação**, trad. Tiago Machado Cortez, in *Regulação Econômica e Democracia: O debate Norte-Americano*, org. Paulo Mattos, Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 85.

⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 44.

⁷ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 135.

economistas, instituições financeiras e administradores latino-americanos, ocorrido no ano de 1989, na cidade de Washington, denominado Consenso de Washington, no qual originou quatro grandes diretrizes para o desenvolvimento econômico, quais sejam (i) liberalizar, (ii) desregular, (iii) privatizar, (iv) globalizar.⁸

Referido consenso demarcou a implantação do chamado neoliberalismo, que avançou e perdurou até a crise do sistema financeiro americano que se espalhou pelo mundo no ano de 2008.⁹

2.1.1 A crise econômica de 2008

No mês de agosto de 2007, eclodiu, a partir dos Estados Unidos da América, uma das maiores crises econômicas da história do capitalismo. A concessão de empréstimos hipotecários de alto risco no setor imobiliário, denominado de “*sub-prime*”, expôs, de forma jamais vista, a fragilidade e a insegurança do sistema financeiro global. Os riscos oriundos das operações realizadas no mercado financeiro foram amplamente questionados, visto que a crise norte-americana afetou a economia em escala mundial.

De fato, a crise financeira de 2008 inaugurou uma nova era. Os mercados financeiros apresentaram riscos potenciais muito graves para todas as economias nacionais, assim como para o sistema econômico mundial, como visto nos EUA, bem como colocou em dúvida os pressupostos desregulamentadores da economia de livre mercado.

Apesar de não existir uma explicação exata para a crise econômica, ela estaria nos objetivos do neoliberalismo, nos seus instrumentos utilizados para buscá-lo e nas suas próprias contradições. A hegemonia dos Estados Unidos, a busca por altas rendas, combinada com as realizações associadas à financeirização e à globalização são fatores identificáveis do fenômeno.¹⁰

DUMÉNIL e LEVY destacam que um aspecto crucial que marca as décadas

⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 226.

⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁰ DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 42.

neoliberais após os anos 70 é a financeirização, que significa o incremento de mecanismos financeiros que alcançaram níveis sem precedentes de sofisticação e expansão das instituições financeiras. Após o ano 2000, esses mecanismos de expansão tiveram crescimento ainda maior com a introdução de procedimentos inovadores que afetaram sobremaneira o livre comércio de capitais no mundo todo, a globalização dos procedimentos monetários e financeiros, significando a construção de uma estrutura financeira frágil ante a dificuldade de controlar taxas de juros, de câmbio e empréstimos em um mundo de livre circulação de capital.¹¹

Da mesma forma, DUARTE e HERBST apontam que a financeirização desregulamentada e os avanços tecnológicos foram determinantes para a criação de um mercado de derivativos, que se mostrou a origem da crise de 2008, composto de diversas ferramentas financeiras que aumentaram a capacidade especulativa de investidores.¹²

Sobre os avanços tecnológicos, segundo CAPRA, a Revolução da informática ajudou a trazer à luz uma economia global que é caracterizada por três traços fundamentais, quais sejam, (i) a inovação, (ii) geração de conhecimento e o (iii) processamento de informação, se estruturando, principalmente, em torno de redes de fluxos financeiros. É o capitalismo em tempo real que fez com que o papel-moeda fosse substituído por produtos financeiros cada vez mais abstratos.¹³

O que a princípio seria uma crise de liquidez com o declínio do mercado imobiliário, era apenas um dos problemas dentro de um conjunto muito mais amplo dos fatores determinantes que deflagaram a crise.

Segundo DUMÉNIL e LEVY:

O colapso de muitos instrumentos financeiros desestabilizou a estrutura financeira geral. No início de 2008, evidenciou-se o aumento de prejuízos das instituições financeiras, com o início de uma epidemia de falência de bancos. Em março, o *Bear Stearns* faliu e se revelaram as primeiras manifestações de fraqueza dos gigantes *Fannie Mae* e *Freddie Mac*. A partir de então, a situação de deteriorização do setor financeiro se degenerou numa crise de oferta de crédito para famílias e corporações não

¹¹ DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo...** *op.cit.*, p. 42.

¹² DUARTE, Francisco Carlos. HERBST, Kharen Kelm. **A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008.** *In.* Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba, v.4, n.2, p. 16-38, jul./dez. 2013. p 22.

¹³ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas...** *op. cit.*, p.139.

financeiras, conhecidas como o “arrocho de crédito” (...) Faliram o Lehman Borthers, o Washington Mutual Bank e outros gigantes financeiros.¹⁴

Certo é que razões políticas e ideológicas determinaram o estabelecimento da economia de mercado, suas diretrizes e formas operacionais que marcaram as relações do Estado e da economia no período. O capitalismo neoliberal, baseado nos pressupostos desregularizadores que viam o afastamento do Estado das relações econômicas como fator benéfico e incentivador de uma política de livre mercado, passa a ser questionado justamente pelo reconhecimento de sua insuficiência em identificar e prevenir os riscos oriundos da atividade financeira.

A crise financeira de 2008 representou uma virada na história do capitalismo, eis que além de ter atingido a economia em escala global, repercutiu em sensíveis setores sociais. Segundo BRESSER PEREIRA, a desregulação foi o fato histórico que contribuiu para a deflagração da crise econômica.¹⁵

O sistema capitalista foi muito bem-sucedido durante o chamado regime fordista de acumulação, aquele que se refere aos sistemas de produção em massa, mediante processos de semi-automatização e de linhas de produção. Também, o método desenvolvido em grande escala nas fábricas de Henri Ford representou um modo específico de constituição das relações sociais e econômicas.

Após ter emergido uma nova classe de profissionais liberais entre a classe capitalista e a trabalhadora, em que executivos profissionais de grandes corporações obtiveram autonomia em relação a acionistas e a burocracia pública, o sistema econômico desenvolveu-se de modo diverso e tornou-se muito mais complexo. As atividades genuinamente familiares foram deslocadas para organizações empresariais, que evoluiu na década de 70 para o capitalismo financeirizado¹⁶

Enquanto a era dourada foi marcada por mercados financeiros regulados, estabilidade financeira, elevadas taxas de crescimento econômico e uma redução da desigualdade, o oposto ocorreu nos anos do neoliberalismo: as

¹⁴ DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo...** *op. cit.*, p. 48.

¹⁵ BRESSER, Luis Carlos Pereira. **A Crise financeira global e depois: Um novo capitalismo?** *In. Novos Estudos Cebrap*, 86, março 2010: 51-72, p 54.

¹⁶ *Ibid.*, p. 57.

taxas de crescimento diminuíram, a instabilidade financeira aumentou rapidamente e a desigualdade cresceu, privilegiando principalmente os dois por cento mais ricos de cada sociedade nacional.¹⁷

A identificação do estabelecimento de uma estrutura financeira frágil, a partir de pressupostos desregularizadores que marcaram as décadas precedentes associada à crise que desestruturou o sistema financeiro em geral, gerou, no campo que interessa a presente pesquisa, a necessidade de debate público acerca da necessidade de reforma dos sistemas de regulação e fiscalização dos mecanismos financeiros como forma de proteção e prevenção do sistema financeiro global, surgindo assim, a questão da autorregulação.¹⁸

Da mesma forma, CALADO observa que nessa nova perspectiva e dinâmica “constitui-se de fundamental importância a presença do (auto) regulador atuante para garantir um ambiente institucional mais seguro”, garantindo assim estabilidade econômica em um momento marcado por significativas alterações no contexto global.¹⁹

2.1.2 Regulação e sistema financeiro internacional

A redução da atuação do Estado na ordem econômica implicou em um novo modelo de intervenção, chamada de indireta, por via da regulação. Como observado no primeiro ponto do presente trabalho, o reconhecimento da insuficiência do modelo interventivo direto na economia fez com que o Estado assumisse a função interventiva indireta ao monitorar e normatizar a exploração da atividade econômica. Neste prisma, Leonardo FIGUEIREDO afirma que:

A intervenção indireta, por via da regulação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade, isto é, para garantir um regime de livre-concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por consequência, de toda sociedade.²⁰

¹⁷ BRESSER, Luis Carlos Pereira. **A Crise financeira global ...** *op. cit.*, p. 59.

¹⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p.78.

¹⁹ CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação do Mercado Financeiro**. São Paulo: Saint Paul, 2009. p. 22.

²⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico...** *op. cit.*, p. 109.

Ainda que tal fenômeno possa ser identificado em momentos distintos nos Estados Unidos da América e na Europa, é certo que no Brasil esse processo é oriundo do início da década de 90, com a legitimação das premissas neoliberais atinentes à desestatização de diversas atividades antes exploradas pelo Estado, devolvendo-as à iniciativa privada.

Ao analisar a perspectiva europeia sobre o assunto, MONCADA observa que o processo de privatização se constituiu em uma realidade em alguns setores da economia com um claro propósito de liberalização. Contudo, não significou o desaparecimento do Estado, mas a substituição de um modelo direto de intervenção, alicerçada no tradicional serviço público de propriedade e gestão estatal, por novas formas de regulação, ou seja, pela intervenção indireta.²¹

É com base no presente foco que Rodrigo SÁNCHEZ RIOS e Caio ANTONIETTO advertem para a necessária compreensão da transformação do papel exercido pelo Estado na sociedade moderna. Enquanto os modelos de Estado vigentes entre os séculos XIX e XX impuseram uma postura ativa do poder público, seja garantindo a segurança e ordem social, seja interferindo diretamente com ações prestacionais no domínio econômico, ambos os modelos têm sido incapazes de abarcar e articular a relação dialética entre Estado e sociedade.²²

O Estado experimentou uma transformação singular em diversas áreas e a sociedade passa a ser responsável por sua autogestão, sendo que esta realidade adquire especial configuração quando se trata dos controles de risco na sociedade moderna.²³

Com a crise financeira ocorrida no ano de 2008, que mostrou ao mundo a vulnerabilidade de uma economia baseada no livre mercado, de característica marcadamente neoliberal, colocou em pauta novamente o tema sobre a regulação e a posição do modelo de intervenção do Estado. O paradigma ideológico que via como

²¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 2003. p. 367.

²² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. In, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114, 2015. p. 341-375, mai./jun. 2015. p. 343.

²³ *Ibid.*, p. 345.

benéfica a desregulamentação para o exercício do livre mercado passa a ser desacreditado e questionado, tendo em vista a complexidade das relações econômicas no mercado financeiro e a dificuldade de fiscalização das instituições financeiras nas relações globais.

É este o enfoque que se deu na discussão sobre a regulação após a crise econômica. Abordou-se, com ênfase, a função e o alcance dos organismos reguladores de supervisão normativa que deveriam caracterizar o mercado financeiro, o fortalecimento de certas normas e regulamentos existentes, a melhora da qualidade de aplicação, cumprimento, a necessidade de fortalecer a cooperação global no âmbito da regulação, imprescindível para supervisionar o mercado transnacional, e a definição das atividades que podem conduzir potencialmente a uma situação de risco sistêmico.

Desde os anos 90, o debate transcende a velha polêmica entre intervenção e regulação. Como afirmado, isso se deve a um mundo mais complexo, em que não se mostram mais eficientes muitas das técnicas clássicas de intervenção. Não se pode desconhecer que o mundo é tecnologicamente muito mais complexo e que o fenômeno da globalização leva a uma diminuição considerável da eficácia dos ordenamentos jurídicos nacionais.²⁴

Da empresa fordista, que tinha a sua produção inteira em um único território, passou-se à empresa que se “deslocaliza” e que adere aos chamados *fórum shopping*, espécie de competência internacional para a resolução de litígios quando o autor de uma ação pode escolher, dentre os vários foros competentes, em países diferentes, aquele que lhe parece o mais favorável. Estes dois fatores contribuíram para o aumento do poder das corporações rumo a um neocorporativismo.²⁵

A par das importantes discussões travadas, parece elementar ter como premissa a conclusão de Oksandro GONÇALVES e Antônio PORTO, no artigo intitulado “O vetor axiológico do movimento de saneamento do Sistema Financeiro Nacional”, que chama a atenção para o fato de que não se pode resolver problemas atuais atrelados a conceitos passados sob o enfoque de uma visão maniqueísta de luta entre o bem o mal (intervenção

²⁴ NIETO MARTIN, Adan. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulacion: sus influencias en el derecho penal de la empresa.** In. Política Criminal, n. 5, 2008. p. 1-18. p. 4.

²⁵ *Ibid.*, p. 4.

versus liberalismo)²⁶.

Pelo contrário, uma dinâmica que perpetue a situação em que os reguladores e atores privados se coloquem em lados opostos, sempre em um clima de constante tensão e enfrentamento, não faz nada mais do que elevar o nível de complexidade dos mercados financeiros globais e agravar o risco potencial sistêmico.

Aqui, merece destaque a pertinente crítica feita por Niall FERGUSSON, Professor de História da Universidade de Harvard, que acentua de forma pontual a necessidade de uma abordagem histórica correta sobre os fatos desencadeadores na crise econômica de 2008 bem como da superação maniqueísta estabelecida entre regulação x desregulamentação.

Para o Professor, a discussão travada após a mencionada crise no sentido de que a desregulamentação do mercado causou um efeito devastador e que agora existiria uma necessidade de regulação excessiva é, em grande medida, uma premissa equivocada. Como exemplo histórico, cita que o sistema bancário inglês era estritamente regulado antes de 1980, tanto é que quando a Grã-Bretanha enfrentou sua mais desastrosa crise desde os anos de 1820, o mercado financeiro era extremamente regulado e seria um equívoco afirmar que este fato teria decorrido de uma desregulamentação. Para o autor, a partir da análise do que ocorreu nos 70, a má regulamentação no contexto de más políticas monetárias e fiscais é que seriam perniciosas para o sistema.²⁷

Neste sentido é que, rompendo com o entendimento amplamente difundido, a crise financeira que iniciou em 2007 teria origem em uma regulamentação demasiado complexa e não na desregulamentação. Em uma primeira análise, alguns pontos devem ser ressaltados como fatores que contribuíram para a crise, como por exemplo (i) a maximização do volume das atividades dos bancos com relação ao capital foi expressamente permitida pelo Acordo de 1988 do Comitê de Supervisão bancária de Basileia, (ii) de 1996 em diante, foi permitido que as empresas determinassem seus próprios requisitos de capital com base em suas estimativas de risco internas, (iii) os bancos centrais, liderados pelo Federal Reserve, desenvolveram uma doutrina de política monetária peculiarmente

²⁶ GONÇALVES, Oksandro, PORTO. **O vetor axiológico do movimento de saneamento do Sistema Financeiro Nacional**. In: Revista Argumentum (UNIMAR), 2014. p. 18.

²⁷ FERGUSSON, Niall. **A grande degeneração**. São Paulo: Planeta, 2013. p. 45.

assimétrica, que ensinava que eles deveriam intervir cortando as taxas de juros se os preços dos ativos caíssem de forma abrupta mas não deveriam intervir se aumentassem rapidamente e, por último, (iv) os Estados Unidos da América aprovou uma legislação concebida para aumentar o percentual de famílias de baixa renda com casa própria, sendo o mercado hipotecário extremamente distorcido.²⁸

Assim, a discussão sobre a regulamentação que vem sendo concebida em nossos dias, no sentido de que o seu incremento seria determinante para reduzir a frequência ou magnitude de futuras crises financeiras, é muito improvável. Pelo contrário, as novas regulamentações podem ter o efeito precisamente oposto se concebidas a partir de critérios extremamente complexos.

No mesmo sentido, Luigi ZINGALES afirma que o capitalismo pode assumir diversas formas e estas variam de acordo com o grau de intervenção do Estado no sistema econômico, direta ou indireta. Assim, deve-se refutar a ideia comumente difundida no sentido de que aumentar a regulação econômica, mediante a intervenção governamental, seria a saída. Isso só agravaria o problema, pois quanto maior for o governo, a complexidade e extensão da regulação, maior serão os problemas e mais vulnerável ele estará à atuação de lobistas.²⁹

Ainda, FERGUSSON faz a reflexão no sentido de que lhe parece que hoje a maioria tende a preferir a complexidade à simplicidade e que a regulamentação excessivamente complexa é o problema. As crises financeiras ocorrem ao longo dos tempos de forma muito semelhante, isto porque o mercado financeiro é parte de um sistema complexo, imprevisível. A combinação de empréstimo interbancário, inovação financeira e aceleração tecnológica, o torna um sistema propenso ao *crash*. A diferença entre um sistema complexo do mundo e do financeiro é a regulamentação.³⁰

A questão não é se os mercados devem ser regulados, pois para ele não há mercado financeiro desregulado. O próprio fundador da economia de livre mercado, Adam Smith, propôs uma série de regulamentações, como por exemplo na crise do Banco Ayr em

²⁸ FERGUSSON, Niall. **A grande degeneração ... op., cit.**, p. 48.

²⁹ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: Bei Comunicações, 2015. p. 20.

³⁰ FERGUSSON, Niall. **A grande degeneração ... op. cit.**, p. 55.

1722. Portanto deve-se questionar que tipo de regulamentação funciona. Para o autor, o mundo ocidental hoje vive um estado estacionário³¹ onde estagnação e crescimento são, em grande medida, resultado de Leis e instituições. E, por fim, arremata ao afirmar que “O Estado de direito tem muitos inimigos e um deles é a legislação ruim”.³²

2.2 A AUTORREGULAÇÃO REGULADA

Na esteira da discussão travada no tópico anterior, GONZALES e BERINI³³ sustentam que o debate público sobre o tema regulação é contraditório e descontextualizado visto que, em geral, trazem a ideia de que a solução para prevenir riscos futuros de uma crise financeira passa pela necessidade de incremento de maior regulação do Estado. Entretanto, nenhuma das propostas aborda explicitamente o papel da autorregulação da indústria como parte da transformação da regulamentação a longo prazo bem como a sua importância.

Se por um momento acreditou-se que a administração pública pudesse exercer domínio sobre o saber técnico e especializado, a realidade nos mostra que o conhecimento científico encontra-se *extramuros*, ou seja, fora do Estado e como importantes setores da atividade econômica se localizam fora dele. Destaca-se a perda do controle e domínio do Estado sobre a ciência e tecnologia. Nos Estados Unidos, por exemplo, a pesquisa no setor privado supera muito a do setor público, que só se destaca no âmbito militar.³⁴

Inicialmente no estado liberal a segurança era o único meio disponível ao Estado que justificava a sua intervenção, mediante a atividade da polícia de segurança. Agora, a manutenção da segurança do denso tecido tecnológico na sociedade pós-industrial

³¹ Adam Smith descreveu que Estado estacionário é a condição de um país rico que parou de crescer. Outra característica é a capacidade de uma elite corrupta e monopolista explorar o sistema jurídico e administrativo em benefício próprio.

³² FERGUSSON, Niall. **A grande degeneração ...** *op. cit.*, p. 57.

³³ GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa.** In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; FERNANDEZ, Raquel Montaner. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 75.

³⁴ PARDO, José Esteve. **La nueva relación entre Estado y sociedad...** *op. cit.*, p. 82.

já não remete à atividade de polícia administrativa, mas a outro tipo atividade, de regulação e gestão do risco, realizada materialmente por sujeitos privados.

Neste sentido, José Esteve PARDO identifica que “*sua deteção e valoração necessita de um conhecimento que carece a administração pública, que se encontra no tecido tecnológico das empresas e nos centros de investigação privados*”.³⁵

A regulação e gestão do risco é a atividade que vem substituindo a polícia de segurança que se centrava em perigos ostensivos. A gestão do risco tem entre suas obrigações a determinação do risco permitido, seu conhecimento, controle, segurança, que está fora do aparato estatal, assim “*o que se produz a é uma nova correlação entre Estado e Sociedade em torno da técnica de controle dos riscos*”.³⁶

Tudo isso denota uma recomposição das relações entre Estado e sociedade com um crescente protagonismo do sujeito privado, relegando à administração pública um caráter secundário cujas funções devem se adequar a esse novo cenário. Neste sentido a autorregulação é um fenômeno mais destacado desses efeitos. No mercado financeiro se percebeu bem a extraordinária potência que podem alcançar a criação de processo de declaração sobre qualidade e segurança e, após, um processo de regulação pública que não pode entrar na capacidade de decisão, de disposição, sendo esta a autorregulação regulada.

Este fato fez com que se tornasse urgente a necessidade de se criar mecanismos regulatórios destinados à prevenção de crises para o estabelecimento de um novo modus operandi para a economia financeira globalizada, no sentido de que o Estado deve atuar de forma coordenada com as instituições financeiras, ajudando a construí-las ao invés de encará-las como rivais.³⁷

Neste aspecto, qualquer reforma significativa de regulamentação a longo prazo no setor financeiro, deve considerar seriamente o papel potencial que a autorregulação tem como mecanismo fundamental para controlar e minimizar o risco. Os tópicos subseqüentes analisarão de que forma se dá a proposta da autorregulação, sua ligação com o tema regulação e suas vantagens.

³⁵ PARDO, José Esteve. **La nueva relación entre Estado y sociedad...** *op. cit.*, p. 96.

³⁶ *Ibid.*, p. 97.

³⁷ DUARTE, Francisco Carlos. HERBST, Kharen Kelm. **A nova regulação do sistema financeiro...** *op. cit.*, p 10.

2.2.1 Conceito

A visão convencional da atividade reguladora do Estado enfatiza dois pontos de vista, quais sejam: liberdade e controle ou, em uma abordagem de sistemas políticos contrapostos, liberalismo e estatismo. Ocorre que entre eles existe uma pluralidade de sistemas intermediários que podem se revelar melhores para conjugar os interesses privados e coletivos.³⁸

Segundo leciona CALABRO, o conceito de autorregulação parece convergir para a capacidade de um organismo entrar em equilíbrio interno e em equilíbrio com o ambiente externo, sendo conceituada como a capacidade de um organismo de perceber estímulos internos e externos e de estabelecer suas próprias regras de estruturação e funcionamento para responder a esses estímulos de forma que melhor garanta seu equilíbrio.³⁹

MOREIRA identifica que o próprio conceito de autorregulação traz duas origens distintas, eis que pode surgir de uma iniciativa das organizações profissionais, bem como resultar de uma iniciativa e criação estadual.⁴⁰

Na primeira hipótese, a autorregulação pode ser, consoante os casos, ignorada, consentida, reconhecida, incentivada ou mesmo oficializada e cooptada pelo Estado. Na segunda hipótese a autorregulação é promovida pelo Estado como forma de desregulação estadual ou de prevenção de regulação estadual. Na primeira hipótese, a autorregulação espontânea traduz-se em geral no fenômeno de ampliação da regulação, criando-a onde ela não existia; na segunda modalidade, a autorregulação traduz em geral um processo de desregulação estadual ou uma alternativa a uma regulação pública que sem autorregulação se tornaria necessária.

Hodiernamente, o crescente influxo de informações que envolve os mais diversos ramos das atividades econômicas geradoras de riqueza não acompanham o processo legislativo regulador que, muitas vezes moroso e carente de tecnicidade, cria

³⁸ VILA, Ivó Coca. **Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?**, In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 44.

³⁹ CALABRO, Luis Felipe. **Teoria Palco-Platéia: A interação entre regulação e autorregulação do Mercado de Bolsa**. São Paulo, 2010. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, p. 53.

⁴⁰ MOREIRA, Vital. **Autorregulação Profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almeida. 1997. p. 60.

regras obsoletas que não acompanham a evolução do mercado.

Assim, a autorregulação é uma forma de regulação que não pressupõe a ausência desta. Se constituindo, na essência, em uma espécie do gênero regulação, que deve ser coletiva e não estatal, mas pode ter a origem de ser promovida pelo Estado como forma de prevenção.⁴¹

O conceito de autorregulação aqui esposado não é o de um sistema unicamente privado de regulação da atividade econômica e, como consequência, da completa ausência de qualquer intervenção reguladora do governo, mas sim de buscar uma articulação que propõe uma nova forma de regular, que combine a presença normativa oriunda do próprio setor financeiro com um sistema de controle adequado na mão do Estado.

Ainda que a autorregulação se mostre tendência, esta não substitui a tarefa normativa institucional, nem a supervisão, mediante entidades públicas de controle, da imposição direta da responsabilidade de regular e minimizar o risco sistêmico que elas mesmas geram com sua atividade. O novo modelo de regulação, segundo OMAROVA, é, portanto, aumentar a capacidade dos participantes no mercado privado em adotar e fazer cumprir as regras que regem suas atividades e negócios e, ao mesmo tempo, combinar essa tendência com uma responsabilidade maior e cada vez mais explícita das empresas pelos efeitos econômicos e sociais de suas atividades de risco.⁴²

CALADO observa que uma abordagem sobre o tema dispõe que a regulação deve oferecer aos participantes do mercado o arcabouço básico para o respectivo relacionamento, regulando o que pode ser chamado de macroambiente. Ocorre que é importante a concorrência entre reguladores e autorreguladores para normatizar pormenores, no que o autor denomina de microambiente, tendo em vista a capacidade de interação dos próprios agentes privados no mercado.

Uma abordagem bastante defendida rege que a regulação do mercado deve fornecer o arcabouço básico dentro qual se dá o relacionamento entre os diversos participantes, regulando o que pode ser denominado macroambiente. Igualmente importante é a concorrência entre reguladores e autorreguladores. Nessa perspectiva, à autorregulação cabe normatizar pormenores do processo ou microambiente, visto que, nesse palco, os

⁴¹ MOREIRA, Vital. **Autorregulação Profissional...** *op. cit.*, p. 53.

⁴² OMAROVA, S. T. **Rethinking the future of Self-regulation in the financial industry.** *In: Brooklyn Journal of International Law*, n. 35, 2010. p. 690.

próprios participantes do mercado são os mais capacitados a interagir, discutir e propor as melhores práticas.⁴³

É conjugando essa espécie mista de regulação pública e privada como forma de superar e introduzir um novo marco na discussão da regulação estatal e sua efetividade, que estamos diante do que pode ser chamado de Autorregulação regulada.

Este novo modelo de intervencionismo público é um intervencionismo à distância, baseado na cooperação entre os poderes públicos, sujeitos regulados e outros agentes sociais, com o fim de não só gerar normas de comportamento, mas também de encarregar-se de seu *enforcement*, ou seja, da aplicação da Lei. Não se trata de uma ausência estatal, mas sim de uma forma de garantir a sua presença eficaz mediante uma forma de controle mais sofisticada.⁴⁴

Assim destacam SILVA SANCHEZ e MONTANER FERNANDEZ,

Se trata da necessidade de reformar o sistema regulatório do setor financeiro e econômico, mediante o estabelecimento de um regime misto que inclua a participação ativa e equilibrada dos atores públicos e privados, com o fim de garantir o cumprimento real e efetivo do marco normativo que vigora a atividade. A investigação empírica mostra que as organizações são mais propensas a cumprir com seus compromissos de autorregulação quando elas mesmas estão sujeitas à estrita vigilância de um ente institucional estabelecido.⁴⁵

Essa nova visão refere-se à forma de regulação estatal do mundo empresarial caracterizada pela incorporação do ente privado no processo de regulação, mas de forma subordinada aos concretos fins e interesse público predeterminados pelo Estado. Neste sentido, existem três possíveis modelos de cumprimento desta regulação regulada, quais sejam (i) o Estado delega pontualmente a faculdade de regulação mas, mantém a faculdade de supervisão e sanção (ii) o Estado pode transferir o poder de regulação, supervisão e sanção, mas manter o poder revisão (iii) co-regulação – o Estado trabalha junto com a empresa na elaboração de sistemas específicos de regulação. Esses três modelos seriam os que melhor corresponderiam ao interesse do Estado de reorientar a atuação regulatória.⁴⁶

⁴³ CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação...** *op. cit.*, p.59.

⁴⁴ NIETO MARTIN, Adan. **Responsabilidad social, gobierno corporativo...** *op. cit.*, p. 4.

⁴⁵ SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa...** *op. cit.*, p.96.

⁴⁶ VILA, Ivó Coca. **Programas de cumplimiento...** *op.cit.*, p. 54.

Com o escopo de garantir efetividade, a regulação do sistema financeiro não deve substituir a tarefa normativa estatal, nem mesmo a supervisão. Assim, a vigilância e o controle do governo, são fundamentais para assegurar que a atividade privada promova o interesse público geral.

A proposta da autorregulação é prevenir o risco de quebra e que esteja firmemente arraigada ao interesse público geral e aos objetivos políticos, pretendendo entender o mundo como um sistema complexo, dinâmico, intrincado em que as múltiplas forças governamentais e não governamentais em uma constante interconexão pactuam e renegociam os limites entre as esferas públicas e privadas da vida econômica e social.⁴⁷

Assim, quando se fala em autorregulação, não se está dizendo que esta decorre de normas oriundas do próprio mercado sem a necessidade de interferência do Estado, isto porque, o objeto do presente estudo cinge-se à análise da autorregulação como atribuição a partir de um processo de regulação pelo Estado. Ou seja, uma espécie de atribuição de deveres de auto-disciplina aos agentes econômicos na condução de sua atividade adaptada à realidade que norteia o mercado e as relações econômicas.

2.2.2 Vantagens

Após discorrer sobre o contexto histórico que permeia a presente discussão e o viés que a perspectiva de um processo de autorregulação pode trazer à economia de mercado, cabe destacar algumas vantagens que esta teria em face da regulação direta

Leonardo FIGUEIREDO ao citar José Joaquim Gomes Canotilho, afirma que na moderna concepção do Estado frente à economia, este assume postura de regulador das atividades econômicas, podendo, inclusive, delegá-la a entidades administrativas independentes, não diretamente subordinadas ao poder político governamental, fundamentando-se na verificação de que muitas competências e atribuições estatais necessitam de conhecimentos específicos, técnicas e profissionais que se encontram fora do aparelho estatal.⁴⁸

⁴⁷ GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial...** *op. cit.*, p. 79.

⁴⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico...** *op.cit.*, p. 111.

Esta parece ser a constatação primordial para determinar as vantagens que um sistema de autorregulação possui, qual seja, a de que o agente econômico, em seu ramo específico, está muito mais habilitado a conhecer, solucionar e prevenir riscos oriundos de sua atividade.

Isto porque, após a crise, ficou demonstrado, ante a crescente complexidade do mercado financeiro, de suas atividades e de seu alcance global, a incapacidade das autoridades reguladoras para detectar, prevenir ou ao menos minimizar o risco sistêmico.

CALADO observa que “uma entidade autorreguladora, ao obter adesão dos participantes do mercado, está mais próxima das atividades que propõe regular, dispondo, portanto de maior sensibilidade e destreza para avaliar as condições e normatizá-las”. Isso facilita a compreensão da regulação, aumenta a capacidade de prevenção de riscos oriundos da atividade e também diminui a possibilidade de intervenção estatal.⁴⁹

Logo, a autorregulação possui vantagens sobre a regulação direta do governo, como, por exemplo, a (i) capacidade superior de acesso e avaliação econômica e a (ii) capacidade para vigiar e regular suas próprias operações.⁵⁰

Vital MOREIRA descreve que a autorregulação possui as seguintes vantagens para o Estado (i) desoneração da carga excessiva, tanto de política como administrativa e financeira, (ii) maior eficácia da regulação, derivada da aceitabilidade e observância menos litigiosa por parte dos regulados, (iii) maior flexibilidade e mais fácil adequação às mudanças de circunstâncias, (iv) distanciamento e preservação da legitimidade estatal, (v) substituição do instrumentário penal, por via de regra moroso e oneroso, pela autodisciplina profissional, (vi) melhor adequação da regulação à crescente diferenciação e complexidade das esferas reguladoras, (vii) única via disponível para a regulação de certas áreas onde a cooperação dos regulados é condição indispensável.⁵¹

De outro lado, a articulação de um sistema misto de implantação de regime de autorregulação se mostra eficaz na medida em que evidências empíricas mostram que, geralmente, as organizações que desenvolvem suas atividades em um marco jurídico estritamente dissuasório demonstram cometer maior quantidade de infrações legais. Ao contrário, aquelas que se comprometem voluntariamente a autorregular-se alcançam

⁴⁹ CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação...** *op. cit.*, p.58.

⁵⁰ OMAROVA, S. T. **Rethinking the future of Self-regulation...** *op. cit.*, p. 668.

⁵¹ MOREIRA, Vital. **Autorregulação Profissional...** *op. cit.*, p. 92.

melhores resultados observando o regramento normativo.⁵²

Acrescente-se a tudo isso o fato de que a autorregulação atua como forma de recuperar a confiança dos investidores, baseado na reiterada demonstração de cumprimento dos requisitos regulatórios. CALADO observa que o termo confiança define de forma muito precisa em que consiste o mercado financeiro. Como os contratos são realizados envolvendo direitos e obrigações a serem exercidos em data posterior, a confiança de que serão honrados no futuro é fator primordial para os consumidores e pequenos investidores.⁵³

O núcleo de uma economia de mercado é constituída pelo binômio livre concorrência/propriedade privada. Hoje, o ideal da concorrência perfeita sofreu mitigações e é direcionado a dois propósitos, quais sejam, equidade e transparência. As falhas de mercado produzidas pela externalidades e a transparência em busca da simetria da informação e da possibilidade de acesso a questões importantes para a tomada de decisões, garante uma concorrência livre a todos os participantes.⁵⁴

Conforme se verá adiante, as adoções de políticas de governança corporativa visam aumentar a transparência dos agentes privados perante o mercado e a confiança de investidores. Com o marco econômico estabelecido ao longo do presente tópico, é de se notar que referidas práticas “há muito deixaram de figurar dentre as estratégias privadas de eficiência para integrarem a regulamentação institucional”.⁵⁵ As exigências de equidade chegaram ao sistema financeiro criando um novo modelo que impõe deveres de fiscalização sobre as atividades que estão sob sua gestão, criando sistemas de controle internos com o propósito de mitigar o risco de operações financeiras cada vez mais complexas com o escopo de fortalecer a confiança do mercado.

Também, importante destacar que autorregulação não está adstrita a foros, podendo conferir eficácia internacionalmente, sendo assim o resultado indeclinável da necessária evolução do modo como os Estado regula o mundo empresarial

⁵² GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial...** *op. cit.*, p. 101.

⁵³ CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação...** *op. cit.*, p. 40.

⁵⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico: parte geral.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 55

2.3 POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E GERENCIAMENTO DO RISCO: OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* E O REFORÇO DA AUTORREGULAÇÃO

Conforme observado ao longo do presente tópico, o contexto da autorregulação utilizado se refere globalmente a um regime regulatório e normativo que abrange todo um setor sujeito a um determinado sistema de autorregulação. GONZALES E BERINI ao fazerem referência ao trabalho de Saule Omarova, *Rethinking the future of self-regulation in the financial industry*, aduzem que a amplitude deste conceito é superior a qualquer sistema interno de gestão de risco de uma determinada corporação, pois individualmente esta possuiria um poder muito limitado de identificação dos riscos.⁵⁶

No entanto, os próprios autores sustentam que os dois sistemas podem coexistir e se complementar bem como que a discussão acerca da adoção de políticas internas de prevenção e de gerenciamento do risco através de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada têm ganhado espaço para discussão e, conforme observado, cada vez mais vem adquirindo obrigatoriedade na direção das atividades econômicas e empresariais.

Entre os conceitos mais usados para nominar esses programas estão *risk management*, *value management and corporate governance*, *business ethics*, *integrity codes*, *codes of conduct and corporate social responsibility*, ou como mais utilizado, simplesmente chamados de programas de *compliance*., cujo termo advém do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, adequar-se ou realizar algo imposto.

Ulrich SIEBER aponta que todos esses programas de cumprimento estão, em primeiro plano, atrelados ao conceito de ética empresarial, em uma cultura empresarial cuja ética normativa se manifesta em deveres de atuar conforme regras de conduta previamente definidas⁵⁷, em especial regras de cumprimento da Lei, que obviamente pode estar em colisão com as mais diversas situações quotidianas da atividade empresarial.⁵⁸

⁵⁶ GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial...** *op. cit.*, p. 83.

⁵⁷ SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica.** Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. *In: El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín. Valência: Tirant lo Blanch, 2013. p. 66.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal.** Pamplona: Thomson Reuters, 2011, p.33.

Segundo NURIA PASTOR as empresas que seguem esses programas, que já são muitas, têm introduzido diretrizes éticas de comportamento seguindo as recomendações da Lei com o fim de adotar as condutas daquilo que se revela juridicamente permitido bem como de agir conforme o direito.⁵⁹

Exemplo de exigência de programas internos de cumprimento normativo é o *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, norma federal dos Estados Unidos que incorporou as mudanças mais significativas na regulação financeira daquele país desde a grande depressão de 1929. Promulgada em 21 de julho de 2010, põe em prática a regulação financeira após a crise de 2008, como resposta drástica à grave recessão econômica. A citada Lei implementou uma série de mudanças no que tange à vigilância e supervisão de instituições que operam com recursos financeiros para evitar o risco sistêmico, proteger a economia e os consumidores. No campo da autorregulação, há a atribuição de novas funções e a previsão *whistleblowers*, espécie de denunciante internos que têm o dever de informar às agências governamentais possíveis infrações normativas. Portanto, exige-se um programa de cumprimento das entidades financeiras.⁶⁰

2.3.1 Origem e antecedentes

Importante observar que, apesar da consolidação dos programas de gerenciamento do risco após a crise mencionada, não se pode deixar de apontar a origem e os antecedentes da presente discussão. Conforme leciona NIETO MARTIN, o *compliance* faz parte de um fenômeno de americanização que os ordenamentos jurídicos europeus estão experimentando. O instituto nasce e se desenvolve nos Estados Unidos da América⁶¹

Os primeiros programas apareceram no mercado de valores com a criação da *Security and Exchange Commission* (SEC) na década de 30 quando passou a exigir que as empresas estabelecessem controles internos. Também, a criação do *Prudential securities*

⁵⁹ PASTOR MUNOZ, Nuria. **Organizaciones Culpables**. Barcelona. In: Indret 2/2006, p. 5. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/340.pdf>. Acesso em 07 de novembro de 2014.

⁶⁰ GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial...** *op. cit.*, p.141.

⁶¹ MARTIN, Adan Nieto. **El cumplimiento normativo**. In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch. 2015, p. 27.

em 1950 onde se faz expressa referência à necessidade de criar procedimentos de controle internos e a Lei do segredo bancário de 1970, com a obrigação de informação às autoridades competentes de operações superiores a U\$ 10.000,00, chamada de *Currency transaction report*, marcam a evolução histórica do estabelecimento de programas de *compliance*.⁶²

Mas foi nos anos 80, em decorrência de graves escândalos em *Wall Street*, que a SEC exigiu que as agências que operavam no mercado financeiro implementassem de maneira rígida medidas de organização interna. A *Insider Trading and Securities Enforcement Act*, de 1988, consagrou este tipo de medida com o monitoramento de operações.

As fraudes corporativas ocorridas no início dos anos 2000 nos Estados Unidos da América com a empresa Enron, seguido de casos similares com a WorldCom, Tyco e Adelphia, fizeram com que o sentido da implementação de programas de conformidade com a Lei ganhasse uma orientação mais punitiva. A resposta legislativa ao escândalo com a Enron veio com a Lei Sarbanes-Oxley (SOX) de 2002, com o intuito de promover reformas nas práticas comerciais norte-americanas bem como implementar a exigência de programas de avaliação dos riscos e controles internos nas empresas. Esta Lei trouxe uma mudança geral no sentido de que os controles voluntários passaram a ser, agora, obrigatórios, os chamados *mandatory compliance*.⁶³

Destaca-se nesta normativa a obrigatoriedade de mecanismos que protejam investidores, estabeleçam programas internos com o objetivo de melhorar a transparência e confiabilidade, princípios éticos e deveres de auto-obrigação. Também, é de se notar a internacionalização da SOX, no intuito de difundir a propagação de regras de conformidade à Lei e de boa governança empresarial.⁶⁴

Também, o combate a corrupção é outro grande fator que contribuiu para o desenvolvimento dos programas de *compliance*.⁶⁵ Na mesma linha da evolução acima

⁶² CERVINI, Raul. **Quo Vadis? – El cumplimiento normativo**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 92, set./2011. p. 338.

⁶³ MARTIN, Adan Nieto. **El cumplimiento normativo...** *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ SILVEIRA, Renato Mello Jorge. **Criminal Compliance: Os limites da cooperação normativa quanto à Lavagem de Capitais**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. vol. 56/2012, abr/2012. p. 5.

⁶⁵ MARTIN, Adan Nieto. **El cumplimiento normativo...** *op. cit.*, p. 28.

narrada, foram os Estado Unidos, no ano de 1977, o primeiro país a se comprometer com o combate a corrupção no plano internacional. O *Foreign Corrupt Practices Act* foi parte de uma reação da opinião pública contra o escândalo de propina paga pela empresa *Lockheed Aircraft Corporation* a funcionários públicos estrangeiros. No início da década de 1970, a empresa que enfrentava dificuldades financeiras, precisou ser resgatada pelo governo norte-americano e posteriores investigações comprovaram que a empresa havia pago aproximadamente U\$ 22 milhões a funcionários de governos estrangeiros para garantir ou manter contratos para venda de aeronaves.⁶⁶

Apesar da rigorosa inserção do tema corrupção no contexto de códigos de conduta para empresas multinacionais, verificou-se que as corporações norte-americanas que estavam sujeitas ao FCPA acabavam ficando em desvantagem em relação às empresas de outros países. Em 1988, foi aprovada a Lei *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, espécie de emenda àquela Lei, com o objetivo de reduzir a carga de exigência de *compliance*.⁶⁷

Poucas providências foram tomadas pelo governo no sentido corrigir as distorções provocadas no comércio internacional pelo FCPA. Somente em 1993, após a eleição do Presidente Bill Clinton, o assunto ganhou mais atenção por parte do governo norte-americano e duas perguntas foram feitas, quais sejam, (i) por quê a corrupção internacional de repente apareceu no topo das prioridades do Estados Unidos? e (ii) quanta desvantagem competitiva o FCPA trouxe para o mercado?

Para a primeira questão, o Secretário de Comércio dos EUA, ao iniciar um programa que empreendeu grande esforço para aumentar o comércio internacional e as exportações do seu país, notou que alguns parceiros comerciais envolviam os chamados “big emerging markets”, ou seja, os “mercados emergentes”. Ocorre que, 3 (três) dos países considerados os maiores mercados emergentes, China, Índia e Indonésia, apareciam no topo

⁶⁶ PAGOTO, Leopoldo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil**. In: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. *Temas de Anticorrupção e Compliance*. Rio De Janeiro: Elsevier, 2013. p. 54.

⁶⁷ ELLIOTT, Kimberly Ann. **Corruption as na International Policy problem**. In: Heidenheimer, Arnold. JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. New Jersey: Transaction Publishers. 2005. p. 933.

da lista do Ranking internacional que mede a percepção da corrupção⁶⁸. Também, a administração identificou “grandes setores emergentes”, que incluíam energia, saúde, informação e transporte, que tinham forte regulação estatal em muitos países ou até mesmo os pertenciam. Durante as investigações dos escândalos de corrupção nos anos 70, empresas desse mesmo setor foram citadas por terem feito pagamentos suspeitos a funcionários públicos estrangeiros. Para a segunda questão, verificou-se que o crescimento de mercados emergentes e a sua conseqüente tolerância à corrupção causaram distorções no mercado. Assim, a administração de Bill Clinton empreendeu esforços para que outros Estados, principalmente aqueles membros da OCDE (Organização para a cooperação do desenvolvimento econômico)⁶⁹ tomassem medidas de combate à corrupção internacional.⁷⁰

A aplicação rigorosa e agressiva da legislação norte-americana do FCPA pelo *Department of Justice* (DOJ) e pela SEC, impulsionou a criação de importantes convenções internacionais de combate à corrupção. Tendo em vista o fato de que o FCPA estabelece a obrigação de adotar procedimentos internos de controle, esses programas foram convertidos em peças chave para a luta contra a corrupção e foram consagrados em tratados e convenções internacionais.

Reflexo disso foi a criação do UK Bribery Act, Lei Anticorrupção criada no ano de 2010 pelo Reino Unido, considerada uma das legislações mais fortes do mundo que dispões que suas sanções não só é aplicável ao suborno de funcionário público, como também tem aplicabilidade ao setor privado.⁷¹

O Brasil é signatário e tem em sua legislação os reflexos do movimento

⁶⁸ A transparência internacional, organização não-governamental que tem como principal objetivo a luta contra a corrupção, publica desde o ano de 1995, relatório anual de índice de percepção sobre a corrupção que ordena os países do mundo sob o grau de corrupção.

⁶⁹ Com a explosão do comércio internacional se fez necessário a constituição de uma organização internacional e intergovernamental a fim de reger e equilibrar as relações comerciais entre os países desenvolvidos. Sua origem data de 1948, como Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OECE), liderada por Robert Marjolin da França, para ajudar a administrar o Plano Marshall para a reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, a sua filiação foi estendida a estados não-europeus. Em 1961, foi reformada para a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento, com atuação transatlântica e depois mundial. A OCDE foi criada em 30 de Setembro de 1961, sucedendo à Organização para a Cooperação Econômica Europeia, criada em 16 de Abril de 1948. Atualmente está localizada no *Château de la Muette* em Paris, França

⁷⁰ ELLIOTT, Kimberly Ann. *Corruption as an International Policy problem...* *op. cit.*, p. 939.

⁷¹ PAGOTO, Leopoldo. *Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil...* *op. cit.*, 54.

acima descrito, como por exemplo, (i) a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, promulgada pelo Decreto n. 5.687/2006, (ii) Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 4.410/2002 e (iii) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, chamada de convenção da OCDE, promulgada pelo Decreto n. 3678/2000.

Os referidos tratados dispõem e obrigam que cada país deverá tomar as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção, por exemplo, de funcionário público.

No ano de 2012, entrou em vigor no Brasil a Lei 12.683/2012, que alterou a Lei 9613/1998, de Lavagem de Capitais, e estabeleceu diversos deveres de controle, dentre eles de identificação de operações suspeitas e sua comunicação às autoridade competentes. Trata-se, definitivamente, do marco normativo interno de uma postura autorregulatória, que combina regulação estatal com o estabelecimento de deveres de informação ao agente privado.

Tratam-se de regras de cooperação privada⁷² para o combate a lavagem de capitais de pessoas e instituições que atuam em setores sensíveis ao cometimento do crime referido. Os deveres de informação referem-se às mais diversas formas de informação, como por exemplo o conhecimento de quem é o cliente, fornecedores, de informação de operações suspeitas, tudo isso mediante a criação de normas e programas intra-empresariais que garantam a adequação à Lei.

Em palestra realizada no dia 29 de abril de 2015 na Federação das Indústrias do Estado do Paraná, o Professor Giovanni SAAVEDRA afirmou que a Lei de Lavagem de Capitais de 2012 ampliou o rol de pessoas obrigadas e que, de fato, definiu legalmente uma forma de autorregulação regulada. Foi um marco histórico na atribuição de responsabilidade ao particular, no dever de estabelecer mecanismos internos de controle e nos reflexos que a sua não adoção pode gerar na responsabilização criminal.⁷³

⁷² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Comentários à Lei de 9.613/1998, com alterações da Lei 12683/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. p. 40.

⁷³ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Lei Anticorrupção e Compliance Criminal**. Palestra proferida no 1º ciclo de palestras em Anticorrupção e *Compliance* Criminal realizado no dia 29 de abril de 2015 na Federação das Indústrias do Estado do Paraná.

Exemplificando, o marco legal acima referido dispõe que as chamadas pessoas obrigadas estão indicadas no artigo 9º da Lei 9613/1998. A partir de uma primeira análise pode-se verificar que a legislação brasileira seguiu tendências expansivas eis que antes somente pessoas jurídicas eram obrigadas a prestar informações e cadastrar clientes⁷⁴. Com o advento da Lei de Nova legislação no de 2012, pessoas físicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, a compra e venda de moeda estrangeira, as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros, as seguradoras, as corretoras de seguro, dentre outras, devem cumprir as obrigações previstas na Lei de Lavagem de Capitais.

As normas objeto de cumprimento estão descritas nos artigos 10 e 11 da Lei de Lavagem de Capitais. As descritas no artigo 10 estabelecem a necessidade de conhecer o cliente com a identificação de clientes, cadastro atualizado, de registrar informações de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, e de *compliance*, o sentido adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações. Ainda, deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf)⁷⁵ e na forma e condições por eles estabelecidas deverão atender às requisições na periodicidade, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas

Os deveres de comunicação de operações financeiras estão descritos no artigo 11. Havendo sérios indícios de crime de lavagem de dinheiro, ou com ele relacionar-se; as pessoas físicas ou jurídicas deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas da proposta ou realização.

⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Comentários à Lei de 9.613/1998...** *op. cit.*, p. 43.

⁷⁵ Órgão vinculado ao Ministério da Fazenda que foi criado pela [lei](#) nº 9.613/1998. Tem a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas relacionadas à lavagem de dinheiro.

Além de possuir natureza administrativa no que tange ao campo de inteligência ao analisar dados, elaborar relatórios para subsidiar futuras investigações pelos meios persecutórios próprios e instaurar procedimentos administrativos para aplicação de sanções, o COAF, na seara de supervisão administrativa tem notável função regulatória. Cabe a ele elaborar regras aos setores passíveis de serem utilizados para a lavagem de dinheiro, estabelecendo regras que podem configurar o delito. Conforme ensinam BOTTINI e BADARÓ, as atribuições do COAF de regulamentação, com a edição de resoluções, são válidas apenas para setores sem órgão regulatório próprio, com empresa de factoring, de comércio de jóias, metais preciosos, pedras, objeto de arte e antiguidades.⁷⁶

Ao comentar a postura regulatória do COAF, Antonio Gustavo RODRIGUES, aponta que esta é a função de maior dificuldade. Deve-se definir as normas para empresas, promover a aplicação, zelar pelo cumprimento e aplicar penalidades por meio de processos administrativos. Em suma, há a necessidade de mão de obra qualificada para conhecer as minúcias dos negócios que se pretende regular e aumentar a cooperação para difundir um ambiente melhor para o desenvolvimento e para os negócios.⁷⁷

Aqui, deve ser destacado o estudo elaborado pela Clínica de Direito Penal da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, sob coordenação da Professora Heloisa ESTELLITA, em parceria com o IBGM, Instituto brasileiro de gemas e metais preciosos, com o apoio do COAF, das Associações Estaduais de Joalheiros e com o patrocínio do Sebrae, no âmbito do Projeto de Estímulo à Inovação, Competitividade e Desenvolvimento Integrado da Cadeia Produtiva de Joias, Gemas e Bijuterias. Referido estudo fornecesse um roteiro sobre as obrigações impostas pela legislação e pelas resoluções do COAF, desde a necessidade de cadastro de clientes até a obrigação de prestar informações sobre operações suspeitas.⁷⁸

⁷⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Comentários à Lei de 9.613/1998...** *op. cit.*, p. 43

⁷⁷ RODRIGUES, Antonio Gustavo. **O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1998.** *In:* Boletim IBCCRIM. n. 237. São Paulo: IBCCRIM. agosto/2012. p. 3.

⁷⁸ Instituto Brasileiro de Gemas e Metais Preciosos, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Clínica de Direito Penal. **Guia de Prevenção à Lavagem de Dinheiro para Joalheiros / IBGM, FGV.** – Brasília: IBGM, Maio 2013.

Ainda no aspecto de supervisão regulatória, os setores que contam com órgãos de controle específicos, como por exemplo aqueles regulados pelo Banco Central, CVM e SUSEP, estarão a eles submetidos quanto a regulação e eventuais medidas sancionatórias, sem prejuízo do necessário atendimento ao Coaf nos casos do artigo 9, 10 e 11 da Lei 9613/1998.

No caso do Banco Central, o papel regulatório é exercido mediante a edição de cartas circulares que tem a finalidade de divulgar instrução, procedimento ou esclarecimento, circulares ou comunicados.

No Brasil, ao discorrer sobre essas denominadas políticas de gerenciamento do risco e de conformidade com a Lei, podemos citar como exemplo o Código de autorregulação bancária editado pela FEBRABAN - Federação Brasileira dos Bancos, que foi criado no intuito de harmonizar normas e fortalecer regras de controle já existentes. De acordo com o seu conteúdo, os signatários, dentre diversos preceitos, deverão observar princípios de ética e legalidade, respeito ao consumidor, comunicação eficiente, melhoria contínua bem como respeitar regras normativas específicas da atividade bancária.

Dentre essas normas específicas, em especial, o normativo 11/2003, disponível para consulta pública pelo sítio eletrônico www.febraban.org.br, institui normas de combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento ao terrorismo e estabelece diretrizes que traduzem as melhores práticas de combate a esses delitos por seus signatários por entender que se constituem em um objetivo para um sistema financeiro saudável, ético e eficiente, em conformidade com a lei, considerado como condição essencial para o desenvolvimento econômico e social do Brasil.

Da análise do referido normativo podemos observar que o seu parágrafo 2º materializa os preceitos de uma autorregulação regulada atrelados à assunção do compromisso de estabelecimento de políticas internas de gerenciamento do risco tratados ao longo do presente trabalho, eis que estabelece que na elaboração das diretrizes considerar-se-ão (i) as leis e regulamentos do Sistema Financeiro Nacional; (ii) as normas do Sistema de Autorregulação Bancária; (iii) os usos e costumes em matéria comercial e bancária.

O art. 5º do normativo que estabelece a adesão das instituições financeiras signatárias aos compromissos ali descritos prescreve o compromisso de autorregulação a partir da lei, bem como estabelece a necessidade de desenvolvimento de políticas de controle internos como instrumento de prevenção à lavagem de capitais.⁷⁹

Essas regras de controle interno são compostas por um conjunto de ações descritas no artigo 6º que devem ser adotadas, como, por exemplo, a de necessidade de conhecimento e obtenção de informações de clientes, funcionários, fornecedores, parceiros, correspondentes, avaliação de produtos e serviços, monitoramento de operações, comunicação de operações suspeitas, treinamento e estruturação institucional da área de prevenção à lavagem de dinheiro, atreladas ao compromisso descrito no artigo de número 39 de criar áreas de prevenção que terão atribuições de instituir políticas de *compliance* para prevenir qualquer colaboração ou contato com o delito, tendo por base as normas legais, regulamentares.

Importante observação na instituição de formas de autorregulação é feita por CALADO, que manifesta a necessidade de apoio a iniciativas governamentais instituindo uma regulação complementar. Assim como no exemplo acima citado, uma entidade que propõe um código de autorregulação está muito mais apta a avaliar as condições de mercado e de risco para normatizá-las bem como está muito mais próxima da atividade que propões regular. Como exemplos bem sucedidos de autorregulação no Brasil, cita o Código de Governança Corporativa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBCG), a

⁷⁹ Art. 5º - As diretrizes a seguir expostas tem por base as seguintes leis e regulamentos: I - A Lei 9.613/1998, com as alterações introduzidas pela Lei 12.683/2012, que estabelece procedimentos para a identificação pelas "Signatárias", de seus clientes e das operações por eles realizadas, bem como políticas de controles internos, como instrumentos de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. II - Os seguintes normativos regulamentares: Circulares Bacen Nºs 3.461/2009 e 3.654/13, Carta- Circular Bacen Nº 3.542/2012 ; as Instruções CVM Nº 301/1999 e respectivas alterações; a Circular Susep Nº 445/2012, as Resoluções Coaf 006/1999 e 021/2012, a

Instrução SPC Nº 26/2008, e as Resoluções 2.554/98, 3.056/02, 3.198/04, 3.380/06 e 3.954/11 do Conselho Monetário Nacional. Parágrafo único. As presentes diretrizes também se escoram em princípios firmados por institutos e entidades internacionais, como pelo Gafi, Gafisud, Grupo WOLFSBERG, Grupo de EGMONT de Unidades de Inteligência Financeira, Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, Convenção de Mérida, Legislação Modelo do Programa Mundial contra a Lavagem de Dinheiro das Nações Unidas, Regulamento da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (Cicad), Comitê da Basiléia, Comissões e Recomendações no âmbito da União Europeia, dentre outros.

bolsas de valores (BM&FBOVESPA), bem como os códigos de autorregulação da Associação Nacional dos Bancos de investimento, Anbid.⁸⁰

Da mesma forma, entrou em vigor no mês de fevereiro de 2014, a Lei 12846/2013, chamada de Lei Anticorrupção, que estabelece a responsabilização no âmbito civil e administrativo de forma objetiva pelos atos lesivos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira disposto no artigo 5º da mesma Lei, tais como a promessa de vantagem indevida a agente público, o que reforça a ideia de prevenção e adoção de programas de autorregulação e gerenciamento do risco.

Por fim, NIETO MARTIN identifica que as características dessa forma de autorregulação regulada, com o reforço de programas internos de prevenção e gerenciamento do risco se mostram eficazes, eis que é melhor incentivar e confiar na capacidade de adoção e implementação de regras internas. Essa postura contribui para o afastamento de condutas lesivas à atividade econômica bem como, em um primeiro momento, diminui o risco sistêmico e a adoção de medidas repressivas pelo Estado.⁸¹

⁸⁰ CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação do Mercado Financeiro...** *Op. Cit.*, p. 60.

⁸¹ MARTIN, Adan Nieto. **Introducción.** *In: El Derecho Penal Económico em la era Compliance*, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, València, 2013. p. 12.

3 CRIMINAL COMPLIANCE COMO MÉTODO DE GERENCIAMENTO DO RISCO NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL

As ideias expostas ao longo do primeiro capítulo da presente dissertação demonstraram em que medida a crise financeira ocorrida no ano de 2008, nos Estados Unidos da América, expôs o mundo ao risco sistêmico e à fragilidade do sistema financeiro. Tais fatos geraram um debate público sobre a necessidade de reforma dos sistemas de regulação e fiscalização dos mecanismos financeiros como forma de proteção e prevenção do sistema financeiro global, surgindo assim, a questão da autorregulação.

Tudo isso denota uma nova configuração da relação entre Estado e sociedade com um crescente protagonismo do sujeito privado, relegando à administração pública um caráter secundário, cujas funções devem se adequar a esse novo cenário. Neste sentido a autorregulação é um fenômeno mais destacado desses efeitos e reflete uma nova forma de controle do risco que aproveita as potencialidades do agente privado.

Este fato fez com que se tornasse urgente a necessidade de criar mecanismos regulatórios destinados à prevenção de crises para o estabelecimento de um novo *modus operandi* para a economia financeira globalizada, no sentido de que o Estado deve atuar de forma coordenada com as instituições financeiras, ajudando a construí-las ao invés de encará-las como rivais

Entretanto, verificou-se que o debate público sobre o tema regulação é contraditório e descontextualizado visto que, em geral, trazem a ideia de que a solução para prevenir riscos futuros de uma crise financeira passa pela necessidade de incremento de maior regulação do Estado, eis que a discussão é comumente travada sob um viés maniqueísta e puramente ideológico

Neste contexto, foi demonstrado que a discussão acerca da adoção de políticas internas de prevenção e de gerenciamento do risco na atividade empresarial, através de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, denominados de *compliance*, tem ganhado espaço, a fim de incentivar a adoção e a implementação de regras internas. Essa postura contribui para o afastamento de condutas lesivas à atividade econômica bem como, em um primeiro momento, diminui o risco sistêmico e a adoção de medidas repressivas

pelo Estado.

No presente capítulo será realizada a análise acerca dos prejuízos econômicos que advêm de crimes cometidos no âmbito da atividade empresarial, os fatores criminógenos que as empresas manifestam com as relevantes contribuições da criminologia, a indispensável análise da reconfiguração dos instrumentos de gestão da empresa com vista à gestão material e, por fim, a contextualização do tema criminal *compliance* no Brasil.

3.1 PREJUÍZOS ECONÔMICOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE CRIMES NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL

Sob uma perspectiva econômica, a concorrência é o principal ingrediente do capitalismo. Mercados competitivos levam a uma alocação eficiente dos recursos e proporcionam às pessoas uma liberdade mais ampla de escolha.⁸²

Ocorre que dentro dessa lógica, as empresas, ao contrário dos consumidores, se esforçam para prejudicar a concorrência e lucrar mais.⁸³ Por isso, para que o mercado flua, o seu funcionamento deve ser mantido em condições de igualdade e aberto a novos participantes tendo em vista que *“quando tais condições estão ausentes, o livre mercado se degenera em monopólios ineficientes – e, quando esses monopólios estendem seu poder à arena política, entramos no domínio do capitalismo de compadrio”*⁸⁴

O denominado capitalismo de compadrio é aquele em que as regras do mercado são distorcidas de forma a favorecer grandes corporações e não as pessoas e consumidores. A corrupção é a forma mais extrema de distorcer essas regras em nome de interesses puramente pessoais, tornando o sistema ineficiente e injusto.

O próprio Professor da Escola de Chicago, Luigi ZINGALES, afirma que Adam Smith era um defensor do mercado, e não dos negócios, eis que mercados livres e competitivos são geradores riqueza.⁸⁵

⁸² ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo...** *op. cit.* p. 30.

⁸³ *Ibid.*, p. 30.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁸⁵ *Ibid.*, p.40.

As retribuições ilegais decorrentes de atos de corrupção, por exemplo, geram prejuízos econômicos na medida em que afetam a distribuição de benefícios públicos e a liberdade de iniciativa, condicionando a atuação pública aos estímulos ilegais fornecidos aos agentes públicos. De outro lado, o próprio custo da prática ilícita decorrente dos gastos para que permaneçam na obscuridade são formas de prejuízo econômico decorrentes deste sistema.⁸⁶ A lógica da atuação pública em prol do bem comum é subvertida para um sistema de retribuição àqueles que atuam de forma ilegal oferecendo benefícios ilícitos a agentes públicos.

Outra consequência negativa à ordem econômica é o desestímulo de investimentos estrangeiros. O que a princípio pode representar a superação da burocracia mediante incentivos financeiros ilícitos, a longo prazo se mostra negativo pois um sistema movido por pagamento de subornos condiciona o funcionamento normal das bases do sistema econômico e quebra a relação negocial de racionalidade, desincentivando quem chega de outro país a ampliar seus negócios.⁸⁷

Hodiernamente, a corrupção é um fenômeno global que afeta os países independentemente de sua condição econômica ou de desenvolvimento, razão pela qual há uma preocupação internacional no seu combate. O tema ocupa lugar de destaque na política criminal internacional, eis que nos últimos anos houve um grande movimento de intensificação de medidas públicas globais de prevenção e repressão estabelecidos por meio de instrumentos jurídicos internacionais, conforme visto no capítulo anterior.

A corrupção como manifestação desviada de poder dirigido ao benefício próprio ou de terceiro é tão antiga como o próprio exercício do poder, se reproduz tanto em sistemas democráticos como em estruturas autoritárias e propaga influências negativas aos âmbitos político, internacional e econômico.⁸⁸

Nem sempre a corrupção foi vista sob o ângulo dos malefícios, muito pelo

⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. **The Law and Economics of Bribery and Extortion**. In: Annual Review of Law and Social Science, vol. 6, p. 217-236, 2010; Yale Law & Economics Research Paper n. 408. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1646975>. Acesso em 02 de dezembro de 2015.

⁸⁷ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gomes e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas**, In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 460.

⁸⁸ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gomes e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **Corrupción y derecho penal... op. cit.**, p. 454.

contrário, durante algum tempo acreditou-se que essas práticas poderiam produzir até mesmo efeitos positivos para a população. Segundo PAGOTTO, essa perspectiva existia pois acreditava-se que corrupção implicaria apenas transferência de renda entre os agentes econômicos, o que seria parte do lucro do capitalista terminaria nas mãos do burocrata. Ainda, a corrupção não implicaria em nenhuma perda de bem-estar-social e deveria até mesmo ser ignorada. De outro lado, a corrupção poderia até mesmo aumentar eficiência alocativa, diminuindo a burocracia pública e facilitando o funcionamento dos mercados.⁸⁹

CAMBI aduz que na década de sessenta do século passado o pagamento de suborno por parte de agentes privados a agentes públicos era um comportamento racional e que contribuía para o desenvolvimento da atividade econômica, sendo considerado uma taxa como qualquer outra existente no mercado.⁹⁰

Segundo PAGOTO, foi a economia a principal responsável por destinar o tema corrupção a um ramo secundário de estudo. Não obstante, é um delito considerado como grande problema social que pode colocar em risco a estabilidade e a segurança social, ameaçar o desenvolvimento social, econômico e arruinar os valores democráticos.⁹¹ Ainda, restringe a livre competição, diminui investimentos, limita o crescimento da economia e provoca a perda generalizada de confiança das pessoas nas instituições, nos valores coletivos.⁹²

No Brasil a corrupção remonta ao sistema de colonização que se fundou no extrativismo e no desejo de enriquecimento rápido com o objetivo de se extrair a maior quantidade de riqueza possível. Neste contexto não havia um padrão moral brasileiro, prevalecendo o individualismo sem qualquer sentimento coletivo ou patriótico. Esse problema persistiu ao longo da história brasileira e foi fomentado por uma política de dominação imposta nos períodos Colonial, Imperial e Republicano.⁹³

⁸⁹ PAGOTO, Leopoldo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil...** *op. cit.*, 25.

⁹⁰ CAMBI, Eduardo. **Apresentação.** *In:* Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coord. CAMBI. Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. Org. BERTONCINI, Mateus. São Paulo: Almedina, 2014. p. 6.

⁹¹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. *La política criminal internacional contra la corrupción*, *In:* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 193.

⁹² CAMBI, Eduardo. **Apresentação...** *op. cit.*, p. 6.

⁹³ HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**, Porto Alegre: Safe, 1994. p. 10.

Os impactos da corrupção no âmbito da atividade econômica podem ser analisados também sob uma perspectiva de custos de transação. Se a curto e médio prazo os atos de corrupção podem ser vistos como facilitadores de transações com a superação de burocracia e requisitos legais mediante o pagamento de propina, a longo prazo é um custo que influenciará negativamente o desenvolvimento da atividade econômica, especialmente pela perda da racionalidade. Os custos do cumprimento de regras jurídicas será substituído pelo custo da ausência de racionalidade em um sistema comandado por propinas e extorsões.

A longo prazo os efeitos da corrupção podem ser agravados pois tendem a se perpetuar no tempo e expandir no espaço. Esta expansão se dá pela aceitação e aprendizagem de atos de corrupção ao passar do tempo, tornando-se um ato sistêmico. As práticas de corrupção perpetradas de forma institucionalizadas formam um ciclo corruptivo do qual é difícil se desvincilhar, especialmente para funcionário público e empresário. De forma concreta, a corrupção reduz a eficiência do uso de recursos públicos com o aumento de gastos e aplicação em projetos desnecessários ou improdutivos, conduzindo o Estado à precariedade econômica. Este prejuízo econômico decorrente de atos de corrupção será mais sentido quanto menos desenvolvido economicamente for o Estado, na medida em que, além de dispor de menos recursos públicos, apresentam maior necessidade de investimentos.⁹⁴

Assim, a corrupção no mercado transnacional é identificada como um empecilho que impede o desenvolvimento normal do comércio, ao gerar vantagens competitivas assentadas em condutas ilícitas e anti-éticas.

Em razão desta realidade foi impulsionado ao redor do mundo, em especial nos Estados Unidos, a aplicação rigorosa de legislações Anticorrupção bem como de importantes convenções internacionais conforme abordado no capítulo anterior.

Não é por outra razão que as produções científicas que abragem o tema objeto da presente dissertação relacionam o tema somente com a prevenção e gestão de riscos de atos de corrupção. Ocorre que, tratar *compliance* unicamente sob o viés da corrupção seria

⁹⁴ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel; BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa. **La política criminal internacional contra la corrupción...** op. cit., p.195.

simplificar a abrangência do tema visto que outras tantas condutas ilícitas que permeiam a atividade empresarial, de igual gravidade, prejudicam o desenvolvimento da atividade econômica empresarial e devem ser objeto de programas de prevenção. “*ignorar el cumplimiento de los diferentes marcos de prevención penal carece de justificación en la actual sociedad de la información*”⁹⁵

Por fim, é importante observar que o incremento de uma legislação em escala mundial com o objetivo de impor uma nova postura gerencial possibilitará verificar a relação entre os custos de implantação e os impactos que a adequação à necessidade de autorregulação poderá gerar no âmbito empresarial, em especial na diminuição do risco de demandas judiciais, preservação da ética, imagem e prevenção contra fraudes econômicas. Também, o reconhecimento de programas de *compliance* poderá minimizar discrepâncias no mercado, eis que empresas investidoras na prevenção (inclusive em decorrência de legislações internacionais) estariam, de certa forma, em desvantagem quando comparadas com empresas que não possuem qualquer obrigação ou incentivo para adoção dos programas de *compliance*.⁹⁶

É certo que a implementação de programas de prevenção e de cumprimento de normas gera custos reais para a atividade empresarial, tais como treinamento de pessoal, contratação de consultorias externas, criação de departamentos específicos de *compliance*. Ocorre que, de outro lado, estes programas podem trazer potenciais benefícios a serem explorados. A política de cumprimento de obrigações pode ser utilizada como ferramenta de *marketing* tanto para vender a integridade da empresa como para vender serviços personalizados decorrentes da necessidade de se conhecer melhor os clientes:

“Es cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede dificultar la maximización de beneficios, que es lo que persigue toda empresa. Pero también se puede utilizar como forma de publicidad positiva, pues permite eludir la mala imagen que se puede derivar de posibles incumplimientos, y compensar de alguna manera los costes de sus inversiones.”⁹⁷

Antes de realizar uma análise específica sobre o tema *compliance*, seu conceito

⁹⁵ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance: principios de cumplimiento generalmente aceptados**. Madrid: Difusion Jurídica, 2012. p. 98.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 100.

⁹⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Alicante: Aranzandi, 2009. p. 121.

e relação com a prevenção de riscos em matéria penal no âmbito da atividade econômica empresarial, é indispensável relacionar o presente estudo com a criminologia no sentido de identificar em que medida o ambiente empresarial estaria vulnerável à prática de condutas ilícitas, à necessária reconfiguração dos mecanismos internos de gestão empresarial.

3.2 FATORES CRIMINÓGENOS E A PRÁTICA DE CONDUTAS ILÍCITAS NA EMPRESA

Se é certo que se deve impor determinados limites à imputação penal em caso de crimes cometidos a partir da empresa, o conhecimento do modo como funcionam as organizações e a reconfiguração de sistemas internos de controle podem constituir importantes instrumentos para refrear o crescimento da delinquência no âmbito empresarial.

Não é recente a discussão no âmbito criminológico acerca do modo como as organizações são capazes de determinar comportamentos criminosos. Em 1939, Edwin SUTHERLAND apresentou ao mundo, em discurso proferido à *American Sociological Society*, o termo e respectivo conceito do que chamou de *whithe collar crime* como sendo uma espécie de crime praticado por pessoas respeitáveis, de elevado status social e no exercício de sua ocupação profissional. A partir de então, Sutherland inaugurou uma nova forma de abordagem criminológica baseada na análise do comportamento de políticos e empresários no cometimento de crimes econômicos, bem como relacionou o estudo da Teoria da Associação Diferencial, anteriormente desenvolvida para estudo da delinquência juvenil, com os crimes do colarinho branco.⁹⁸ Esse estudo representa uma primeira forma de análise da maneira como se estabelecem as relações em ambientes empresariais e como a prática de condutas criminosas poderia advir da associação diferencial.

Mesmo em meados de 1949, SUTHERLAND identificou que algumas empresas pareciam mais férteis para o cometimento de crimes do que outras, e que algumas dessas empresas e indústrias possuíam uma cultura própria, permissiva e de incentivo à prática de ilícitos criminais. Essa é uma das razões pelas quais, dentro da estrutura

⁹⁸ SUTHERLAND, Edwin Hardin. **White Collar Crime**. United States: Yale University, 1983. p. 49.

empresarial, o processo de contratação de funcionários, afirmava, não é direcionado a delinquentes, mas essas características peculiares influenciam e explicam o fato de algumas organizações serem formadas por pessoas íntegras, as quais, influenciadas pela ambição que marca uma economia de mercado baseada no resultado, aderem a condutas antiéticas e criminosas.⁹⁹

Enquanto a ideia de que existe uma cultura em certos negócios ou empresas – os quais não só toleram, mas dão suporte à prática de crimes – tenha sido originariamente descrita por Edwin SUTHERLAND, a dimensão sobre os fatores criminógenos que marcam a atividade econômica empresarial na atualidade pode contribuir para estabelecer limites à imputação penal individual, bem como para prevenir condutas ilícitas praticadas no seio da organização.

A criminologia, disciplina que tradicionalmente tem se encarregado de estudar as causas desencadeadoras de condutas ilícitas e estratégias de prevenção, pode ser relacionada com a implementação de programas de *compliance*, uma vez que este se constitui em ferramenta político-criminal para coibir o conhecido *corporate crime* e possui a função de assegurar o respeito à legalidade dentro da empresa, prevenir e descobrir condutas ilícitas.¹⁰⁰

NIETO MARTIN, sobre o delito de empresa, indica tratar-se de: “*um delito estrutural, no sentido de que a existência de uma corporação implica um maior risco de*

⁹⁹ SUTHERLAND, Edwin. “*White collar criminals, like professional thieves, are seldom recruited from juvenile delinquents. As part of the process of learning practical business, a young man with idealism and thoughtfulness for others is inducted into white collar crime. In many cases he is ordered by managers to do things which he regards as unethical or illegal, while in other cases he learns from those who have the same rank as his own how they make a success. He learns specific techniques of violating the law, together with definitions and situations in which those techniques may be used. Also, he develops a general ideology. This ideology grows in part out of the specific practices and is in the nature of generalization from concrete experiences, but in part it is transmitted as a generalization by phrases such as “We are not in business for our health”, “Business is business”, and “No business was ever built on the beatitudes.” These generalizations, whether transmitted as such or constructed from concrete practices, assist the neophyte in business to accept illegal practices and provide rationalizations for them*”. In: SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Crime*. United States. Yale University, 1983, p. 50.

¹⁰⁰ NIETO MARTIN, Adan. **Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas**. In: Manual de cumplimiento normativo penal em la empresa. MARTÍN, Adan Nieto. (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p.26.

*que aparezcan conductas ilícitas por parte de seus empregados”.*¹⁰¹ Assim, quando se fala que o delito cometido no âmbito da empresa é um delito estrutural, se quer ressaltar que a conduta delitiva é determinada por fatores ambientais procedentes do grupo e que a estrutura de poder dentro da corporação é que a determina. Existe um objetivo na empresa que se sobrepõe e transcende os interesses individuais, cujos laços de solidariedade entre os seus membros se tornam mais fortes do que o respeito à legalidade, formando assim o chamado espírito criminal do grupo que se constitui em uma forma desviada de cultura corporativa.¹⁰²

Da mesma forma, SILVA SANCHEZ ao analisar o princípio da desconfiança em estruturas empresariais, explica que sua incidência estaria relacionada com a potencialidade criminógena de certas dinâmicas de grupo. A identificação de características próprias da atividade empresarial como o anonimato, concepções errôneas sobre solidariedade, lealdade, cegueira quanto às consequências de execução de ordens bem como a orientação ao lucro, pode gerar pautas informais de conduta que subestimam os riscos inerentes à atividade empresarial. Estes elementos tomam por base as concepções da *behavioral economics* e da psicologia cognitiva¹⁰³

A explicação de o delito cometido na empresa ser um delito estrutural, pode abarcar três grandes conjuntos, quais sejam, (i) o primeiro, relacionado aos problemas de imputação, consequência do sistema de organização e divisão do trabalho, com processos de divisão vertical e horizontal, conforme abordado no tópico anterior; (ii) o segundo, alinhado ao pensamento de SUTHERLAND, traduz o fato de que fazer parte de uma empresa aumenta a possibilidade de que determinados indivíduos, os quais jamais cometeriam um crime, o façam, de acordo com a lógica de que uma má conduta corporativa propicia a aprendizagem de condutas delitivas. Desse quadro decorre o chamado processo de despersonalização, como um conjunto de pressões desenvolvidas para o resultado que asseguram à empresa a sua continuidade além das pessoas que a compõem.

¹⁰¹ NIETO MARTIN, Adan. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Iustel Publicaciones, 2008. p.40.

¹⁰² *Ibid.*, p.26.

¹⁰³ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos del Derecho Penal de la empresa**. Madrid: Edisofer S. L., 2013. p. 171.

O terceiro grupo ao qual NIETO MARTIN faz referência é o mais conhecido fator criminógeno do chamado *corporate crime*, o qual também explica as suas particularidades, quais sejam os problemas de circulação dos fluxos de informação dentro da empresa. Seja o empregado frente à direção da empresa, seja a empresa frente ao aparato estatal, quem pratica um delito objetiva que a informação jamais chegue a um terceiro. Da mesma forma, os obstáculos que impedem a perfeita circulação de informação podem advir do sistema de divisão de trabalho, eis que quem realiza a atividade operacional nem sempre tem conhecimento necessário para compreender a amplitude de seu significado.¹⁰⁴

Neste último ponto, MANSDORFER, ao analisar a responsabilidade criminal individual em um grupo, assinala que geralmente o indivíduo, devido à divisão de trabalho, pode perder a sensibilidade para perceber alguns riscos que permeiam a sua atuação. O sujeito depende de informações para que esteja em condições de atuar de maneira segura.¹⁰⁵ É aqui onde o fator criminógeno que mais se sobressai no âmbito dos crimes empresariais pode influenciar a responsabilização criminal individual em grandes estruturas marcadas por uma ampla fragmentação das atividades laborais e uma significativa distribuição de competências entre as diversas camadas de gestão. Neste cenário, garantir um adequado fluxo de informação torna-se imprescindível.¹⁰⁶

A comunicação entre as diversas esferas da organização empresarial contribuirá para uma gestão material eficaz, cuja primeira consequência será a redução e controle dos fatores que incrementem o risco de condutas ilícitas, sejam elas de suas mais variadas formas. De igual modo, PASTOR MUÑOZ observa que uma das causas que contribuem para a delinquência no âmbito da empresa está ligada à sua própria estrutura e configuração, as quais podem oferecer oportunidades para delinquir se conduzidas sem mecanismos de controle. Todas as possibilidades mencionadas, se somadas à internacionalização e desenvolvimento da economia, podem ser multiplicadas.¹⁰⁷

¹⁰⁴SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos...** *op. cit.*, p.41.

¹⁰⁵MANSDORFER, Marco. **Responsabilidad e imputación individual es en la ejecución de tareas en un grupo.** Barcelona. In *Indret 2/2007*, p. 9. Disponível em http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

¹⁰⁶*Ibid.*, p.14.

¹⁰⁷PASTOR MUNOZ, Nuria. **Organizaciones Culpables.** Barcelona. In: *Indret 2/2006*, p. 5. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/340.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

3.3 GESTÃO MATERIAL E A FORMA COMO SE CONFIGURAM AS ORGANIZAÇÕES.

De acordo com o que foi acima explicitado, a atividade econômica desenvolvida no ambiente intra empresarial possui fatores criminógenos que lhe são inerentes, desde a perspectiva da psicologia cognitiva até a constatação de que a própria configuração estrutural da empresa pode influenciar em oportunidades para que crimes sejam praticados.

Neste sentido, conhecer o modo como se estruturam as organizações é indispensável para que se possa atribuir corretamente eventual responsabilidade criminal por ato ilícito praticado e para saber como o Direito Penal deve intervir se a atividade daquelas lesionarem bens jurídicos suscetíveis de proteção penal. A distribuição de competências dentro das múltiplas esferas da estrutura empresarial pode contribuir para reafirmar os critérios de autorresponsabilidade e, de outro lado, também pode esconder as atribuições e competências concretamente assumidas.

Não é por outro motivo que SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO apontam que um dos grandes desafios no que tange ao *corporate crime* se encontra na intervenção delitiva e na separação entre autor e partícipe, principalmente em organizações descentralizadas e complexas. O modo como o modelo de gestão de cada empresa é estruturado pode estender o poder de decisão a inúmeros sujeitos, bem como afetar a interação entre os órgãos de direção, “*daí porque o surgimento desses “silos” criados entre os diversos órgãos possam ser evitados por um programa de Compliance diligente no controle da prevenção de riscos*”.¹⁰⁸

É aqui que se denota como o tema gestão empresarial está associado aos mecanismos de gestão de risco no âmbito das corporações. O conhecimento daquele é necessário para que se tenha um programa de *compliance* efetivo e realmente capaz de prevenir riscos futuros.

Note-se que neste aspecto deve ser observado que ROTSCH relaciona a origem da discussão acerca do *compliance* com a tendência de se recorrer ao modelo de

¹⁰⁸ SANCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance...** *op. cit.*, p. 11.

imputação *hacia arriba*, ou também conhecido como *top down*¹⁰⁹. Esta tendência teria sido evidenciada com o caso da empresa Siemens, maior corporação de tecnologia da Alemanha, após a constatação de que, a nível mundial, realizava pagamento de subornos ao mesmo tempo em que praticava violação de normas de concorrência com a constituição de cartéis.¹¹⁰

Com a análise do caso perante a justiça alemã, o entendimento jurisprudencial firmado pelo *Bundesgerichtshof*, Tribunal Federal da Alemanha, que dali decorreu foi o de se recorrer ao modelo de imputação *hacia arriba* para a responsabilização de diretores da referida empresa. “*De hecho, desde la doctrina se señala que estas auditorías se presentan como una forma de ir en contra de la tendencia actual de recurrir al modelo de imputación hacia arriba o, también denominado, de responsabilidad del titular de la empresa.*”¹¹¹

A criação de um modelo de autor para as pessoas que ocupavam cargos de direção dentro da empresa e a necessidade evitar punição pelas dificuldades acima mencionadas preparou o cenário para repensar o modo como se configuram as organizações, não só de maneira formal mas sim de acordo como as competências materialmente assumidas.¹¹²

Da mesma forma, ao descrever as razões da crescente importância da relação entre Direito Penal e *Compliance*, KUHLEN observa que a decisão no famoso caso *Lederspray* iniciou uma aguda mudança na dogmática penal em razão da jurisprudência firmada pelo BGH.

Segundo o autor, é desde então que se pode falar de uma concepção de responsabilidade jurídico-penal derivada simplesmente da posição de administrador da empresa. Este enfoque se caracteriza pelo fato de que o pressuposto da responsabilidade,

¹⁰⁹ ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance**. In: Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015. Peru. 2015. p 13.

¹¹⁰ KUEHLEN, Lothar. **Cuestiones fundametales de compliance y Derecho Penal**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 51.

¹¹¹ FERNANDEZ, Raquel Montaner. **La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales**. In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; FERNADEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 145.

¹¹² ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas...** *op. cit.*, p. 15.

seja ação ou omissão, se examina em duas fases, quais sejam, primeiro se examina a empresa e somente depois os membros dela, “*En el fondo, de ello se sigue que el interes jurídico-penal se desplaza de las personas más cercanas al hecho, por lo general empleados subordinados de la empresa, a los administradores de la mismo*”.¹¹³

KUEHLEN vai além e afirma que a decisão proferida no caso Lederpry é sentença do século na qual o BGH implantou uma mudança de paradigmas eis que disto decorreu o fato de que pela primeira vez grandes empresas alemãs, bem como os advogados que a elas assessoravam, viram como um problema sério os riscos de sanções penais aos membros dos órgãos de administração das corporações.¹¹⁴

MONTANER FERNÁNDEZ identifica a perspectiva da criminalidade de empresa a partir da gestão empresarial. Este conceito de gestão significa levar a cabo todas as medidas que conduzem à realização de um objetivo determinado, de organização, coordenação e controle de todos os fatores pessoais, materiais e financeiro, conceito que engloba funções como (i) fixação de políticas gerais da empresa, (ii) programação de objetivos e (iii) tarefas de gestão de diária. Para a referida autora, os delitos cometidos a partir da empresa são decorrentes de uma má gestão e da falha dos múltiplos instrumentais disponíveis.¹¹⁵

Para além da concepção formal de gestão, que se aproxima do conceito clássico de administrador, a autora propõe a adoção da chamada gestão material. Tal conceito compreenderia atribuições de direção e competência decisória dentro da empresa, departamento e área, não se referindo somente às funções formalmente atribuídas, mas também, e principalmente, às materialmente adquiridas.¹¹⁶ Desta forma, quanto maior a estrutura da organização, mais ela se distanciaria da clássica separação hierárquica entre superior e funcionário, cuja relação se verá intercalada por diversos outros setores de gestão, cada qual premido de funções e competências específicas.

Aqui, importante destacar que a organização empresarial pode ser simples ou

¹¹³ KUEHLEN, Lothar. **Cuestiones fundametales...** *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 98

¹¹⁵ FERNÁNDEZ, Raquel Montaner. **Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad penal: A propósito de la gestión medio ambiental.** Barcelona: Atelier, 2008. p.54.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.55.

complexa. A primeira é a mais elementar, adota um modelo de gestão centralizado com um administrador individual que dirige e coordena os negócios empresariais e seus subordinados.¹¹⁷

Ocorre que, boa parte da problemática que envolve a imputação de responsabilidade penal em crimes cometidos a partir da empresa deriva de sua análise em estruturas empresariais complexas. Na medida em que a organização da empresa se afasta do quadro linear acima descrito, as funções de direção e gestão da atividade empresarial se dividem entre sujeitos distintos. Em estruturas complexas, se observa o modelo de gestão descentralizado com a diversificação das esferas de competência. O poder de gestão e decisão deixa de ser uma função exclusiva do administrador da empresa e os delitos que eventualmente surjam da atividade empresarial podem ser atribuídos a diversas pessoas.¹¹⁸ Por isso, SILVA SANCHEZ, define que a organização empresarial é um bom exemplo do que se constitui a “Interdependência dos indivíduos na vida social”, não sendo fácil estabelecer quem é competente para cada função e em que medida.

Assim, em estruturas empresariais complexas as figuras do empresário e do conselho de administração não podem ser confundidas com as funções de direção. Neste contexto, três dimensões devem ser observadas, distinguindo-se entre: (i) *top management*, correspondente à função de gestão estratégica, que englobaria a fixação de políticas da empresa, diversificação dos diversos âmbitos de atividade, abandono e saída de mercados, coordenação dos grandes setores da empresa; (ii) *management médio*, concernente à função de gestão de caráter operacional, a qual situa –se fora da administração da empresa, com deveres de direção, coordenação e controles específicos; e (iii) uma função que se encontra fora da administração, situada na direção inferior da empresa, frente aos seus departamentos.¹¹⁹

A formulação acerca da necessidade de conhecimento da estrutura empresarial complexa, descentralizada e com funções distribuídas em níveis hierárquicos diversos é essencial para compreender a ideia de *má gestão*. O delito é cometido, pois algum dos elementos que poderiam contribuir para refrear práticas criminosas podem ter se mostrado,

¹¹⁷ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos...** *op.cit.*, p. 53.

¹¹⁸ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. **Fundamentos...** *op.cit.*, p. 54

¹¹⁹ MONTANER, Raquel. **Gestión Empresarial...** *op. cit.*, p. 57.

de alguma forma, falhos.

O tratamento da criminalidade empresarial abordada a partir da perspectiva da *gestão empresarial*¹²⁰ conduz à compreensão do crime como resultado de uma *má gestão*.¹²¹ Consoante esclarece PASTOR MUÑOZ, este fenómeno é demasiado amplo e abarca tanto hipóteses da criminalidade *intraempresarial*, compreendendo aqueles comportamentos delitivos dirigidos face aos bens jurídicos da própria empresa (*Betriebskriminalität*), quanto da criminalidade *ad extra*,¹²² onde os delitos atingem bens jurídicos de terceiros (*Unternehmenkriminalität*), como, por exemplo, o meio ambiente.¹²³ Na tangente da criminalidade *ad intra*, deve-se ainda individuar as hipóteses de delitos que somente podem ser praticados por pessoas detentoras de *poderes de gestão*¹²⁴, as quais concentram as atribuições de decisão e disposição sobre os interesses da empresa.¹²⁵ Esta última forma de criminalidade, como precisamente pontua PASTOR MUÑOZ, tem por ponto chave a *deslealdade* dos diretores ao administrar bens de titularidade da sociedade¹²⁶, razão pela qual torna-se tão significativo o debate acerca das formas e limites de sua imputação.¹²⁷ Sem embargo, é no seio da criminalidade *de*, ou *através*, da empresa (*Unternehmenkriminalität*) onde surgem problemas substanciais quanto à atribuição e

¹²⁰ *Ibid.*, p.53.

¹²¹ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión Empresarial... op. cit.*, p. 53.

¹²² PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?**. In: InDret 2006, num.04. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>. Acesso em: 10 de junho de 2015.

¹²³ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión Empresarial... op.cit.*, p.53.

¹²⁴ A noção de gestão empresarial deve ser estudada, frente às modernas arquiteturas organizacionais de que se valem as empresas, a partir de um viés material, e não meramente formal. Desta feita, na esteira do que preconiza MONTANER, a figura do *gestor* compreenderá “*aquela pessoa que possui competências de direção e decisão dentro da empresa, ou, em concreto, dentro de um determinado departamento ou área desta. Por isso, o gestor não necessariamente se confundirá com a pessoa do administrador da empresa*”. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión Empresarial... op. cit.*, p.55.

¹²⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La respuesta adecuada...** *op.cit.* p. 3. O mesmo autor, a respeito, refere-se àqueles que possuem cargos de responsabilidade.

¹²⁶ PASTOR MUÑOZ, Nuria. **La respuesta adecuada...** *op.cit.* p. 3

¹²⁷ Ainda sobre a relevância desta diferenciação, SILVA SANCHÉZ pontua que dela decorrem duas ordens de responsabilidades para o administrador, é dizer, duas dimensões de um mesmo dever de garante: uma dimensão *ad intra*, orientada à evitação de resultados lesivos para a própria empresa – garante de proteção -, e uma dimensão *ad extra*, voltada à evitação de resultados lesivos cujos efeitos se produzam sobre pessoas externas a partir da atividade dos membros da própria empresa - garante de controle (*Unternehmenkriminalität*). SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. Deveres de Vigilancia y Compliance Empresarial. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 79.

demonstração probatória da responsabilidade penal.¹²⁸

Em razão desses problemas próprios inerentes à criminalidade de empresa é que se faz necessário o estudo do modo como se estruturam as organizações. Como se verá adiante, a reconfiguração organizacional dos sistemas de controle da empresa, mediante a adoção de programas de conformidade com a clara distribuição de competências entre os seus diversos níveis, contribuirá para que se intensifique as medidas de prevenção no desenvolvimento da atividade econômica empresarial

3.4 GOVERNANÇA CORPORATIVA E EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO BRASIL

Antes de a discussão acerca da necessidade de implementação de programas de *compliance* no âmbito da atividade econômica empresarial ganhar força em razão de tudo o que restou abordado até o presente momento, há algumas décadas a chamada governança corporativa, ou *corporate governance*, é um instituto conhecido e aplicado no âmbito empresarial.

Conforme leciona André MURACH, a identificação da origem da governança corporativa é controvertida bem como não é igualmente fácil determinar o marco cronológico específico do momento em que tal conduta empresarial passou a ser adotada.¹²⁹ Não é incomum encontrar estudos sobre o presente tema que trazem uma abordagem histórica que remonta a sua criação a conflitos entre acionista e gestores de empresa do Leste da Índia no século XVII.¹³⁰

Como o foco da presente discussão é a abordagem das práticas de governança corporativa no ambiente intra empresarial, que se relaciona com o equilíbrio das decisões tomadas pelos gestores frente a acionistas e a própria atividade econômica

¹²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.** In: Dial Net. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>. Acesso em: 22 de julho de 2015, p. 529.

¹²⁹ MARUCH, André. **As principais práticas de Governança Corporativa adotadas no mercado brasileiro em face do mercado internacional: 1ª parte.** In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 127, jan/2009. p. 3.

¹³⁰ PARGENDLER, Mariana. **The Corporate Governance Obsession.** Stanford Law and Economics Olin Working Paper, n. 470, 2015. p. 12.

empresarial, pode-se destacar que Foi Richard Cyert, economista norte-americano, o responsável por conceituar o presente tema em uma audiência no senado dos Estados Unidos da América ocorrida no ano de 1976. Segundo ele, o tema refletiria “*a necessária relação do conselho de administração com os executivos e acionistas das corporações em geral*”.¹³¹

Tal fato decorreu em virtude de que grandes investidores passaram a se insurgir em face de algumas corporações que mantinham uma administração irregular e que colocavam em risco, mediante práticas irregulares de gestão, grandes organizações e, conseqüentemente, o direito de acionistas e o desenvolvimento da própria atividade econômica.

Segundo GUARAGNI, a sustentabilidade na atividade empresária é a tônica do atual modelo econômico e não compõe só um horizonte discursivo. Esta ideia permeia a atividade econômica por pelo menos 3 décadas em oposição a um modelo diverso de produção, modelo este que encarava como meras externalidades os impactos negativos gerados pela atividade e suas eventuais conseqüências àqueles que não fossem os acionistas.¹³²

“Constituíam problemas alheios ao núcleo empresário produtor. O respectivo saneamento era atribuído a sujeitos diversos da empresa: o Estado, sobretudo. Tratava-se de um modelo insuportável de distribuição de papéis: quem produzia impactos negativos para terceiros, como conseqüência necessária para produzir e ganhar com o seu produto, não tinha compromissos com a neutralização destes impactos”¹³³

A noção de sustentabilidade decorreu da percepção dos riscos inerentes à tecnologia na atuação empresarial que determinaram a tomada de decisões políticas¹³⁴. A governança corporativa, com os pilares que serão abordados mais adiante, se constitui no reflexo dessa tendência.

¹³¹ “deals with the relationship of a board of directors to the chief executive officer and to the stockholders of the corporation in general.” In: PARGENDLER, Mariana. **The Corporate Governance Obsession**. Stanford Law and Economics Olin Working Paper, n. 470, 2015, p. 12.

¹³² GUARAGNI, Fábio. **Capítulo 1 – disposições gerais. Comentários aos artigos 1 a 4**. In: Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coord. CAMBI. Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. Org. BERTONCINI, Mateus. São Paulo: Almedina, 2014. p. 73.

¹³³ *Ibid.*, p.73.

¹³⁴ *Ibid.*, p.73.

É certo que o presente instituto tornou-se relevante e ganhou notoriedade no início dos anos 90 como decorrência da necessidade de acionistas serem protegidos de eventuais abusos cometidos pelas diretorias executivas, eventuais omissões de órgãos de controle e de auditoria. LODI identifica que a era da governança corporativa teria começado no de 1992, quando foi demitido Robert Stempel, então presidente da General Motors, em evento que quase levou a empresa à falência com atos que também teriam envolvido evidente omissão do Conselho de administração frente às irregularidades que ocorriam.¹³⁵

Como forma de reação a esses eventos no sentido de estabelecer princípios rígidos para o desenvolvimento da atividade empresarial, houve uma clara disseminação para a implantação de boas práticas de governança no ambiente corporativo. Assim, a palavra governança pode ser identificada como o modo de governo, administração ou gestão, e o termo corporativa refere-se à atividade empresarial, que, em suma, significa a maneira de se gerir sociedade.¹³⁶

Desde o início dos anos 90, diversos organismos internacionais se esforçaram para inserir nas práticas empresariais um componente ético, e não só puramente econômico. Desde então tem-se adotado o termo “responsabilidade social corporativa” (*corporate social responsibility*) para dar maior ênfase neste aspecto.

CAVERO acentua que um dos âmbitos específicos desta responsabilidade é a transparência da empresa frente a acionistas e interessados que não estão na administração, visto que na empresa moderna resulta necessário assegurar um nível de transparência que permita que terceiros tenham conhecimentos dos riscos que assumem ao investir ou se vincular determinada empresa. Isto se desenvolveu com a chamada governança corporativa (*good corporate governance*), que se traduziu operacionalmente na criação dos primeiros códigos que estabelecem determinados deveres na direção e supervisão com o escopo de garantir uma administração ordenada e confiável.¹³⁷

Segundo o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do

¹³⁵ LODI, João. **Governança Corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 10.

¹³⁶ MARUCH, André. **As principais práticas de Governança Corporativa...** *op.cit.*, p. 13.

¹³⁷ CAVERO, Percy García. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores, 2014. p. 24.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG, organização dedicada à promoção do instituto no Brasil e principal fomentador das práticas e discussões sobre o tema, a preocupação é criar um conjunto eficiente de mecanismos que assegurem que o comportamento dos administradores esteja alinhado com o melhor interesse da empresa, neste sentido:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre Acionistas/Cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade¹³⁸

Precisa definição também é trazida por Arnaldo WALD quando preceitua que Governança Corporativa “no fundo, significa a institucionalização da empresa, mediante a regulamentação de sua estrutura administrativa”,¹³⁹ com o escopo de melhorar a captação de recursos financeiros, agregação de valor ao negócio e otimização gerencial¹⁴⁰

Neste contexto de alinhamento de atuação dos administradores com os melhores interesses da empresa, na proteção de acionistas e da própria atividade econômica empresarial, esta institucionalização é regida por cinco princípios, quais sejam, (i) *fairness*, (ii) *ethics*, (iii) *accountability*, (iv) *disclosure* e (v) *compliance*

O primeiro deles, (i) *fairness*, significa a atuação com equidade e justiça que deve pautar a atuação dos diretores e conselheiros das companhias, o segundo, (ii) *ethics*, significa a necessária conduta ética de controladores e diretores na condução dos negócios, (iii) *accountability*, ou seja, prestação de contas com a imposição de revelar fatos relevantes ocorridos e dados financeiros completos, (iv) *disclosure*, que significa transparência mediante a informação aos agentes do mercado e acionistas de todas as informações concernentes à gestão e operacionalização da empresa, e, por último, como pilar da

¹³⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 3. ed. São Paulo, 2004. Disponível em http://www.ibgc.org.br/download/arquivos/Codigo_IBGC_3_versao.pdf. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

¹³⁹ WALD, Arnaldo. **O Governo das empresas**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 307, jan/2010. p. 3.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 13.

governança corporativa, o (v) *compliance*¹⁴¹, entendido aqui como elemento validador e verificador do cumprimento dos princípios anteriores¹⁴².

Da análise do presente instituto, em linhas gerais, pode-se observar a sua importância para a contextualização do tema central da presente dissertação. Desde o início da implementação dos pilares da governança corporativa no Brasil, no início da década de 90, a necessidade de *compliance* no âmbito intra empresarial já era trazida como elemento essencial à implementação das boas práticas empresariais.

Neste sentido, o Professor Giovani SAAVEDRA leciona que a primeira forma em que o *compliance* surge no Brasil é justamente mediante a difusão da Governança Corporativa, tendo em vista o fato de que, conforme apontado acima, já era um dos princípios da sua aplicação. Ocorre que, no período que antecede à entrada em vigor da Lei de Lavagem de Capitais, em 1998 e 2012, e da Lei Anticorrupção, no ano de 2014, não havia a concepção e consenso entre os especialistas na área societária e empresarial acerca da efetiva necessidade de adoção desses programas no ambiente empresarial. A principal justificativa era a inexistência de regulamentação legal que impusesse a adoção de *compliance*.¹⁴³

Ou seja, o modo como era analisado este quarto princípio se dava sob um viés autorregulatório puro no sentido de estar circunscrito somente a práticas internas de gestão e o modo como cada empresa entendia que deveria estar adequada à Lei, vinculando-se, assim, com o direito de uma maneira muito indireta já que não havia nenhuma imposição para a sua aplicação.¹⁴⁴

Esta forma de abordagem do tema *compliance* passou por significativas modificações com a entrada em vigor das alterações promovidas na Lei de Lavagem de Capitais, Lei 12.683 de 09 de julho de 2012, que teve o escopo de tornar mais eficiente a persecução penal nos crimes de lavagem de dinheiro. Conforme já devidamente abordado no primeiro capítulo da presente dissertação, referida Lei criou o dever de as pessoas

¹⁴¹ MURACH André. **As principais práticas de Governança Corporativa...** *op. cit.*, p. 13.

¹⁴² SARCEDO, Leandro. **Criminal Compliance**. Aula lecionada no VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no dia 19 de setembro de 2014.

¹⁴³ SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Lei Anticorrupção e Compliance Criminal...** *op. cit.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

sujeitas aos mecanismos de controle adotarem políticas, procedimentos e controles internos visando a identificação de eventuais condutas ilícitas e a sua consequente comunicação aos órgãos de controle.¹⁴⁵

Neste sentido, “*gradativamente novas Leis foram sendo editadas no propósito de ampliar objetiva e subjetivamente os deveres de compliance. Em 2012 foi editada a Lei n. 12.683 que modificou a Lei 9613/1998 e ampliou os deveres e obrigações de compliance*”.¹⁴⁶

Assim, foi por meio dos pilares da Governança Corporativa que o tema *compliance* surgiu no Brasil, enquanto forma de autorregulatória pura, já que não havia imposição no sentido de obrigar a adoção nas empresas de programas de gerenciamento do risco, estando vinculada ao direito de maneira muito indireta. Em um segundo momento, a Lei de Lavagem de Capitais mudou este panorama com dever de ter programas de *compliance* ante a imposição de deveres, com evidentes possíveis reflexos na responsabilização criminal ante o seu descumprimento.

No terceiro e último momento, seguindo a mesma tendência autorregulativa empresarial, ocorreu a entrada em vigor da Lei Anticorrupção, n. 128846/2013. Aqui, os programas de *compliance* são vistos enquanto possibilidade uma vez que a sua existência terá reflexos na atribuição de responsabilidade e poderá acarretar em diminuição de penalidades.¹⁴⁷ SCHMIDT aponta que a criação de programas de *compliance* não foi imposta e sim estimulada ao dispor sobre os parâmetros de aplicações das sanções com a aplicação de benefícios “caso reste comprovado que o *non-compliance* decorreu de um ato individual em desconformidade com um adequado programa de controle”.¹⁴⁸

3.5 CRIMINAL COMPLIANCE

3.5.1 Delimitação do objeto

¹⁴⁵ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Lei Anticorrupção e Compliance Criminal...** *op. cit.*

¹⁴⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico...** *op. cit.*, p. 182

¹⁴⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Lei Anticorrupção e Compliance Criminal...** *op. cit.*

¹⁴⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico...** *op. cit.*, p. 182.

Antes de se buscar a conceituação do que é efetivamente o chamado criminal *compliance*, parece assaz pertinente trazer à baila a advertência feita por ROTSCH. Em virtude de o presente tema ser relativamente novo e, nos últimos anos, tanto na Europa continental como agora de maneira muito acentuada na realidade brasileira, muitas vezes é subestimado eis que é analisado e subsumido a discussões próprias do Direito Penal Econômico, como por exemplo sobre a posição de garantidor do responsável pelo *compliance*, questões inerentes à responsabilidade do administrador da empresa, dentre outras.¹⁴⁹

Para o mesmo autor, essas questões não representam nenhuma novidade e não são próprias para compreender o tema *compliance*, são, ao contrário, inerentes às dificuldades próprias do Direito Penal Econômico. O *compliance* representa um novo objeto de trabalho da ciência jurídica e seu conceito deve ser delimitado no sentido de discutir as questões que resultam precisamente da especial necessidade de antecipar riscos que podem influenciar na responsabilidade penal bem como em sua atuação preventiva.¹⁵⁰

No mesmo sentido, ao abordar a contribuição do Direito Penal à autorregulação empresarial, SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO destacam que o criminal *compliance* não se trata de um tópico da dogmática penal, “mas sim de um instrumento de política criminal de prevenção”¹⁵¹, e concluem no sentido de que se deve considerar a demanda da antecipação da responsabilidade como critério de regulação, sendo a dogmática chamada apenas depois para solucionar questões relativas à imputação.¹⁵²

NIETO MARTIN também acentua que ao *compliance* não interessam necessariamente os complexos debates do Direito Penal Econômico acerca de se determinada conduta é típica ou não. O *compliance* deve começar normalmente muito antes

¹⁴⁹ ROTSCH, Thomas. **Criminal Compliance**. Barcelona. In: Indret 1/2012, p. 3. Disponível em http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 4.

¹⁵¹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance... op., cit.**, p. 9.

¹⁵² *Ibid.*, p. 10.

do tipo penal, sendo que esta forma de entendê-lo é especialmente útil para empresas multinacionais que atuam sob a jurisdição de vários ordenamentos jurídicos.¹⁵³

O Direito Penal nuclear se funda na expectativa de que o autor conheça e entenda a norma proibitiva, consentindo eticamente e internalizando-a. Ocorre que, no Direito Penal Econômico, frequentemente, surgem tipos penais abertos que são formulados na fronteira da indeterminação e conseqüentemente da inconstitucionalidade. Assim, o risco da atividade econômica aumenta significativamente. Não só o risco econômico empresarial deve ser analisado pelos interessados, mas também o risco de estar se comportando de maneira penalmente relevante, sendo esta muito menos previsível do que no âmbito do direito penal nuclear. Por tudo isso é que a antecipação de responsabilidade jurídico – penal é elemento essencial do criminal *compliance* como meio de gestão de riscos normativos.¹⁵⁴

Também, *compliance* não pode ser simploriamente definido como a necessidade de estar de acordo com Lei eis que esta assertiva não estaria adequada à realidade da atividade econômica empresarial, mas sim de conformidade com um conjunto muito maior de regras, que podem abranger diversas áreas, como contabilidade, administração, procedimentos específicos, técnicos e, também, do direito. ROTSCH assinala que

Esto se debe a que es de hecho completamente irrelevante qué naturaleza tienen estas reglas esto es, no es necesario que se trate realmente de reglas jurídicas. Más bien, puede tratarse tanto de leyes en sentido formal, como de estándares sectoriales específicos o incluso meramente de declaración de intereses con una motivación ética.¹⁵⁵

Assim, *compliance* não é só conformidade com o direito, mas com um conjunto de regras, devendo, inclusive, estar em harmonia com algumas espécies de comportamentos que não sejam juridicamente vinculantes de maneira direta. Se o *compliance* se circunscrevesse a apenas a seguir o direito, nada de novo seria agregado ante a obviedade de algo que já é implícito.

¹⁵³ NIETO MARTIN, Adan. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal.** In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) **Compliance y Teoría del Derecho Penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013. p.28.

¹⁵⁴ ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance.** In: Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015. Peru. 2015. p. 17.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 15

O *compliance* se desenvolve onde as exigências jurídicas não são compreensíveis e claras para uma pessoa qualquer no âmbito do comportamento preventivo. É exatamente este aspecto que gerou a necessidade de assessoria para auxiliar observância de diversas regras que norteiam a atividade empresarial. Quando o mandato normativo é claro, unívoco e internalizado pelo destinatário, é óbvio que não há necessidade de *compliance*.¹⁵⁶

Para além de conceituar *compliance* enquanto necessidade de estar em conformidade com a Lei, SAAVEDRA destaca que se trata de um método específico de criar cenários de riscos futuros bem como formas de controle para prevenir riscos.¹⁵⁷

Os objetivos são definidos pela própria empresa e se referem à necessidade de impedir fatos delituosos, especialmente corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento ao terrorismo, delitos contra a livre concorrência, contábeis, fraudes tributárias, delitos ambientais, e revelação de segredos profissionais. Não somente abarcam interesses no âmbito da empresa, tais como os objetivos de seus proprietários, como também interesses sociais, de consumidores e parceiros comerciais.¹⁵⁸

3.5.2 Criminal *compliance* como forma de minimização dos riscos na gestão da atividade empresarial

Com a delimitação do objeto do presente estudo realizada anteriormente, pode-se observar que o tema *compliance* há algum tempo faz parte da realidade na atividade econômica empresarial e é objeto de análise, inclusive, por outros ramos do direito. Apesar de a discussão chegar no âmbito das ciências criminais de uma forma mais tardia do que nas outras esferas, é fato que as mudanças que vêm ocorrendo nesta área podem ser responsáveis por profundos impactos nas empresas, talvez os mais gravosos, caso não sejam devidamente observadas.

¹⁵⁶ ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas...** *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Lei Anticorrupção e Compliance Criminal...** *op. cit.*

¹⁵⁸ SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa...** *op. cit.*, p. 70

Segundo NIETO MARTÍN, “*el punto de partida es que el Derecho Penal há sido el ultimo invitado a esta fiesta corporativa de la autorregulación*”.¹⁵⁹

A despeito de o Direito Penal ter sido, de fato e como não poderia ser diferente, o último convidado para esta festa, o autor descreve que as normas internas da empresa que integram os programas de *compliance* se assemelham a um grande rio em que desembocam inúmeras afluentes e de distintas procedências. A primeira delas é (i) prevenção de riscos laborais, proteção de dados, contra a lavagem de dinheiro e abuso de mercado. Estas normativas impõem às empresas a necessidade de adotar controles internos com o fim de prevenir determinadas infrações normativas. A (ii) segunda afluente seria o governo corporativo, buscando acabar com o abuso de poder dentro das corporações. A (iii) terceira são os códigos de ética, que estão vinculados ao tema responsabilidade social, (iv) a quarta é a auditoria interna e, por último, (v) finalmente aparece a responsabilidade penal com a função de prevenir e detectar atos ilícitos.¹⁶⁰

Quando a empresa conta com todos, ou ao menos com a maioria dos elementos acima analisados, é que o programa de *compliance* criminal pode ser efetivado e analisado sob a ótica do penalista para que não se tenha somente um *compliance*, mas um criminal *compliance*. A primeira consequência é que quando a empresa não possui todas, ou ao menos a maioria dessas vertentes já implantadas, resulta muito complexo começar a implantação de sistemas de prevenção de fatos delitivos “*es tanto como empezar a construir la casa por el tejado*”¹⁶¹

Da mesma forma SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO destacam que as referidas afluentes se constituem em “verdadeiros alicerces sob os quais se assentará um sistema de prevenção de fatos delitivos e minimização de riscos. A partir daí se conclui pelo seu estrito caráter político-criminal”.¹⁶²

O Criminal *Compliance*, cujo termo advém do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, adequar-se ou realizar algo imposto é objeto de grande discussão na moderna dogmática europeia e ganhou muito espaço, por exemplo, na

¹⁵⁹ NIETO MARTIN, Adan. **Problemas fundamentales...** *op. Cit.*, p.26

¹⁶⁰ *Ibid.*, p.26

¹⁶¹ *Ibid.*, p.26

¹⁶² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance...** *op., cit.*, p. 10.

doutrina espanhola, após a edição da Lei Orgânica 5/2010, que introduziu no Código Penal espanhol a responsabilização penal da pessoa jurídica tendo estabelecido, como circunstância atenuante de pena, a implementação de medidas de prevenção e descoberta de delitos praticados no âmbito daquela.

Segundo o Professor Sérgio Salomão SCHECAIRA os programas de *compliance* compreendem diferentes esferas da atividade econômica empresarial que vão desde códigos de prevenção em matéria ambiental até instrumentos de prevenção de crimes de lavagem de capitais e atos de corrupção.¹⁶³

SILVA SANCHEZ aduz que nos programas de compliance pode-se observar a chamada vigilância empresarial aos ilícitos por meio da adoção de mecanismos de autorregulação que visam neutralizar fatores culturais ou dinâmicas de grupos que ocasionam ilícitos e de incentivar culturas de grupo para fidelidade ao Direito, realizados por pessoas que administram a organização empresarial.¹⁶⁴

Originário do direito norte-americano, primeiro país a se comprometer com o combate à corrupção internacional por meio do chamado *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), desde 2002 pode-se observar uma considerável ampliação no estabelecimento de programas de compliance. Tal fato decorreu em virtude da aprovação da *Sarbanes-Oxley Act*, Lei que prevê de maneira detalhada diversas medidas preventivas que as empresas estão obrigadas a tomar, dentre elas, a criação de diretrizes éticas, a responsabilidade direta da direção da empresa pela criação dos programas, criação de auditoria e controles internos bem como o estabelecimento de canais de denúncia.¹⁶⁵

Também, este instituto foi fortemente ampliado após a crise financeira de 2008, por meio da edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010. Esta realidade somada à sistemática de criminalização das pessoas jurídicas, a responsabilização dos dirigentes, das decisões colegiadas, dentre outras que demandam profundo estudo, autorizam a afirmação de estar-se diante de uma nova era do direito penal,

¹⁶³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Compliance e o direito penal**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, mai./2011. p. 1.

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Deberes de vigilancia y compliance empresarial**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 100.

¹⁶⁵ SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa ... op., cit., 74.**

onde as obrigações de observância constituem-se como ponto relevante dentro da responsabilização criminal.

Assim, o *compliance* não se resume a informar investidores sobre a adoção de programas para influenciar decisivamente no valor de suas ações. Hoje, a necessidade de implementação também leva em conta as sanções jurídicas que podem advir e sua relevância neste aspecto no ambiente empresarial “*el compliance ya no es solamente un instrumento que asegura el valor de la empresa, sino un criterio se utiliza decisivamente en la determinacion de las responsabilidades jurídicas*”¹⁶⁶

Conforme analisado, é certo que a conduta dos membros de um organização empresarial está fortemente ligada à cultura do local em que estão inseridos. Em decorrência disso, é que o *compliance*, enquanto mecanismo de prevenção e gestão do risco que visa impedir o cometimento de condutas ilícitas influenciará na observância da regulação estatal.¹⁶⁷ Exatamente por isso é que COCA-VILA aduz que *compliance* deve ser entendido como um conjunto de medidas que visa garantir que todos os membros de uma empresa, desde o presidente do conselho de administração até o último empregado, cumpram com as regras estabelecidas.¹⁶⁸

A complexidade das relações sociais hodiernas no mundo marcado pelo processo de globalização, avanço da tecnologia e velocidade de informação exige do Estado uma adaptação muito rápida das regras jurídicas moldadas para regular situações menos mutáveis e dinâmicas. Esta necessidade de adaptação do regramento jurídico às novas formas de relacionamento muitas vezes não se coaduna à exigência de refinamento e sistematização das técnicas legislativas, resultando na edição de leis pouco claras e transparentes.

O *compliance* seria fruto de um novo risco da atividade empresarial, diferente do tradicional risco econômico, estar-se-ia falando de um risco normativo. Este risco normativo surge como o problema do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio

¹⁶⁶ CAVERO, Percy García. *Criminal Compliance... op., cit.*, 20.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 59

¹⁶⁸ VILA, Ivó Coca. *Programas de cumplimiento... op. cit.*, p. 55.

ambiente, consumidor, dentre outras¹⁶⁹. Assim, o *compliance*, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais.¹⁷⁰

As políticas de governança empresarial ligadas ao cumprimento dos mandamentos normativos deve ser desenvolvida de acordo com as especificidades do ramo de atividade empresarial e sua respectiva regulamentação jurídica. Cada ramo de atividade está sujeito a distintos riscos normativos inerentes a atividade desempenhada, de tal sorte que não existe um modelo padrão de programa de cumprimento, devendo ser construído e analisado em cada caso concreto.

Esta variedade de objetivos e âmbitos de proteção faz com o que os programas de *compliance* variem muito de uma empresa para outra. Ou seja, é importante destacar que não existe um programa aplicável a qualquer tipo de corporação tendo em vista que a análise recairá sobre o ramo específico de atividade, os riscos específicos que dela emergem e da própria estrutura de gestão empresarial que já possua.¹⁷¹

A doutrina espanhola de BACIGALUPO aponta que esta nova perspectiva, que estase desenvolvendo na Europa, será também necessária nos países latino-americanos, cujos sistemas jurídicos se inspiram na cultura jurídica europeia. Não só este fator, mas o mercado globalizado e a operação transnacional do comércio mundial exigem, no âmbito empresarial, a observância às novas modalidades de gestão do risco. Esta realidade não é diferente quando aplicada a matéria normativa penal, devendo a atividade empresarial preocupar-se com os riscos e os custos da regulamentação criminal que recaem sobre sua atividade:

“Es de suponer que esta nueva perspectiva, que comienza a ser desarrollada em Europa y que no puede ser considerada como definitivamente acabada, será también necesaria en los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se inspiran en La cultura jurídica europea, y en los que también operan empresas europeas. Por lo pronto, La citada Ley chilena sobre La responsabilidad de las personas jurídicas regula extensamente los aspectos referentes a la prevención de infracciones de relevancia penal o administrativa.”¹⁷²

¹⁶⁹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance... op., cit.*, p. 10.

¹⁷⁰ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 45.

¹⁷¹ SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa ... op., cit.**, 71.

¹⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal.... op. cit.**, p. 23.

Pode-se assim falar em criminal *compliance*, representado por políticas internas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal, de maior ou menor necessidade de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida. Atividades nas áreas financeiras, ambientais e tributárias, por exemplo, possuem um elevado risco normativo penal. No ordenamento jurídico brasileiro, os reflexos destas políticas de cumprimento já podem ser contemplados, como já visto, por meio da positivação ocorrida na Lei de lavagem de capitais, Lei nº 12.683/2012.. Essas obrigações decorrentes de lei afetam, no Direito Penal, principalmente “*la cuestión de la tipicidad adquiere el sentido de un calculo ex ante dela relevancia de la conducta con miras a prevenir la responsabilidad, como se dijo, no solo de las personas individuales, sino la empresa misma.*”¹⁷³

Nesta linha, pode-se afirmar que as políticas de *compliance* vão mais além da política criminal de combate à lavagem de dinheiro por meio da colaboração das pessoas privadas na identificação de atividades suspeitas. Pode-se enumerar diversos traços essenciais a uma política eficiente de *compliance*, e mais especificamente de criminal *compliance*. As características do criminal *compliance* englobam políticas internas de prevenção. Estas políticas seriam as de prevenção, investigação e supervisão na busca de evitar ou descobrir delitos praticados por meio ou sob a proteção da pessoa jurídica. As empresas devem assumir internamente uma postura preventiva, fixando códigos de condutas. O marco da política de criminal *compliance* seria a nomeação de um responsável dentro de um departamento especializado (*compliance-officer*) com as funções de vigilância, assessoramento, advertência e avaliação dos riscos legais de gestão. Na função de vigilância se desenvolveria a prevenção de delitos praticados dentro da empresa, como, por exemplo, a lavagem de capitais.

Assim, a finalidade com implementação de programas de criminal *compliance* extrapolaria a função preventiva eis que também possui função repressiva na medida em que o conceito se estende à fase posterior do cometimento do crime, sendo este aspecto considerado decisivo no triunfo do *compliance* ao redor do mundo. A empresa deve estar

¹⁷³ Na questão da tipicidade se adquire o sentido de um cálculo anterior sobre a relevância da conduta com o objetivo de prevenir a responsabilidade tanto de pessoas individuais como da própria empresa. (tradução dos autores).

protegida contra todo aquele que possa colocar em risco a reputação, assim a finalidade não é só a prevenção.¹⁷⁴

Criminal *compliance* comprende la totalidad de las medidas, necesarias ex ante y ex post no contrarias a derecho penal, normativas, institucionales y técnicas de una organización que están dirigidas a sus miembros, el Estado o el público, ya sea para a) minimizar preventivamente el riesgo de que mediante la organización o um miembro de la organización se cometa un delito de derecho penal económico relacionado con la organización contra el derecho interno o extranjero o que la correspondiente sospecha inicial de dicha comisión llegue a originarse, o b) represivamente aumentar las posibilidades de influenciar positivamente, en consenso con la autoridad en materia de persecución penal, la posibilidad de una sanción penal en sentido amplio y, con ello, finalmente c) aumentar el valor de la empresa.

Da mesma forma CAVERO afirma que além da função de prevenção, o *compliance* se constitui em um mecanismo de supervisão na empresa, cuja finalidade é assegurar a observância à Lei e às atividades corporativas. Esta finalidade se desdobra em duas funções diferenciadas, (i) função de prevenção e (ii) função de confirmação do direito.

A função de prevenção leva à implementação de um conjunto de medidas organizativas e de vigilância no interior da empresa, que visa evitar que se produzam infrações legais, ou seja, é bloquear as oportunidades para as condutas ilícitas sejam cometidas no ambiente intra empresarial. A função de confirmação se materializa com o estabelecimento de mecanismos para a detecção interna de irregularidades cometidas, bem como para a reparação e denúncia às instâncias legais. Nenhum programa de *compliance* exclui a possibilidade de cometimento de delitos no ambiente empresarial, sendo a atitude de fidelidade ao Direito da empresa fator importante.¹⁷⁵

Como explica SIEBER, os programas de *compliance* são técnicas de autorregulação regulada ou co-regulação, podendo variar muito em seu conteúdo, pois sob esta ótica de observância se desenvolve a prevenção de delitos praticados contra a empresa, assim como delitos praticados em favor da empresa, albergando os interesses dos sócios, diretores, consumidores, trabalhadores e, inclusive, interesses sociais.¹⁷⁶ O Poder Público poderá impor programas de cumprimento criminal de três formas, ditando leis de conduta interna nas empresas, obrigando a cooperar com os órgãos de persecução criminal, ou

¹⁷⁴ ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas...** *op. cit.*, p. 20.

¹⁷⁵ CAVERO, Percy García. **Criminal Compliance...** *op. cit.*, p. 23

¹⁷⁶ SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa ...** *op. cit.*, p. 73.

tornando vinculantes os códigos de conduta internos das empresas. Países como Chile e Itália já desenvolveram políticas rígidas de cumprimento atreladas à verificação estatal.

Em que pese a relevância dos programas de cumprimento em matéria penal, estas políticas criminais de prevenção delegadas à iniciativa privada devem ser tomadas com prudência, pois não se pode nem delegar a função de polícia a iniciativa privada e tampouco impor um risco normativo de tal grandeza que prejudique o livre desenvolvimento das atividades econômicas violando postulados constitucionais inerentes ao devido processo legal de um lado, e do livre exercício econômico de outro.

No caso das políticas de cumprimento e colaboração aplicáveis à prevenção e combate a lavagem de dinheiro, forma clara e regulamentada de criminal *compliance* no Brasil, o objetivo do *compliance* não é outro senão fornecer informações para que o Estado possa tomar ciência do cometimento de crimes de lavagem de dinheiro. Porém, aos particulares investigados é negada a proteção da norma processual penal, desenvolvendo-se investigações criminais à margem dos órgãos efetivamente de persecução criminal e, mais grave, com a participação de pessoas privadas supostamente da confiança do investigado. De outro lado se impõem obrigações à iniciativa privada que extrapolam o limite de sua atuação numa verdadeira delegação do poder de polícia. Sobre a legitimidade desta forma de atuação, destaca-se, novamente, o posicionamento de SANCHEZ RIOS:

“Outro aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de longa manus dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu se ampliada quando se elasteceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um "equilibrado compromisso" depende de não assumir posturas extremadas de colaboração das particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional.”¹⁷⁷

Como forma de conclusão, cumpre ressaltar que o criminal *compliance* não se resume à simples observância da legislação penal vigente para que crimes não sejam

¹⁷⁷ SANCHEZ RIOS, Rodrigo. Direito Penal Econômico: **Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal**. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010. p. 53.

cometidos no ambiente empresarial, mas sim na necessária implantação de mecanismos autorregulatórios que englobam diversas regras, oriundas de várias áreas do conhecimento, com o objetivo de minorar os riscos da atividade econômica desenvolvida.¹⁷⁸

Em uma concepção preventiva, pode ser definido como a tomada de medidas *ex ante*, de prevenção de riscos para a neutralização de responsabilidades no âmbito penal e a sua conseqüente antecipação. Essa prevenção de atribuição de responsabilidades não é direcionada somente aos membros da cúpula diretiva de determinada empresa, e sim dirigida a todos os seus integrantes. Aqui, necessário se faz destacar a pertinência da análise da reconfiguração dos mecanismos internos de gestão com vista à gestão material para que as esferas de competências sejam delimitadas de acordo com as funções de fato assumidas.

Em uma concepção repressiva, deve-se tomar um conjunto de medidas tendentes a evitar que infrações penais sejam cometidas no interior da empresa, com mecanismos de vigilância, canais de denúncia, adoção de procedimentos investigatórios internos e eventual comunicação aos órgãos competentes para apuração da prática criminosa. Aqui, as contribuições da criminologia no que tange ao corporate crime e à criminalidade de empresa enquanto delito estrutural, no sentido de que a existência de uma corporação implica um maior risco de que apareçam condutas ilícitas por parte de seus empregados, é indispensável ao estabelecimentos desses mecanismos para afastar condutas delituosas.

¹⁷⁸ Outrossim, importa destacar que a tarefa das empresas não é cumprir com normas específicas de Direito penal, mas contar com mecanismos de gestão e controle interno eficazes para uma atuação diligente perante as normas sob as quais se encontra submetida em razão do seu empreendimento, leia-se: laboral, societária, administrativa etc. Dessa constatação se deduz que o objetivo dos programas de *Compliance* não é evitar, imediatamente, a responsabilização criminal, mas sim efetivar o cumprimento de normas legais (extrapenais), já que neste tipo de regulação a norma penal é simplesmente acessória.

4 A IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NA ATIVIDADE ECONÔMICA EMPRESARIAL E ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com o conteúdo desenvolvido no capítulo anterior, pôde -se constatar os prejuízos econômicos decorrentes de práticas criminosas no âmbito empresarial. Tais atos afetam desde a alocação e distribuição de recursos públicos até a livre concorrência, elemento primário do atual modelo econômico.

Como forma de identificar os fatores intrínsecos à atividade empresarial que impulsionam a prática de condutas ilícitas dentro das corporações, foram analisados os aspectos criminógenos que permeiam a atividade empresarial. Neste sentido, indispensável entender que o delito no âmbito da empresa é um delito estrutural e que a sua própria existência implica em um risco maior de que condutas criminosas sejam cometidas.

Se a organização empresarial inserida dentro da lógica capitalista em que o lucro é um dos principais focos que uma sociedade para fins comerciais almeja, nada mais elementar que realizar a análise da forma como se configuram as corporações e como a reconfiguração dos sistemas internos de gestão pode contribuir para neutralizar os fatores que impulsionam a prática de condutas criminosas e impedir a atribuição de responsabilidades de maneira injusta. Assim, a ideia de gestão material é indispensável para esta compreensão.

Toda esta discussão não é recente. Além das pertinentes contribuições que a criminologia trouxe para entender a prática de crimes dentro das empresas e o reconhecimento da economia de que isso afeta o próprio sistema econômico que está assentado na livre concorrência, há várias décadas a Governança Corporativa é discutida e implementada no ambiente intra empresarial. Tal fato decorreu da constatação de que grandes investidores passaram a se insurgir em face de algumas corporações que mantinham uma administração irregular e que colocavam em risco, mediante práticas irregulares de gestão, grandes organizações e, conseqüentemente, o direito de acionistas e o desenvolvimento da própria atividade econômica.

Neste contexto de alinhamento entre administradores com os interesses da empresa, cinco princípios são orientadores dessa postura que determina uma nova de

atuação empresarial, quais sejam, (i) *fairness*, (ii) *ethics*, (iii) *accountability*, (iv) *disclousure* e (v) *compliance*.

O *compliance* primeiramente aparece enquanto um quinto elementos dos pilares da Governança Corporativa para então, somente após o endurecimentos da legislação brasileira mediante a edição da Lei de Lavagem de Capitais e da Lei Anticorrupção, tornar-se, muito mais do que uma mera faculdade da empresa, em um elemento essencial no desenvolvimento da atividade econômica.

Gerir o risco da atividade, antecipar possíveis condutas delituosas e criar cenários de riscos futuros como forma de controle e prevenção se constituem nos desafios que englobam o tema *compliance*. Em especial, no que se refere ao foco da presente dissertação, *experts* do Direito Penal, até pouco tempo acostumados a entender o crime enquanto fenômeno *ex post*, exercem papel fundamental na elaboração e implementação de programas de *compliance* criminal, visto que a própria legislação têm feito esta imposição bem como decorrente do fato de que os maiores danos aos proprietários, administradores e acionistas, são justamente aqueles que decorrem do cometimento de crimes.

Assim, no presente capítulo será realizada a análise prática dos elementos comuns identificados na doutrina que devem existir na estruturação de programas de *compliance* nas empresas, desde a análise de riscos até a sua implementação e consolidação. Também, será analisado como a legislação brasileira internalizou a existência do *compliance* e o modo como ele deve ser estruturado. Por fim, será realizada a análise acerca da função do penalista na função de prevenção de riscos.

4.1 IMPLEMENTAÇÃO DE UMA CULTURA DE *COMPLIANCE* NAS ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS E O NECESSÁRIO APOIO DA ADMINISTRAÇÃO

A nova relação existente entre Estado e sociedade, denota o crescimento do protagonismo do sujeito privado em torno das técnicas de controle do risco.

Em vista da consolidação desta constatação, não só mediante a análise da crise econômica de 2008, que demonstrou ao mundo a fragilidade do sistema

financeiros, sobretudo, em decorrência da evolução legislativa que de maneira pontual e contundente reflete essa realidade, pode-se observar que essa postura gerencial agora atribuída ao particular impõe a concepção de uma nova cultura empresarial.

Esta nova cultura organizacional leva à chamada cultura de *compliance*, que promove a ideia de que o negócio empresarial não deve estar limitado à eficiência dos resultados, mas também atenta aos postulados da governança corporativa e das políticas institucionais de segurança. DINIZ chega a afirmar que “os novos mecanismos de prevenção orientados em maior ou menor medida pela “cultura de *compliance*”, vêm silenciosamente decretando a perda das funções do Estado no enfrentamento dos delitos econômicos, cedendo espaço a um movimento de “autoconstitucionalização”¹⁷⁹

Além da identificação do fenômeno *extramuros*, condição indispensável e preliminar à implantação de programas de *compliance* nas empresas é necessário estabelecer uma cultura intra empresarial de conformidade. COCA VILA leciona que é *conditio sine qua non* que seja internalizado na empresa uma cultura de *compliance*. Tanto trabalhadores como diretores devem interiorizar a necessidade de respeito ao ordenamento jurídicos, dentro e fora da empresa, eis que o êxito de um programa de cumprimento normativo exigirá uma vontade geral de adequação a essas regras em todos os níveis da estrutura empresarial “*es la interiorizacion por parte de todos os miembros de la empresa de la necesidad de actuar siempre conforme a Derecho así como de la utilización constante y sin reparos de los medios de asesoria, información y denuncia intraempresariales*”¹⁸⁰

Isso deve aparecer enquanto preocupação prioritária da alta direção da corporação. Juntamente com os seus objetivos comerciais, devem estar presentes aqueles que advêm de padrões éticos que determinam o marco de atuação de cada um dos membros da corporação.¹⁸¹

¹⁷⁹ SAAD-DINIZ, Eduardo. **A criminalidade empresarial e a cultura de compliance**. In: Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP-GB. ano 2, vol. 2, n. 2, dez/2014. p.1.

¹⁸⁰ VILA, Ivó Coca. **Programas de cumplimiento como forma...** *op. cit.*, p. 53.

¹⁸¹ VARELA, Osvaldo Artaza. **Programas de Cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal**. In: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014. p. 246.

Neste sentido, é preciso saber quais são os valores que de fato regem a empresa, ou seja, determinar a ética empírica em que a organização está assentada. Esta identificação tem estreita relação com os fatores criminógenos da empresa já analisados do segundo capítulo da presente dissertação. Toda organização possui valores que condicionam o comportamento de seus membros, cuja origem pode estar dentro da própria empresa ou mesmo pertencer a um ramo específico de atividade.¹⁸²

Em segundo lugar, deve-se determinar a ética normativa. Esta se ocupa em desenvolver diversos preceitos para orientar o comportamento dos membros da organização empresarial. A identificação da cultura intra-empresarial com a proposta ético-normativa deve orientar um modo de gestão de valores com a aplicação daquilo que foi estabelecido, eis que é muito mais eficaz assegurar o cumprimento das normas jurídicas se forem promovidos na empresa os valores éticos subjacentes.¹⁸³

Essa difusão de uma cultura de *compliance* deve contar com o suporte da administração e liderança da corporação. Segundo MAEDA, talvez o maior fator para o sucesso de qualquer programa de *compliance* seja o suporte e o comprometimento da alta cúpula da empresa com uma postura de não tolerância a violação de condutas.¹⁸⁴ Este papel da direção da empresa é normalmente definido através da expressão *tone from the top*, o qual significa que a mensagem de comprometimento com o programa bem como a de fidelidade a ele está sendo constantemente transmitida pela cúpula, não só através de discurso, mas refletindo as atitudes tomadas dentro da organização.¹⁸⁵

O próprio *U.S. Sentencing Guidelines* dispõe que a empresa deve promover uma cultura organizacional que encoraje condutas éticas bem como, no mesmo sentido, o manual de boas práticas da OCDE menciona a necessidade de alto comprometimento da alta administração da empresa aos controles internos e mecanismos de *compliance*.¹⁸⁶

A despeito dos diversos elementos estruturantes de programas de *compliance*

¹⁸² MARTIN, Adan Nieto. *El cumplimiento normativo...* *op. cit.*, p. 43.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 44.

¹⁸⁴ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais.** In: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. *Temas de Anticorrupção e Compliance.* Rio De Janeiro, Elsevier, 2013. p.182.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 182

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 182

que existem em qualquer caso, de um modo ou de outro, os sistemas de gestão de risco estabelecem a necessidade de promover uma cultura de *compliance* e do compromisso da organização. YSLA adverte que esta cultura não é espontânea, mas é gerada pelas normas pré-estabelecidas pela organização e influenciada de maneira direta pelo compromisso dos diretores. Maior relevância adquire o tema em vista de que as normas internacionais de auditoria, *International Standards of auditing*, (ISA), identificam o presente comprometimento como principal fator para valorar a eficiência dos mecanismos controle interno.¹⁸⁷

Além de ratificar a necessidade de criar uma cultura empresarial que preze pela fidelidade ao direito e que seja devidamente respeitada por todos os membros da organização, ASSIS ressalta que isso apenas é possível se a direção da empresa levar em conta os funcionários, ou seja, deve-se desenvolver estratégias que envolvam os funcionários na consecução dos objetivos, integrando-os a todo processo e concedendo-lhes benefícios pelo atendimento das normas.¹⁸⁸

4.2 ELEMENTOS COMUNS NA ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

No presente tópico serão analisados os elementos comuns que devem fazer parte dos programas de *compliance* e em que medida se pode observar uma padronização advinda de Leis e orientações internacionais.

Primeiramente, deve ser salientado o fato de que existe um alto grau de estandardização, ou seja, um certo consenso sobre o conteúdo, estrutura e a metodologia para a implantação de programas de *compliance*. O mesmo não se pode falar com relação aos critérios que determinam a sua respectiva qualidade e em que medida serão considerados suficientes em caso avaliação, por exemplo pelo poder judiciário, em

¹⁸⁷ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance...** *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁸ ASSIS, Augusto. **Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas.** *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 114/20154, p. 321-328, mai/jun 2015. p.325.

decorrência de algum ilícito cometido.¹⁸⁹

Atento à advertência já realizada no presente trabalho, é certo que não existe um modelo pronto que possa ser adotado pelas corporações. Os elementos aqui abordados são oriundos de diversos regramentos, cujo conteúdo deverá ser adaptado à cada empresa considerando a realidade empiricamente constatada e o setor econômico em que atuam. A respectiva legitimidade será abordada mais adiante com a análise dos chamados procedimentos de certificação que, inclusive, já são adotados em alguns países.

Dada a variedade de textos e normas que de uma forma ou de outra fazem a abordagem do tema, aqui serão analisados aqueles que têm adquirido notoriedade bem como representam a tendência atual nesta matéria, sendo então possível estabelecer um parâmetro acerca dos diversos elementos considerados eficazes na gestão do risco empresarial.

No ano de 1976 os Estados integrantes da OCDE adotaram a *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, que se constituía em recomendações para o desenvolvimento das práticas de mercado de maneira responsável e gerou a *Guidelines for Multinational Enterprises*.¹⁹⁰ Nos anos 90, a orientação de gestão foi focada no controle interno das organizações, assim destaca-se a metodologia proposta pelo *Committee on Sponsoring Organizations (COSO)*, que foi adotada pelo órgão regulador norte-americano SEC como padrão de controle interno, convertendo-se então no padrão mundial sobre a matéria.

Com o avanço da primeira década do século XXI, foi verificado que o controle interno guarda sinergia com outras matérias e fatores que devem ser analisados de maneira integrada para a prevenção e gestão do risco empresarial. Neste sentido, o *Open Ethics and Compliance Group (OCEG)*, organização sem fins lucrativos localizada nos Estados

¹⁸⁹ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas de cumplimiento normativo**. In: Manual de cumplimiento normativo penal en la empresa. MARTÍN, Adan Nieto. (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p.112.

¹⁹⁰ The Guidelines are recommendations jointly addressed by governments to multinational enterprises. They provide principles and standards of good practice consistent with applicable laws and internationally recognised standards. Observance of the Guidelines by enterprises is voluntary and not legally enforceable. Nevertheless, some matters covered by the Guidelines may also be regulated by national law or international commitments. Disponível em <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/ConsolidatedDeclarationTexts.pdf>. Acesso em 02 de janeiro de 2016.

Unidos da América, propôs um modelo de *Governance, Risk Management and Compliance*, convertendo-se em um expoente da tendência estudada no presente trabalho, no qual fazendo a gestão de forma integrada com base na governança, na gestão do risco e no *compliance*, a eficiência dos mecanismos de controle seriam maximizados. “*Tanto los modelos de COSO, como de OCEG, disfrutan de gran reconocimiento internacional, siendo también calificados como entornos genéricos para la gestión del cumplimiento*”.¹⁹¹

4.2.1 Mapeamento e análise de riscos.

A análise de riscos é aspecto central na formulação de um programa de *compliance* e tem um papel determinante na seara judicial quando eventualmente for o caso de determinar sua eficácia. Sua finalidade é detectar os delitos com maior probabilidade de serem cometidos, os setores na atividade mais sensíveis bem como verificar a eficácia das medidas de controle.¹⁹²

Normas internacionais relevantes como as Diretrizes da OCDE, estabelecem a importância na identificação dos riscos. Realizar o *risk assesment* é recomendação recorrente e deve ser considerado não só para avaliar as particularidades inerentes à própria organização, mas também a dos mercados que se opera.

Esse também foi o caso do artigo 31 bis, 5.1, do Projeto de reforma do Código Penal Espanhol de 2013, ao estabelecer a necessidade de avaliar riscos bem como mapeá-los.¹⁹³ A *U.S. Guidelines*, de uma maneira mais clara assinala que as organizações devem avaliar periodicamente o risco de que ocorram condutas delitivas, assinalando a sua natureza e gravidade, a probabilidade que sejam cometidas como consequência do negócio desenvolvido pela organização bem como o seu histórico. Trata-se de um elemento básico e imprescindível eis que nenhum programa de *compliance* pode ser concebido sem

¹⁹¹ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance...** *op. cit.*, p. 69.

¹⁹² MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op.cit.*, p. 129.

¹⁹³ Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

isso.¹⁹⁴

Além disso, o mapeamento e gestão do risco não só deve somente analisar o seu respectivo foco, mas também deve mapear as pessoas e os cargos que estão próximos a eles.¹⁹⁵

Neste sentido, é relevante observar a metodologia proposta pela COSO para avaliar os riscos potenciais próprios da atividade empresarial. O processo de gestão do risco deve incluir a definição daqueles que precisam ser controlados mediante um procedimento chamado de planificação dos riscos, que consiste em projetar toda gama de riscos a que se expõe a atividade. Uma vez planificado, deve ter início uma série de fases que compõem o *risk management*, quais sejam, a) identificação do risco, mapeamento das atividades desenvolvidas bem como das pessoas que estão próximas a ele, b) avaliação qualitativa e quantitativa, que significa avaliar o grau de potencialidade lesiva dos riscos, permitindo assim que sejam tratados de formas distintas, c) priorização do risco e planificação da resposta ao mesmo, gerando procedimentos e mecanismos para seu controle, colocando em prática protocolos específicos de reação mediante atividades de controle, d) monitoramento do risco mediante constante aprimoramento e avaliação periódica.¹⁹⁶

A metodologia usual de análise dos riscos é critério fundamental para determinar como o seu surgimento pode afetar os objetivos econômicos e estratégicos da empresa. NIETO MARTIN exemplifica essa metodologia com o seguinte exemplo: Uma empresa de telecomunicações sabe que possui uma péssima reputação entre os consumidores e decide investir mais no sentido de realçar a sua política de responsabilidade social. Neste contexto, deve-se ter em mente que uma infração fiscal poderá neutralizar todos os esforços que foram realizados.¹⁹⁷

MAEDA faz importante observação no sentido de que a avaliação de riscos não deve, necessariamente, seguir parâmetros baseados no valor das transações comerciais eis que, nos casos de corrupção, por exemplo, transações de menor valor com oferecimento de

¹⁹⁴ MARTIN, Adan Nieto. **Código ético, evaluación de riesgos y formación**. In: Manual de cumplimiento normativo penal em la empresa. MARTÍN, Adan Nieto. (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 155.

¹⁹⁵ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance...** *op. cit.*, p. 182.

¹⁹⁶ VARELA, Osvaldo Artaza. **Programas de Cumplimiento ...** *op. cit.*, p. 251.

¹⁹⁷ MARTIN, Adan Nieto, **Código ético, evaluación de riesgos y formación...** *op. cit.*, p. 157

vantagens indevidas como presentes e hospitalidades a funcionários públicos podem representar riscos de corrupção.¹⁹⁸

Exemplo da advertência acima pode ser contextualizado pelo Guia Anticorrupção elaborado pela Siemens. Tal manual foi “*projetado para ajudar a administração da Siemens e seus colaboradores a cumprir com as normas de anticorrupção*”. No que tange ao oferecimento de presentes e hospitalidades, a política interna empresarial indica que não deve ser oferecido para obter vantagem, o valor deve ser razoável, deve ser registrado de maneira correta e precisa nos livros e registros da Siemens. No Brasil, a empresa definiu o limite máximo de R\$ 100,00 (cem reais) para a oferta de brindes que contenham o logo da Siemens e respeitem as condições estabelecidas. No mesmo sentido aplica-se ao pagamento de refeições e a empresa definiu o limite máximo de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por pessoa para refeições permitidas, desde que estiver relacionada a negócios, excluindo-se cônjuges ou convidados do convidado e pessoas não relacionadas diretamente aos negócios.¹⁹⁹

No que toca aos aspectos Anticorrupção, vale ressaltar que referido guia também está em harmonia com O FCPA e o *U.S. Guidelines*, elaborado pelo DOJ, e pela SEC, tendo em vista que estes documentos estabelecem padrões de conduta rígidos quanto ao oferecimento de presentes, bônus e doções.

4.2.2 Elaboração de códigos de conduta

Como consequência da necessidade de gestão do risco, o chamado código de ética e conduta aparece como instrumento importante para ratificar a cultura corporativa intra empresarial e definir padrões de comportamento com o objetivo de mitigar os riscos.

Os códigos de conduta possuem caráter vinculante bem como contém disposições cujo objetivo é dar efetividade aos parâmetros preestabelecidos pela empresa. Ainda que estes códigos possam se constituir apenas em documentos de boas intenções, ou

¹⁹⁸ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance...** *op. cit.*, p. 189.

¹⁹⁹ Guia de Compliance da Siemens sobre Anticorrupção. Disponível em <http://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/GuiaAnticorrupcaoComplianceSiemens.pdf>. acesso em 10 de janeiro de 2015.

mera proclamação de valores, do ponto de vista do *compliance* e da responsabilização criminal, conforme abordado ao longo do presente trabalho, o seu caráter vinculante deve estar presente.

NIETO MARTIN leciona que as relações entre o código de ética e a cultura corporativa são ambivalentes. A cultura corporativa é um conceito descritivo importante na hora de determinar os fatores criminógenos da empresa e constatar a falta de controle devido. A função do código de ética é modificar uma cultura que opera como fator criminógeno ou, quando a organização conta com valores positivos, ratificá-los e mantê-los.²⁰⁰

Segundo CAVERO, o código deve expor a forma como os membros devem agir legalmente. Não se trata de repetir o que diz a Lei, mas precisar o que pode ser feito ou não em decorrência das disposições jurídicas pertinentes. Deve ser feito de maneira geral, abordando questões específicas inerente à própria atividade e estabelecer em todos os níveis da empresa os critérios específicos que devem orientar o comportamento de cada membro.²⁰¹

Ainda, não devem se limitar a indicar a forma de atuação de cada um, mas também devem fazer referência aos valores que devem inspirar esta atuação. A orientação ética do comportamento tem a vantagem de oferecer parâmetros de decisão aos membros da empresa naqueles âmbitos em que a Lei não determina o curso concreto de atuação.²⁰²

Os códigos de conduta, quando refletem um cultura corporativa positiva cumprem com as seguintes funções, (i) modelo *compliance* baseado em valores, conforme tratado no tópico inicial, se constitui na pedra angular do sistema, (ii) melhorar a reputação da empresa (iii) outorgar unidade e coerência do sistema de autorregulação: as empresas possuem um grande numero de normas internas e estas devem obedecer aos critérios estabelecidos nos códigos, (iv) fortalecer nos empregados o sentido de pertencem a um grupo e sua importância dentro da organização, (v) sinalizar a terceiros acerca de “como as coisas são feitas na entidade”, indicando a fornecedores, sócios e agentes comerciais a

²⁰⁰ MARTIN, Adan Nieto.. **Código ético, evaluación de riesgos...** *op. cit.*, p. 140.

²⁰¹ CAVERO, Percy García. **Criminal Compliance...** *op., cit.*, p. 30.

²⁰² *Ibid.*, p. 31.

necessidade de respeito ao conjunto de regras.²⁰³

Ao comentar a influência dos códigos de conduta no modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado na Espanha, MONDACA indica que a sua importância reside no fato de que estes se constituem em mecanismos que institucionalizam uma cultura corporativa de fidelidade ao ordenamento jurídico, tanto na posição sistêmico-funcional em que o conceito de culpabilidade da empresa corresponderia a uma falta de fidelidade ao direito, como na de que a pessoa jurídica é responsável pelo cometimento de um ilícito praticado por qualquer pessoa que atue em seu nome. No primeiro, a empresa evita a criação de uma cultura de infidelidade ao direito e neutraliza os fatores criminógenos e, no segundo, teriam importância enquanto elemento geral de prevenção.²⁰⁴

Importante também observar que não é pertinente a crítica no sentido de que os códigos de ética e de conduta são redundantes, isto porque eles vão além da norma disposta na Lei, se constituindo em “*normas de flaqueo*”²⁰⁵, que estão ao lado da Lei e são necessárias para assegurar a vigência das normas jurídicas. Aliás, essa relação entre código de conduta e norma jurídica é de mútuo benefício, principalmente em um marco normativo cada vez mais complexo e confuso.

4.2.3 Institucionalização do Programa

Depois de verificar quais são as áreas de risco da empresa e desenvolver uma cultura de *compliance* com o devido comprometimento da alta cúpula da organização, a implantação de um sistema de cumprimento normativo dependerá da delimitação das esferas de responsabilidade dentro da empresa bem como da atribuição do dever de implementação e desenvolvimento do sistema de cumprimento

NIETO MARTIN identifica que este processo se divide em duas fases. A

²⁰³ MARTIN, Adan Nieto. **Código ético, evaluación de riesgos...** *op. cit.*, p. 137.

²⁰⁴ MONDACA, Iván Navas. **Los Códigos de Conducta y el Derecho Penal.** *In:* SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p.123.

²⁰⁵ MARTIN, Adan Nieto. **Código ético, evaluación de riesgos...** *op. cit.*, p. 137.

primeira compreende (i) determinar através de um sistema de delegação quem são os responsáveis por controlar o risco, isto é, de executar o programa específico, e a segunda (ii) determinar quem vai ocupar a supervisão e coordenação das áreas de cumprimento e gerir seus elementos (canal de denúncia, código de ética e conduta, investigações internas). Uma parte essencial da institucionalização é o estabelecimento de fluxos de comunicação que permitam ao responsável pelo cumprimento normativo conhecer novos problemas bem como os defeitos dos mecanismos existentes.²⁰⁶

No tocante à segunda fase, a questão que surge então é a quem se deve delegar esta função. Assim como elaborar um programa de *compliance* requer conhecimentos específicos da empresa e do ramo de atividade, o mesmo ocorre quando surge a questão da institucionalização. Os modelos podem ir desde a formação de um órgão colegiado, até a criação de um sofisticado departamento de *compliance* com vários delegados em diferentes países, unidades da organização.²⁰⁷ Quando a organização reconhece a diversidade e complexidade de seus diversos departamentos e áreas que devem estar atentas ao cumprimento normativo, pode ser institucionalizado um comitê de *compliance*, *Compliance Committee*, compostos por responsáveis pelo compliance em diversos âmbitos, como por exemplo de normas setoriais, tributárias e de prevenção criminal.²⁰⁸

Neste sentido, existem duas grandes concepções de como se configurar o órgão ou pessoa responsável pelo *compliance*. De um lado, o modelo proposto pela *U.S. Guidelines* e adotado pela Lei chilena, chamada de modelo de departamento, em que o encarregado pelo setor de *compliance* será nomeado pelo Conselho de Administração e, conjuntamente com ele, irá definir o sistema de cumprimento e de supervisão. Na legislação norte-americana o responsável pelo *compliance* pertencerá à alta direção da entidade, com independência, mas mantendo relações estreitas entre ambos. De outro lado, o modelo de órgão de *compliance*, adotado pela legislação italiana, em que o órgão de *compliance* deve ser independente, inclusive do Conselho de Administração. Optar por um

²⁰⁶ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 131.

²⁰⁷ BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo.** *In:* IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente. *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal.* Madrid: Edisofer, 2014. p. 282.

²⁰⁸ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance...** *op. cit.*, p. 176.

ou outro depende do tipo de empresa e ramo de atividade, sendo que um bom ponto de partida seria aquele adotado pelo *U.S Guidelines*, tornando o responsável pelo *compliance* vinculado tão somente ao Conselho de administração.²⁰⁹

Não obstante, seja qual for o caso, será necessário nomear uma pessoa que se encarregue de dirigir o programa, o chamado *chief compliance officer*. Esta pessoa não só deve ter o conhecimento técnico necessário, mas também determinadas qualidades pessoais como capacidade de comunicação e diálogo, habilidade para a resolução de conflitos e boa reputação dentro da empresa.

Além de também possuir certa formação jurídica e profundo conhecimento sobre a própria organização, será necessário que seu posto goze de independência suficiente para negócios com riscos elevados bem como proporcionar a ele meios necessários para gerenciar de forma autônoma sua atividade.²¹⁰ Deve contar com os poderes característicos de todo supervisor, quais sejam, acesso a toda informação e documentação necessária, acesso a locais, possibilidade de realizar interrogatórios, investigações internas.

NIETO MARTIN faz importante advertência no sentido de que o *compliance* é uma função que por sua natureza tende a colidir com outros interesses da empresa, especialmente econômicos. Assim, para garantir a indispensável independência, deve ser assegurado que na sua atividade não surgirão conflitos de interesses, sendo então necessário que não realizem outras funções operacionais. Tendo em vista que o *compliance* em uma empresa deve representar um contra-poder, cuja função é garantir os valores e atenção ao código de ética, não deve ser confundido com uma assessoria jurídica, que tem tradicionalmente entre as suas funções garantir que a empresa cumpra com a legalidade e realize a análise de perspectivas que atendam à busca de benefícios econômicos.²¹¹

Questão importante e relativamente nova, tendo em vista que até pouco tempo não era comum existirem nas empresas órgãos responsáveis por cumprimento

²⁰⁹ MARTIN, Adan Nieto. **La institucionalización del sistema de cumplimiento** In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. **Manual de Cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo blanch. 2015. p.196.

²¹⁰ BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos practicos de la implementación...** *op. cit.*, p. 283.

²¹¹ MARTIN, Adan Nieto. **La institucionalización del sistema de cumplimiento...** *op. cit.*, p. 197.

normativo, é a posição jurídica do *Compliance Officer* e se ele pode ele ser considerado garante de eventuais fatos delituosos ocorridos na atividade empresarial que estavam no seu âmbito de controle e não foram evitados.

Sem pretender aprofundar na questão, que obviamente escapa aos objetivos traçados no presente trabalho, cumpre destacar que a posição do *Compliance Officer* é derivada da posição originária do empresário como garante de evitar fatos delitivos no âmbito de sua organização empresarial. Assim a posição de garante do *Compliance Officer* não é originária, e sim derivada da delegação de funções que realiza o empresário.²¹² Sua posição de garante se fundamenta no fato de ter assumido, mediante a delegação, uma parte da função de vigilância e controle própria do órgão de direção. Assim, é subrogada a competência do delegante e a falha nas funções assumidas impossibilita que quem possui a competência originária possa exercê-las.²¹³

Para sintetizar, esses órgãos poderão responder por omissão caso decidam não investigar ou reportar acerca de um delito que está sendo cometido ou que está prestes a ocorrer. Poderão também ter responsabilidade a título de autor se o empresário delegou a eles seu dever de supervisão ou função de detecção de riscos, próprios de seu dever originário de garantia.²¹⁴

4.2.4 Mecanismos de detecção e controle no ambiente intraempresarial

É certo que a gestão do risco não acaba na prevenção e deve continuar nos casos em que não se pôde evitar o cometimento do ilícito. O objetivo de um programa de *compliance* deve abranger uma oportuna detecção e implementação de medidas internas e

²¹² BERMEJO, Mateo G. PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del compliance officer**. In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.178.

²¹³ PLANAS, Ricardo Robles. **El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal**. In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; FERNANDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 325.

²¹⁴ LASCURAÍN, Juan Antonio. **La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa**. In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch. 2015. p.303.

externas que contribuam para reduzir os efeitos lesivos da infração.²¹⁵

Assim como ocorre no sistema penal e jurídico em geral, para assegurar que as normas sejam eficazes e respeitadas, é necessário detectar as infrações, investigá-las e sancioná-las. Por isso, são partes indispensáveis nos programas de *compliance*, as investigações internas, os canais de denúncia e a aplicação de sanções disciplinares²¹⁶

No marco da discussão acerca da implementação de programas de *compliance* nas empresas, as investigações internas são vistas pelo Estado com grande interesse, pois ajudam a esclarecer condutas empresariais suspeitas bem como ante o fato de que a sua respectiva implementação e posterior colaboração com os órgãos judiciais pode diminuir significativamente a sanção imposta à empresa. MONTIEL recorda que graças à colaboração prestada pela Siemens às autoridades e em decorrência da realização de investigações internas, uma multa inicial que se calculava em torno de vários milhões de euros, foi reduzida e acordada por volta do valor de mil milhões de euros, 395 milhões de euros com as autoridade alemãs e 600 milhões de dólares com a SEC do DOJ.²¹⁷

Neste sentido, BLUMENBERG e GARCIA-MORENO, aduzem que o alto custo que deve assumir a empresa com as investigações tem o poder de gerar excelentes resultados na medida em que podem optar pela colaboração com autoridade públicas como estratégia processual bem como reduzir os danos decorrentes do ilícito, como por exemplo, os danos reputacionais, que podem ser muitos.²¹⁸

Um dos primeiros aspectos que chama atenção quando se analisa o papel das investigações internas empresarias é de que as empresas carecem de regras neste aspecto. Assim, uma primeira medida que deve ser implementada na hora de estabelecer programas de *compliance* é a criação de uma espécie de regramento processual interno, ou seja, um código de investigações internas.²¹⁹

“Seguramente, la improvisación y el establecimiento de reglas ad hoc par

²¹⁵ CAVERO, Percy García. **Criminal Compliance...** *op. cit.*, p.30.

²¹⁶ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p.130.

²¹⁷ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales.** In: KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 223.

²¹⁸ BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos prácticos de la implementación...** *op. cit.*, p. 294.

²¹⁹ MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial...** *op. cit.*, p. 223.

a las investigaciones internas puede obstaculizar y elevar notablemente los riesgos penales y los costos de la gestión empresarial, em términos económicos y de recursos humanos”²²⁰

Ao fazer esta elaboração, dois fatores devem estar presentes, quais sejam, (i) a existência de um processo justo para impor sanção em decorrência dos compromissos éticos assumidos em um programa orientado por valores, e ter em conta que (ii) a realização de investigações internas representam uma privatização do processo penal. Em muitos casos a investigação será a ante-sala da investigação criminal, uma espécie de complemento dela,²²¹ tendo em vista que em muitas situações as autoridades não dispõem de meios necessários para investigar casos mais complexos.²²²

Por esta razão é que o direito processual penal, com as necessárias adaptações, deve ser referência ao estabelecer o regramento de investigação interna, cujas fases não são distintas de qualquer outro processo que tenha como objetivo esclarecer fatos e impor sanções, quais sejam (i) fase preliminar, (ii) abertura da investigação, (iii) realização da investigação e (iv) comunicação dos resultados e consequências.²²³

Estas investigações, em suma, devem respeitar o direito dos trabalhadores tendo em vista que em seu fundo possuem relações de caráter laboral bem como o respectivo direito de defesa assegurado durante o procedimento.

Além de a investigação interna ser apontada como importante instrumento de detecção e controle no ambiente intraempresarial, é certo que os canais de denúncia também exercem importante função para a consecução desses objetivos.

A transparência e o diálogo devem ser os fundamentos de um programa de *compliance* efetivo. Assim, o chamado *whistleblowing* desempenha um indispensável papel na estrutura de programas de *compliance* na medida em que permite que as pessoas que trabalham na empresa, ou que possuem algum tipo de relação com ela, possam comunicar

²²⁰ *Ibid.*, p. 223.

²²¹ MARTIN, Adan Nieto. **Investigaciones Internas**. In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch. 2015. p. 234.

²²² BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos prácticos de la implementación...** *op. cit.*, p. 294.

²²³ MARTIN, Adan Nieto. **Investigaciones Internas...** *op. cit.*, p. 235.

infrações que estejam sendo cometidas.²²⁴

O termo *whistleblower* foi definido pela SEC ao implementar a seção 21F do chamado *Exchange Act (The final rules)* o qual estabeleceu que a pessoa é um denunciante quando sozinho, ou com outras pessoas, informa à comissão possíveis violações à Lei que ocorreram, estão ocorrendo ou prestes a acontecer. Tal figura foi criada pela agência norte-americana com o escopo de incentivar que pessoas de dentro das organizações empresariais pudessem ajudá-la a intensificar ações (*enforcement actions*) no combate a condutas ilícitas praticadas²²⁵.

No setor privado, a institucionalização de canais de denúncia das corporações privadas surge como um dos elementos principais que compõem a estrutura dos programas de *compliance*. Garantir que qualquer pessoa da empresa possa denunciar práticas ilícitas dando integral cumprimento às normas provenientes do código de ética e conduta, é fator indispensável para o sucesso e qualidade dos programas de conformidade.

Neste sentido, a *U.S. Sentencing Guidelines* faz menção à necessidade de adoção deste sistema no ano de 2004, a legislação italiana com o decreto legislativo 231/2001, a legislação chilena com a Lei n. 20.393/2009 bem como a legislação espanhola com a entrada em vigor do artigo 31, *bis* do Código Penal, também expressam a necessidade de adoção de procedimentos de denúncia. Por último, fundamental para a expansão destes instrumentos no setor privado, foi resultado da adoção pela SOX, em 2002, de normas que estabelecessem este mecanismo.²²⁶

Para que uma empresa possa estruturar um canal eficaz de denúncia, muitas são as variáveis que devem ser seguidas. A primeira delas refere-se (i) à difusão da existência e funcionamento dos canais de denúncia a empregados da empresa, fornecedores e demais pessoas que tenham relação no desempenho das funções comerciais da empresa, (ii) as

²²⁴ BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos practicos de la implementación...** *op. cit.*, p. 289.

²²⁵ CONWAY-HATCHER, Amy. GRIGGS, Linda. KLEIN, Benjamin. **How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-frank act: implications and Best practices for multinational companies.** *In: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. Temas de Anticorrupção e Compliance.* Rio De Janeiro: Elsevier, 2013. p. 252.

²²⁶ MORENO, Beatriz Garcia. **Whistleblowing y canales institucionales de denuncia.** *In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch. 2015. p. 210.

pessoas que devem fazer a gestão do canal de denúncia devem gozar de independência, imparcialidade, não possuir interesse nas questões denunciadas, (iii) deve-se também ter diversos meios disponíveis para o envio de denúncias e informações, como por exemplo por correio, telefone, entrevistas pessoais, ou até mesmo criar no *website* oficial da empresa um campo específico para este fim, (iv) delimitar o âmbito material de comportamentos suscetíveis de denúncia, como por exemplo aqueles que sejam contrários ao código de ética da empresa. Neste ponto, necessário mencionar que para dar efetividade ao sistema, não se deve limitar o acesso ao canal, mas sim fomentar o seu uso de acordo com o premissa de que “*if you doubt, report*”, ou seja, na dúvida deve-se fazer a denúncia para posterior filtragem pelo departamento responsável, (v) possibilidade de anonimato ou confidencialidade acerca da identidade do denunciante, bem como (vi) proteção dos denunciantes contra eventuais represálias²²⁷

Conforme dito no início, não basta apenas detectar e investigar as infrações cometidas no ambiente intra empresarial, é necessário também sancioná-las para conferir efetividade ao sistema de compliance.

YSLA ao abordar a execução de ações corretivas na empresa, aduz que a função de *compliance* perderia todo o seu sentido se fossem detectados e reportados riscos sem a adoção de medidas para remediá-los. Entre as ações corretivas, deve estar presente as medidas disciplinares no âmbito laboral, contratual ou comercial.²²⁸

Ainda, as sanções disciplinares também não podem constituir a única forma de estimular o cumprimento normativo eis que também podem ser desenvolvidas sanções positivas, que premiem pecuniariamente, ou em sua carreira, os empregados mais comprometidos com o programa.²²⁹

4.2.5 Monitoramento e consolidação dos programas de *compliance*

Além de investigar, detectar e sancionar as condutas ilícitas ocorridas dentro da corporação deve-se levar em conta o papel fundamental que a reavaliação dos

²²⁷ MORENO, Beatriz García. **Whistleblowing y canales institucionales...** *op.cit.*, p. 229.

²²⁸ YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance...** *op. cit.*, p. 192.

²²⁹ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 130.

mecanismos internos de controle possuem para melhorar o programa de *compliance* bem como identificar suas falhas.

O programa de *compliance* deve ser submetido a revisões periódicas para adequá-lo às novas exigências que a realidade empresarial exige. Submetê-lo a uma avaliação externa independente, com conhecimento do ramo de atividade, é recomendável e fundamental para a institucionalização de mecanismos de documentação dos processos internos, assim como das decisões tomadas pelos gestores da empresa.²³⁰

MAEDA identifica que a questão final para o sucesso do programa de *compliance* é verificar se todos os seus destinatários estão cumprindo com as normas estabelecidas eis que de nada adianta o esforço para a estruturação de um complexo programa, se ele não for seguido pelas pessoas que estarão obrigadas cumpri-los. O monitoramento e auditoria são fatores que contribuem para a melhora e aperfeiçoamento dos programas, bem como devem ser realizados de maneira periódica para avaliar riscos e possíveis violações aos mecanismos de controle, realizando-se testes de eficácia, adequação dos registros e análise dos documentos de suporte mantidos pela empresa.²³¹

4.2.6 Critérios de qualidade e certificação dos programas de *compliance*

Quando no início do presente tópico afirmou-se existir um certo consenso sobre os elementos básicos que estruturam um programa de *compliance* e seus respectivos critérios estruturantes, bem como foi afirmado que a mesma constatação não ocorria quanto a determinação dos critérios de qualidade do sistema específico e de seus elementos.

Ou seja, se a princípio existe uma série de regramentos internacionais amplamente difundidos, compostos por Leis e orientação provenientes de diversos segmentos econômicos, que ao longo do tempo amadureceram os pressupostos indispensáveis para a estruturação dos programas de *compliance*, não existe algo tão claro quanto ao procedimento que deve ser adotado para atestar que o programa elaborado e adotado pela organização, de fato preenche as orientações estandardizadas e cumpre os seus

²³⁰ *Ibid.*, p. 130.

²³¹ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance...** *op. cit.*, p. 198.

objetivos.

Desta forma, SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO afirmam que no ordenamento jurídico comparado a submissão facultativa dos programas de *compliance* adotados pelas empresas a um sistema de certificação é um dos pontos mais avançados de discussão.²³²

A certificação dos programas de *compliance* é um fenômeno que se adéqua bem à técnica da autorregulação. Há tempos a autorregulação empresarial têm se valido de instrumentos declarativos, como selos, marcas, etiquetas e certificados emitidos por terceiros para obter a informação de conformidade de sua empresa com as regras técnicas do setor. Da mesma forma, o administrador que submete o seu programa de *compliance* a um processo de certificação independente, de alguma maneira assegura que sua política de gestão de riscos responde a um critério organizacional de uma administração diligente e ordenada.²³³

Existem alguns modelos no direito comparado que indicam os critérios de qualidade e procedimentos de certificação dos programas de *compliance*. Na Austrália, com a AS 3806 – *Compliance programs*, Austria e Alemanha, com a IDW PS 980, aprovada em 2011, entidades certificadoras e auditores têm publicado padrões para estruturação de programas de *compliance*.²³⁴

No caso da Alemanha, as normas de certificação não decorrem da Lei, mas de normas de caráter técnico. O IDW OS 980 é uma norma que estabelece parâmetros para auditoria adequada dos programas de *compliance*. Foi publicada pelo Instituto *Wirtschaftsprüfer* (IDW), entidade de natureza civil que representa auditores e escritórios de auditoria bem como apóia o trabalho de seus membros através de apoio especializado ao trabalho diário.²³⁵ GONZALES assevera que neste caso foram criadas normas de auditoria de sistemas de *Compliance Managements* (SMC), cujo intento é louvável eis que renunciaram criar um sistema geral e se concentraram em regular a forma de realizar

²³² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance...** *op.,cit.*, p. 13.

²³³ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 116.

²³⁴ *Ibid.*, p. 130.

²³⁵ FERNÁNDEZ. Raquel Montaner. **La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: Implicaciones jurídico-penales.** In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 144.

auditoria em sistemas de *compliance* com o fim de mostrar seus defeitos e acertos.²³⁶

No Chile o legislador foi mais além. A Lei 20.393/2009, que estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, de maneira semelhante ao que ocorre na Itália, contém indicações sobre os elementos que devem possuir os programas de *compliance* em matéria penal, bem como ofereceu à empresa que adotou o modelo de prevenção a possibilidade de submetê-lo a um processo de certificação.²³⁷

Conforme dito, a Lei considera a possibilidade, e não obrigatoriedade, de submissão do programa de *compliance* a um critério de certificação. Este certificado constará ter a empresa atingido todos os requisitos estabelecidos na Lei, estabelece que tais certificações poderão ser expedidas pelas empresas de auditoria externa, classificadoras de riscos ou outras entidades registradas na Superintendência de Valores e Seguros, o equivalente à SEC dos Estados Unidos da América.²³⁸

Além de classificar o programa de *compliance* de acordo com a sua qualidade e atenção aos postulados regulamentadores dispostos em Lei, como no caso chileno, ou em uma norma administrativa emanada de um Conselho de auditores, como no caso da Alemanha, o objetivo da certificação de programas de *compliance* não é outro senão proteger os interesses da empresa e das pessoas que respondem pela sua administração de eventuais práticas de condutas ilícitas ocorridas no âmbito empresarial.

Assim, constatam-se os efeitos externos que esse procedimento possui na medida em que lançam uma mensagem ao mercado e aos consumidores, podendo ter efeitos públicos e jurídicos. No campo processual, as certificações podem se revestir de alto valor probatório e servir como prova documental para atestar a eficiência do programa²³⁹ e que todas as cautelas devidas foram devidamente tomadas na sua elaboração e execução.

ACUÑA acentua neste ponto que nos modelos de responsabilização criminal

²³⁶ FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMELE, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista em la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento.** In: El Derecho Penal Económico em la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, Valência, 2013. p. 157.

²³⁷ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 115.

²³⁸ ACUÑA. Jean Pierre Matus. **La certificación de los programas de cumplimiento.** In: El Derecho Penal Económico em la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, Valência, 2013. p. 147.

²³⁹ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 116.

adotados nos Estados Unidos da América e no Chile, a certificação dos programas de *compliance* poderia servir como um atestado de bom comportamento prévio, uma espécie de certificação de atuar prudente da empresa e, conseqüentemente, causa de atenuação da pena a ser aplicada.²⁴⁰ Também, não se pode dizer que as certificações terão um valor absoluto visto que no direito processual penal não há hierarquia de provas bem como elas estão submetida à livre convicção motiva da autoridade jurisdicional.

Por fim, ainda que não haja acordo no tocante aos critérios de qualidade que os programas de *compliance* devem possuir, eles podem condensar-se em seis aspectos. O primeiro é (i) o compromisso da alta cúpula da empresa, (ii) legitimidade no sentido de participação dos trabalhadores e de todos os grupos de interesses, (iii) coerência do programa com a cultura da empresa, (iv) independência, capacidade e formação dos responsáveis pelo *compliance*, (v) sejam disponibilizados recursos adequados para a formulação e execução dos programas e (vi) vigência do programa no sentido de ser conhecido por todos e devidamente aplicado,²⁴¹

4.3 OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme já destacado nos capítulos precedentes, o fenômeno da autorregulação regulada enquanto forma de regulação estatal se constitui em um novo marco da relação entre Estado e Sociedade. Neste sentido, o Sistema Penal têm sido invocado e utilizado como verdadeiro instrumento de prevenção dos delitos provenientes da atividade econômica empresarial.

Como marco legislativo temporal desta escalada autorreguladora no ordenamento jurídico brasileiro, afirmou-se que a Lei de Lavagem de Capitais e, por conseguinte, a Lei Anticorrupção inauguraram esta nova forma de impor aos particulares deveres conformidade.

É neste sentido que os mecanismos intra empresariais de controle e adequação à

²⁴⁰ ACUÑA, Jean Pierre Matus. **La certificación de los programas...** *op. cit.*, p.151.

²⁴¹ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 133.

Lei, em especial aqueles de *compliance* criminal, são estudados enquanto elemento empresarial indispensável para se adaptar a essa nova realidade.

Para tratar das repercussões das condutas lesivas ocorridas na atividade econômica empresarial e o seu consequente sistema repressivo e preventivo, é necessário, preliminarmente, realizar algumas observações sobre o critério de responsabilização criminal adotado no Brasil, comparando-o com a legislação de países que já adotam o sistema integral de responsabilização criminal da pessoa jurídica bem como a análise da forma de responsabilização introduzida no ordenamento brasileiro por meio da Lei n. 12.846/2013.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, inicialmente estabelecida em países de modelo *comon law* como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália, já é uma realidade no Direito Penal europeu e se constitui em uma tendência que, cedo ou tarde, fará parte da realidade global, inclusive dos países latino-americanos.²⁴² Atualmente, na Europa, a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem previsão em países como Espanha, Bélgica, Dinamarca, Eslovênia, França, Finlândia, Portugal, Suécia e Suíça.

A preocupação com a responsabilização criminal da pessoa jurídica decorre da utilização da estrutura pessoal ficta para o cometimento de crimes. As características do modelo de organização hierárquica e o princípio da divisão de tarefas inerentes a atividade empresarial dificultam a identificação dos sujeitos responsáveis pela ilicitude e sua consequente responsabilização, o que fomenta uma política criminal de responsabilização da pessoa jurídica como forma de evitar a impunidade.²⁴³

Há duas formas de imputação de responsabilidade penal de pessoas jurídicas, o modelo de atribuição e o de responsabilidade por feito próprio. No primeiro modelo, há uma relação de transferência, a pessoa jurídica responde por atos praticados por alguma pessoa física de seu quadro administrativo por meio de uma atribuição. No segundo, há uma atribuição de responsabilidade própria enquanto pessoa jurídica.²⁴⁴

²⁴² BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal...** *op. cit.*, p. 95.

²⁴³ RIOS, Rodrigo Sánchez. **Imputação Penal à Pessoa Jurídica no âmbito dos Delitos Econômicos**, *In* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 3ª ed, São Paulo, RT, 2011. p. 203.

²⁴⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas em Derecho Español**. *In*: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Criminalidad de*

Em que pese parte respeitável da doutrina entender que a responsabilização criminal da pessoa jurídica seria inconstitucional por violar princípios fundamentais do direito penal como a capacidade de ação, o princípio da culpabilidade, personalidade da pena e punibilidade,²⁴⁵ certo que a legislação brasileira já prevê este instituto, mesmo que de forma limitada aos crimes contra o meio ambiente. Assim, em determinados tipos penais tais como os de poluição e desmatamento é possível a responsabilização da pessoa jurídica com a aplicação de elevadas penas de multa e restritivas de direito como as de paralisação das atividades.

Todavia, a aplicação da norma penal sobre atividade empresarial pode se desenvolver de outras formas, principalmente, por meio da responsabilização criminal dos sócios, dirigentes e empregados e por meio de ramo correlato ao direito penal econômico denominado pela doutrina espanhola de direito de intervenção. O direito de intervenção seria uma espécie de meio termo entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade civil. Segundo MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ seria um direito sancionador situado no meio do caminho entre o direito público e o direito privado caracterizado por garantias e procedimentos menos rigorosos que os penais e que apliquem sanções menos lesivas a direitos individuais, voltados a tutela de relações econômicas que violem bens jurídicos de menor relevância²⁴⁶

Esta linha do direito de intervenção é o modelo adotado na Alemanha. No sistema alemão a pessoa jurídica pode responder por delitos e contravenções cometidos por seus órgãos ou pelas pessoas que nela exerçam poder de decisão, contudo referida responsabilidade é limitada ao sancionamento por multas e não tem consequências de direito penal estrito.²⁴⁷ O mesmo ocorre na Itália, onde ainda não há previsão legal para a responsabilização criminal da pessoa jurídica.

A adoção deste modelo de responsabilidade administrativa sancionadora da pessoa jurídica não se afasta muito da responsabilidade penal. Não existe uma diferença

empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas, Barcelona, Atelier, 2013. p. 21.

²⁴⁵ DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal, Parte Geral**. Curitiba: Lúmen Júris – ICPC, 2008. p. 431.

²⁴⁶ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General**, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanc, 2011. p. 72.

²⁴⁷ TIEDMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial**, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010. p. 178.

essencial entre ambas as esferas de responsabilização, senão uma distinção quantitativa dos valores de multa em alguns casos, ademais, alguns Tribunais europeus, por exemplo o Tribunal Supremo espanhol, já se posicionaram no sentido de que alguns postulados e garantias penais como legalidade, culpabilidade e proporcionalidade devem ser de ampla aplicação também no direito administrativo sancionador, inclusive no que se refere aos sistemas de imputação.²⁴⁸

Além de possuir uma limitada responsabilização penal da pessoa jurídica, o Brasil não conta com este modelo de direito penal sancionador em seu sistema jurídico. A responsabilidade das empresas no direito administrativo brasileiro não se confunde com o modelo de direito de intervenção, tão pouco possui relação de dependência com o direito penal. Esta realidade parece mudar com as inovações introduzidas pela Lei n. 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, que estabeleceu um novo modelo sancionador para as pessoas jurídicas envolvidas com ilícitos de corrupção.

Neste ponto, é importante salientar que os formuladores do projeto de Lei optaram por regular esta prática a partir, fundamentalmente do Direito Administrativo sancionador. Foi deixado de lado, portanto, a possibilidade de se regular a questão a partir da responsabilidade penal de pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção.²⁴⁹

É justamente aqui que a discussão sobre os programas de cumprimento se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo da nova lei brasileira é criar meios de desestímulo às práticas corruptivas, porém, a forma de responsabilização escolhida pode não gerar estes efeitos, especialmente por duas grandes críticas que lhe podem ser formuladas, sua natureza materialmente penal e a opção de responsabilização por atribuição.

Pode-se afirmar que a lei anticorrupção, ao estabelecer a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas em verdade manifesta uma natureza material de direito penal. Mesmo limitada a esfera administrativa, a lei adotou uma série de medidas de natureza eminentemente penais como as elevadas multas pecuniárias (artigo 6º),

²⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance...** *op. cit.*, p.96.

²⁴⁹ LUZ, Yuri Correa da. **O combate à corrupção: Entre Direito Penal e Direito administrativo sancionador.** *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89, 2011. p. 431.

perdimento de bens, paralisação das atividades e dissolução compulsória (artigo 19) e seus critérios de aplicação de sanções (artigo 7º). Porém, se de um lado a lei se apropria de instrumentos penais, de outro, ignora as garantias daquele sistema e imputa a responsabilização objetiva em total desrespeito aos limites de aplicação material e processual das normas penais.²⁵⁰

Esta característica da lei 12.846/13 não é algo isolado no sistema jurídico, ao contrário, representa uma tendência de recrudescimento de outras áreas do direito por meio de sanções graves. Percebe-se na atualidade que o direito administrativo e, também, o direito civil, avançam por direções de controle mais ingentes, com características eminentemente sancionatórias, impondo graves restrições de direitos sem, contudo, carregar consigo as mesmas garantias inerentes ao direito penal, tais como presunção de inocência e a ampla defesa. O problema se torna mais grave quando se constata uma “fraude de etiquetas”. Não importa a rotulação que se dê a uma lei, se o seu conteúdo for de regulação social por meio de direito sancionatório dos mais graves que dispõe o Estado será uma lei penal, e, portanto, deverá trazer consigo as garantias a tão duras penas insculpidas no Estado de Direito.²⁵¹

Esta característica pode dificultar a aplicação da nova lei tornando ineficaz o propósito de sua edição que foi o desestímulo a corrupção. Ao estabelecer uma responsabilização objetiva com rigorosas sanções ignorando-se garantias processuais penais pode se caminhar para sua não aplicabilidade, senão para sua inconstitucionalidade por violação aos princípios da culpabilidade, presunção de inocência e ampla defesa.

De outro lado, o modelo adotado pela nova lei brasileira foi o de responsabilidade da pessoa jurídica por atribuição, isto significa dizer que a responsabilização da pessoa jurídica está vinculada a um ato imputado a uma pessoa física. Para que se possa imputar responsabilidade à pessoa jurídica, mesmo que na modalidade objetiva, será necessária a prova da imputação do ato ao agente físico e a demonstração de sua culpa, “ou seja, para fins de responsabilização, bastará que seja comprovado o ato de corrupção e o nexo de causalidade entre ele e a conduta de qualquer representante das

²⁵⁰ DE OLIVEIRA, Marlus H. Arns. **A Criminalização das Pessoas Jurídicas no Brasil à Luz da Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013)**. Cadernos Jurídicos OAB-PR, N. 50, abril de 2014. p.3.

²⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 62.

pessoas jurídicas envolvidas.”²⁵²

Embora o artigo 3º da lei estabeleça que a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a dos agentes pessoas físicas e que independe da responsabilização individual destes, para que se possa imputar o ato corrupto a pessoa jurídica é necessário demonstrar, ao menos, objetivamente a relação de imputação com o agente pessoa física e que a ilicitude foi praticada em proveito da pessoa jurídica. Fixado um modelo de atribuição, não há como se estabelecer o nexos de causalidade entre ato de corrupção e pessoa jurídica sem a imputação da conduta a alguma pessoa física.

Aquilo que numa primeira leitura parece simples e eficiente ao excluir a presença do elemento culpa e evitar a busca da autoria no âmbito dos delitos de corrupção empresarial não supera uma análise mais detalhada de seu conteúdo. Não há como se estabelecer a relação de causalidade entre ato corruptivo e pessoa jurídica sem adentrar na imputação do ato a um agente pessoa física e, em uma visão mais garantista, sua culpabilidade pelo ato. Desta forma, a eficácia da nova lei enquanto instrumento de inibição de comportamentos corruptivos pode ser muito limitada.

Ainda, importante destacar que foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, autuada sob n. 5.261, perante o Supremo Tribunal Federal onde se constata a insurgência ante a previsão de responsabilização objetiva na Lei. Segundo a Ação constitucional, a previsão de responsabilidade objetiva contraria o princípio da culpabilidade, que deve ser respeitado mesmo no direito administrativo sancionador e o princípio da pessoalidade da pena.²⁵³

4.3.1 Parâmetros de avaliação dos programas de *Compliance* na Lei 12846/2014

Como dito, a Lei anticorrupção se constitui no principal marco acerca da

²⁵² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p 9-20, fev. 2014.

²⁵³ De acordo com consulta realizada no dia 10 de fevereiro de 2016, segundo o andamento processual constante no *website* do Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria Geral da República apresentou manifestação na referida Ação no dia 18 de janeiro de 2016, oportunidade em que opinou pela sua improcedência. Atualmente, os autos encontram-se conclusos ao Ministro Marco Aurélio de Mello para elaboração de relatório e posterior inclusão em pauta para julgamento.

discussão sobre os programas de *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro. O estabelecimento em seu artigo 2º de uma responsabilização objetiva, civil e administrativa pelos atos praticados bem como as penalidades dispostas no artigo 6º, que podem alcançar até mesmo a dissolução compulsória da empresa, dão a dimensão da rigidez com que a novel legislação trata do tema.

Conforme abordado, a legislação brasileira apenas reflete um movimento que se fortaleceu na última década com a aplicação rigorosa do FCPA pelo DOJ e pela SEC nos Estados Unidos da América, do *UK Bribery Act*, pelo Reino Unido, por convenções internacionais que tratam do tema, com destaque para convenção de combate à corrupção de funcionários públicos da OCDE.

Assim, nesse cenário explorado ao longo do presente trabalho em que o combate à corrupção se torna cada vez mais rigoroso e as penalidades alcançam patamares muitos elevados, a implementação de programas de *compliance* se torna uma necessidade praticamente inevitável. Nos Estados Unidos, o reconhecimento da existência de programas de *compliance* como fator a ser levado em consideração nas sanções está expressamente prevista nas diretrizes publicadas pelo DOJ bem como no *U.S. Sentencing Guidelines*. No caso do *U.K Bribery Act*, do Reino Unido, é reconhecida a possibilidade de isentar a responsabilidade da empresa se houver a existência de procedimentos adequados.²⁵⁴

Seguindo essa tendência mundial, a Lei Anticorrupção, em seu o artigo 7º, inciso VIII, prevê que a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, serão levados em consideração na aplicação das sanções.

Apesar de a legislação brasileira ter refletido a tendência global do papel da iniciativa privada na prevenção de condutas ilícitas, a ausência de regulamentação da Lei por mais de 1 (um) ano após a sua entrada em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, tornava sem efeito as sanções ali dispostas bem como deixava em aberto a forma de se estruturar um programa de *compliance* empresarial. Tal lacuna restou suprimida com o Decreto n.

²⁵⁴ MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance...** *op. cit.*, p. 175.

8.420 de 18 de março de 2015, anunciado pela Presidente da República como “Pacote Anticorrupção” objetivando incentivar a adoção de programas de integridade por empresas privadas, códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes para disciplinar o Rito do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, bem como disciplinar o acordo de leniência no âmbito do Poder Executivo federal.²⁵⁵

A norma regulamentadora definiu no seu artigo 41 que os programas de integridade consistem, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Na esteira dos critérios básicos e estruturantes tratados no tópico anterior, o decreto está em consonância com os elementos standardizados internacionalmente, eis que em seu inciso I, exige o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa. O inciso II e III, descrevem a necessidade de se adotar padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos e, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, tudo isso como forma de institucionalizar uma cultura corporativa de fidelidade ao direito e aos valores intra empresariais.

A independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento, dispostas no inciso IX, se constituem na sua institucionalização.

Os canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva

²⁵⁵ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015. p. 160.

remediação dos danos gerados e os procedimentos específicos para prevenir fraudes, dispostos nos incisos X, XI, e XII, se constituem nos mecanismos de detecção e controle no ambiente intra empresarial.

A necessidade de registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica, controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica e diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas, descritas nos incisos VI, VII e VIII, refletem a necessidade de mapeamentos dos riscos.

Por fim, os treinamentos periódicos sobre o programa de integridade e análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade, dispostos nos incisos IV e V, bem como o monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei no 12.846, de 2013; e transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos, conforme disposto no inciso XV, compõe a fase de consolidação e constante aprimoramento do sistema adotado.

Ainda, o artigo 42 do decreto 8420/2015, seu parágrafo 2º, aborda os parâmetros que serão levados em consideração na elaboração dos programas de *compliance*, considerando o porte e a especificidade da pessoa jurídica. Dentre eles será considerado a (i) quantidade de funcionários, empregados e colaboradores, a (ii) complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias e setores, (iii) a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais, (iv) o setor do mercado em que atua, (v) os países em que atua, direta ou indiretamente, (vi) o grau de interação como o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações, (vii) a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico e (viii) o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, cuja efetividade será considerada para fins de

aplicação das sanções legais.

É certo que esses parâmetros se constituem em um dos pontos mais relevantes sobre o funcionamento dos programas de *compliance* de acordo com a Lei Anticorrupção brasileira, eis que deve ser observado a especificidade do negócio realizado, sua área de atuação, porte, volume de negócios, dentre outros. Desta forma, não se pode exigir que uma empresa de pequeno porte deva obedecer aos mesmos parâmetros que uma grande empresa ao estruturar um programa de integridade.²⁵⁶

Não é por outra razão que o próprio artigo 42 do decreto 8420/2015 já previa em seu §5º que caberia Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa em conjunto com o Ministro do Estado Chefe da Controladoria Geral da União regulamentar a redução dos parâmetros de avaliação de programas de *compliance* para as microempresas e empresas de pequeno porte.²⁵⁷

Assim, em 10 de setembro de 2015, foi publicada a portaria 2.279/2015, norma conjunta que dispõem sobre regras mais simples e com menor rigor formal sobre as medidas de integridade que devem ser adotadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Para demonstrar o comprometimento com a ética e com integridade na condução dos negócios, essas empresas deverão apresentar um relatório de perfil contendo informações sobre (i) a área de atuação, (ii) os responsáveis pela administração, (iii) quantitativo de empregados e a estrutura organizacional, (iv) nível de relacionamento com o setor público, especificando: a) principais autorizações, licenças e permissões governamentais necessárias para o exercício de suas atividades; b) valor aproximado dos contratos celebrados ou vigentes com o setor público nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual e c) utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, no relacionamento com o setor público,

²⁵⁶ Disponível em <http://www.lecnews.com/web/um-programa-de-compliance-para-as-pequenas-empresas>. Acesso em: 23 de janeiro de 2015.

²⁵⁷ A Lei complementar 123/2006, em seu artigo 3º, define que consideram-se microempresas e empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que, no caso da microempresa afigure, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). No caso da empresa de pequeno porte, afigure, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)

Também deverão apresentar relatório de conformidade que deverá demonstrar (i) o funcionamento das medidas de integridade adotadas, (ii) as medidas de integridade contribuíram para a prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração, cuja comprovação das informações de que trata o caput pode abranger a apresentação de documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital.

4.3.2 Os acordos de leniência

Um dos temas de maior destaque na Lei Anticorrupção é o relativo ao chamado acordo de leniência. Segundo leciona BERTONCINI, referido acordo pressupõe uma relação de concordância entre as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de atos previstos na Lei 12846/2014. Segundo o autor, o acordo permite o combate mais eficaz e eficiente da corrupção, pois estimularia, mediante a concessão de benefícios, a revelação de fatos ilícitos.²⁵⁸

Referido acordo apareceu em um primeiro momento nos Estados Unidos da América, em 1978, eis que instituído pelo Departamento de Justiça visando a concessão de anistia em troca de informação às autoridades antitruste. No Brasil, foi inicialmente inserido por intermédio da Lei 10149/2000 e depois aprimorado quando aprovada a Lei de Defesa da concorrência n. 12.529/2011, a qual reformulou o Conselho de Administração e Desenvolvimento Econômico – CADE. Da análise de seus dispositivos, em especial do artigo 87, este acordo de leniência se configura em uma espécie de figura híbrida, eis que confere ao CADE possibilidade de afastamento de responsabilidade administrativa e penal a quem colabore, “trata-se de verdadeiro pilar fundamental da política nacional de proteção da ordem econômica, justamente por seu caráter preventivo. Esse exemplo é a inspiração

²⁵⁸ BERTONCINI, Matheus. **Do acordo de Leniência**. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André; BERTONCINI, Matheus. *Lei Anticorrupção: Comentários à Lei 12846/2013*. São Paulo: Almedina. 2014. p.190.

básica da Lei Anticorrupção”.²⁵⁹

SILVEIRA ainda destaca que o acordo de leniência previsto na normativa anticorrupcional baseia-se em uma noção de auto denúncia. Este tema está intrinsecamente ligado com o criminal *compliance*, tema da presente dissertação, eis que o próprio artigo 7º da Lei, além de prever em seu inciso VIII a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de códigos de ética e conduta, prevê no inciso VII que na aplicação de sanções também serão levados em conta a cooperação da pessoa jurídica na apuração das infrações.²⁶⁰

SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO asseveram que o acordo de leniência previsto no artigo 16 da Lei 12846/2013 atribui uma lógica penal a uma Lei de caráter administrativo e civil, merecendo especial atenção em sua análise. Além dos reflexos inerentes a relevância de comportamentos pós-delitivos em termos de dogmática e política criminal, o alcance dos benefícios legais com o acordo seriam muito restritos e por vezes desproporcionais com as exigências feitas a pessoa jurídica.²⁶¹

A despeito da gravidade das penalidades impostas à pessoa jurídica, ao contrário do que estabelece o acordo de leniência no âmbito concorrencial, na Lei Anticorrupção não há nenhum dispositivo específico que verse sobre as repercussões penais que eventualmente recaiam nas pessoas físicas. Segundo SILVEIRA, a não previsão de atenuação ou isenção de responsabilidades penais a serem estendidas às pessoas físicas, como se deu na legislação antitruste, que fica adstrita ao âmbito sancionatório empresarial, este fato se constitui em um possível óbice à aplicação do instituto, podendo gerar, inclusive, efeito reverso e transformar o acordo de leniência em um calcanhar de Aquiles do sistema.²⁶²

A legislação Anticorrupção que entrou em vigor no Brasil no de 2014, não aprofundou algumas discussões jurídicas e socioeconômicas indispensáveis à aplicação de

²⁵⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. In: Revista dos Tribunais, vol. 947/2014, p. 157, set/2014, DTR 2014/9948. p.5.

²⁶⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **O acordo de leniência...** *op. cit.*, p. 5.

²⁶¹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance...** *op. cit.*, p. 15.

²⁶² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 350.

sua normativa. Ao contrário, instituiu um modelo de combate à corrupção muito mais agressivo e desproporcional do que qualquer outro vigente nos países signatários dos mesmos tratados internacionais a que o Brasil estava vinculado.

Não é por outra razão que SANCHEZ RIOS e ANTONIETTO já advertiam ser este o tópico mais expressivo para estudo e já apontavam a desproporção entre as obrigações dispostas na Lei para realização do acordo e os possíveis benefícios que seriam concedidos ao colaborador,²⁶³ como por exemplo a redução em até dois terços da multa, isentar a empresa da publicação extraordinária da decisão condenatória e reparação integral do dano, suspensão, interdição integral ou parcial das atividades empresariais, dissolução da pessoa jurídica, perdimentos de bens, proibição de participar de licitações e firmar contratos administrativos.

OLIVEIRA sustenta que basta comparar as disposições com os mais rumorosos escândalos ocorridos nos Estados Unidos. Lá as pessoas jurídicas envolvidas foram condenadas a reparar todos os danos e pagar altíssimas multas, mas tiveram preservada a sua atividade empresarial para garantir empregos e garantir a estabilidade econômica.²⁶⁴

Foi assim que ao perceber o rigor excessivo na legislação editada, o governo convenceu-se que o combate à corrupção não poderia ser confundido com o aniquilamento de empresas e que a economia deveria ser preservada²⁶⁵. Assim, foi editada a Medida Provisória n. 703 de 18 de dezembro de 2015, que alterou sensivelmente o acordo de leniência para as pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos de corrupção bem como dispôs sobre a majoração das exigências de implantação de programas de *compliance*.

Ponto importante da alteração da medida provisória consiste na exclusão de limitação de celebração de acordos para a primeira pessoa jurídica que manifestasse interesse, sendo que a primeira empresa poderá ser beneficiada com a remissão integral da multa pecuniária, enquanto as outras terão somente uma redução de 2/3 do valor da penalidade. A nova redação do artigo 17 dispõe que a administração pública poderá

²⁶³ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance... op., cit.**, p. 15.

²⁶⁴ OLIVEIRA, Mariana. **Medida Provisória sobre o acordo de leniência aprimora Lei Anticorrupção.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-17/mariana-oliveira-mp-leniencia-aprimora-lei-anticorruptcao>. Acesso em: 23 de janeiro de 2016.

²⁶⁵ *Ibid.*

também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável por atos e fatos investigados previstos em normas de licitações e contratos administrativos com vistas à isenção ou à atenuação das sanções restritivas ou impeditivas ao direito de licitar e contratar, prevendo assim a possibilidade de que o acordo de leniência seja aplicado fora do âmbito da Lei Anticorrupção.

Também, a regra disposta no §11 e 12 do artigo 16 da Lei Anticorrupção, conferem maior segurança jurídica às pessoas jurídicas que aderirem ao acordo tendo em vista que agora com a possibilidade de o acordo ser celebrado com a participação da Advocacia Pública em conjunto com o Ministério Público impede o ajuizamento ou prosseguimento de ação já ajuizada por qualquer dos legitimados às ações mencionadas no artigo 19²⁶⁶ e o art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou de ações de natureza civil.

Por fim, importante observar que a Medida Provisória 703 /2015, inseriu o inciso IV no artigo 16 da Lei 12846/2013 e estabeleceu que deve resultar do acordo de leniência o compromisso da pessoa jurídica se comprometer a à implementar e melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

4.4 A FUNÇÃO DO PENALISTA NA ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Conforme observado ao longo do presente trabalho, o termo *compliance* não é propriamente uma novidade em outros ramos do direito e na atividade econômica empresarial. O penalista, historicamente acionado para administrar eventos *ex post* e situações deflagradas após a tomada de medidas repressivas pelos órgãos de persecução

²⁶⁶ Art. 19 Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades; III - dissolução compulsória da pessoa jurídica; IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

estatal, agora se vê diante de uma nova realidade que consiste em orientar e antecipar possíveis ilícitos penais que podem decorrer da atividade empresarial.

Este quadro e a incidência de medidas sancionatórias levaram os criminalistas a readequar sua forma de interação com as organizações societárias, agora mais preocupadas com o planejamento societário e com o gerenciamento de riscos. A prestação de serviços de defesa criminal corporativa é, em função deste novo contexto, essencial à captação de recursos, à proteção patrimonial e à preservação da reputação da empresa e de seus dirigentes.²⁶⁷

É de se verificar que o tema *compliance* surge com muito mais força no âmbito jurídico justamente quando há o recrudescimento normativo no campo penal. No Brasil, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei Anticorrupção, esta apesar de não prever a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mas com evidente carga penal conforme já observado, são exemplos desta tendência. Da mesma forma, na Espanha o tema ganhou muita importância eis que apareceu vinculado com a introdução da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ano de 2010.

A exemplo do que ocorre na Espanha, apesar dos elementos standardizados na elaboração de programas de *compliance* e dos comandos normativos que advém da legislação, a segurança jurídica está muito longe de ser encontrada pois não há consenso ao avaliar eventual eficácia jurisdicional desses programas.

GONZALES, afirma que apesar da advertência supra (i) nenhum programa pode funcionar como uma espécie de “bula papal” que garante a absolvição da empresa por qualquer fato praticado, em vista de que o processo jurisdicional está regido pela livre apreciação da prova e, de outro lado, que (ii) a confecção do programa é uma tarefa multidisciplinar, onde resulta necessário a visão de auditores, de especialistas de outras área do conhecimento e, conseqüentemente, de um penalista. De acordo com este último ponto, apesar da ausência de consenso, talvez essa visão integradora seja uma forma de validar os programas de *compliance*.²⁶⁸

²⁶⁷ SAAD-DINIZ, Eduardo. **A criminalidade empresarial e a cultura de compliance**. Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP-GB, Ano 2, vol.2, n. , dez/2014. p. 3.

²⁶⁸ FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista...** *op. cit.*, p. 155.

Conforme visto ao longo do trabalho, os programas de *compliance* possuem aspectos que transcendem o Direito Penal. Ainda que isto seja verdade, a intervenção do penalista se justifica por varias razões, quais sejam.

A primeira delas é no sentido de orientar a prática empresarial eis que nem sempre o direito penal, na atualidade, se constitui na *ultima ratio*. Sabe-se que existem tipos penais que se transformam na *prima ratio* e em alguns casos é muito difícil encontrar a diferença entre o ilícito civil, societário ou penal. Também, o assessoramento de um penalista pode-se justificar, por exemplo, na apreciação de um erro de proibição na pessoa que está seguindo seus conselhos. Caso seja levado à justiça a opinião de um auditor generalista, o mais provável é que o juiz rechace o erro indicando que poderia ser evitado. O Supremo Tribunal Federal da Alemanha, BGH, há anos adverte que o erro de proibição só é invencível quando houve consulta a um verdadeiro *expert* em direito e que ele seja independente. “*por esta razon, há rechazado incluso apreciar el error cuando el que asesoraba era el in house lawyer siempre considerados parciales*”.²⁶⁹

Nesta esteira, LEITE observa que os casos mais relevantes são aqueles em que a pessoa que exerce alguma função diretiva na organização empresarial consulta um advogado do setor de *compliance*. No presente caso, o que vai determinar o cumprimento do dever concreto de agir é o caráter confiável da fonte de informação que conduzirá à inevitabilidade do erro de proibição.²⁷⁰

A segunda razão que justifica a intervenção do penalista é a análise de riscos. Na prática empresarial, esta tarefa esta tradicionalmente nas mãos de auditores:

“ello resulta lógico cuando se trata de analizar riesgos economicos, pero tremendamente absurdo cuando se trata de riesgos penales. El análisis de riesgos em corrupción no quiere decir outra cosa que señalar que factores criminógenos pueden existir en la empresa que hagan probable la aparición de um delito”²⁷¹

Por último, GONZALES afirma que o uso errôneo dos instrumentos de

²⁶⁹ FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista...** *op. cit.*, p. 160.

²⁷⁰ LEITE, Alaor. **Existem deveres gerais de infirmação Direito Penal?** *In*: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 23, n. 2, abril/junho 2013, coord: DIAS, Jorge de Figueiredo, 216-235.

²⁷¹ FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista...** *op. cit.*, p. 160.

prevenção e repressão constitui um risco penal em si. Um bom exemplo são as denúncias e investigações internas que devem iniciar quando foi recebida a comunicação de um fato delitivo e como aplicar direitos de defesa e proceder às técnicas de investigação. Ainda, definir os papéis dos membros do conselho de administração bem como da pessoa responsável pelo *compliance*, deve ser feito dentro da ótica do Direito Penal. Um programa mal desenhado pode ser um multiplicador de deveres de garantia e conhecer bem os fundamentos da ação, omissão e da delegação de funções no Direito Penal é condição necessária para traçar corretamente um modelo de prevenção.²⁷²

Da mesma forma NIETO MARTIN aduz que os elementos dos sistemas de *compliance* que digam respeito à prevenção de fatos delitivos devem ter, desde o seu primeiro momento, a intervenção de um *expert* em Direito Penal. Isso é importante ao efetuar a análise de riscos, eis que analisá-los, por exemplo, em matéria de corrupção e lavagem de capitais exige conhecer os fatores criminógenos da organização bem como quando e por que estes delitos aparecem no cotidiano empresarial. Também, igualmente ocorre na elaboração dos códigos de conduta nas disposições que visem prevenir a prática de condutas ilícitas. Elaborar normas claras aos empregados sobre como devem evitar o pagamento de subornos, discernir entre as vantagens que são socialmente consideradas aceitas e como estabelecer normas sobre as obrigações que impõe a legislação sobre lavagem de capitais.²⁷³

Assim, os programas de *compliance* podem se constituir em um instrumento de defesa penal e, desde o início, devem ser elaborados com a mentalidade do advogado penalista como forma de otimizá-los, “*el experto em derecho penal es una pieza esencial para canalizar correctamente la fuerza autorreguladora de la entidad y para que además la empresa no sienta que sus esfuerzos preventivos no sirven de nada*”²⁷⁴

²⁷² FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista...** *op. cit.*, p. 155.

²⁷³ MARTIN, Adan Nieto. **Fundamentos y Estructura de los programas...** *op. cit.*, p. 132.

²⁷⁴ FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista...** *op. cit.*, p. 160.

5 CONCLUSÃO

As ideias expostas ao longo do primeiro capítulo da presente dissertação demonstraram em que medida a crise financeira ocorrida no ano de 2008, nos Estados Unidos da América, expôs ao mundo a fragilidade do sistema financeiro. Tais fatos geraram a necessidade de um debate público acerca da reforma dos sistemas de regulação dos mecanismos financeiros como forma de proteção e prevenção.

Entretanto, verificou-se que o debate travado sobre o tema regulação é contraditório e descontextualizado visto que, em geral, traz a ideia de que a solução para prevenir riscos futuros de uma crise financeira passa pela necessidade de incremento de maior regulação do Estado, eis que a discussão é comumente travada sob um viés maniqueísta e puramente ideológico. Conforme visto, também uma má regulamentação, criada a partir de elementos extremamente complexos, pode ter o efeito oposto, na medida em que pode aumentar as possibilidades de risco e tornar o sistema fértil ao cometimento de condutas ilícitas.

É justamente aqui que autorregulação surge enquanto fenômeno mais destacado como parte da transformação dos mecanismos regulatórios. O reconhecimento de que o Estado carece de conhecimento específico acerca do rápido desenvolvimento em que o agente privado desenvolve suas atividades, denota uma recomposição das relações entre Estado e sociedade com um crescente protagonismo do sujeito privado. O conceito de autorregulação apresentado não é o de um sistema unicamente privado de regulação da atividade econômica e, como consequência, a completa ausência de qualquer intervenção reguladora do governo, mas sim de buscar uma articulação que propõe uma nova forma de regular, que combine a presença normativa oriunda da própria atividade econômica empresarial com um sistema de controle adequado na mão do Estado.

Neste contexto, a discussão acerca da adoção de políticas internas de prevenção e de gerenciamento do risco na atividade empresarial, através de sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada, denominados de *compliance*, tem ganhado espaço, a fim de incentivar a adoção e a implementação de regras internas. Essa postura contribui para o afastamento de condutas lesivas bem como, em um primeiro momento, diminui o risco

proveniente da atividade econômica empresarial e a adoção de medidas repressivas pelo Estado.

Ocorre que antes de adentrar especificamente no conteúdo dos mecanismos de gerenciamento do risco, é fundamental compreender que existem graves prejuízos econômicos decorrentes de práticas criminosas no âmbito da atividade empresarial. No que tange à corrupção, é insofismável que se trata de verdadeiro empecilho que afronta o livre mercado e impede o desenvolvimento do comércio ao gerar vantagens competitivas assentadas em condutas ilícitas.

Assim, é imprescindível entender como funcionam as corporações, como se estabelecem as relações inter pessoais nestes ambientes e o fato de que em certos negócios existe uma cultura empresarial que não só tolera, mas dá suporte à prática de condutas ilícitas. Neste sentido, constata-se que existem fatores criminógenos ínsitos à atividade empresarial e que o delito de empresa é um delito estrutural, eis que a sua própria existência, cujos fins são essencialmente orientados ao lucro, implica em um risco maior de surgimento de condutas ilícitas.

A ideia de gestão material e da reconfiguração dos sistemas internos de controle, mediante a adoção de programas de conformidade com a clara distribuição de competências entre os diversos níveis dentro da estrutura empresarial, pode contribuir para neutralizar os fatores que impulsionam a prática de condutas criminosas e impedir a atribuição de responsabilidades de maneira injusta.

No Brasil, o *compliance* primeiramente aparece enquanto um quinto elemento dos pilares da Governança Corporativa para então, somente após o recrudescimento da legislação mediante a edição da Lei de Lavagem de Capitais e da Lei Anticorrupção, tornar-se, muito mais do que uma mera faculdade da empresa, em um elemento essencial no desenvolvimento da atividade econômica.

Apesar de o tema *compliance* já ser estudado e suficientemente difundido em outras áreas do conhecimento e outros ramos da ciência jurídica, é fato que nas ciências criminais o assunto chegou de forma muito mais tardia. Aqui, importante destacar que o *compliance* não se trata de um tópico da dogmática penal, mas sim de um instrumento de política criminal de prevenção orientado à gestão do risco normativo penal.

Rompendo com o senso comum amplamente difundido no sentido de que *Compliance*, advém do verbo inglês *to comply*, e que este poderia ser definido de maneira simplória como o fato de que se deve estar em conformidade com a Lei, o presente trabalho constatou que *compliance* significa conformidade com diversas regras, inclusive aquelas internas que não sejam juridicamente vinculantes de maneira direta, e que se trata de um verdadeiro método para criar cenários de riscos futuros e formas de controle para prevení-los.

Estes são os verdadeiros desafios que englobam o presente tema. Em especial, no que se refere ao foco da presente dissertação, *experts* do Direito Penal, até pouco tempo acostumados a entender o crime enquanto fenômeno *ex post*, exercem papel fundamental na elaboração e implementação de programas de *compliance* criminal, visto que a própria legislação têm feito esta imposição bem como decorrente do fato de que os maiores danos aos proprietários, administradores e acionistas, são justamente aqueles que decorrem do cometimento de crimes.

O Criminal *compliance* pode ser representado então por políticas internas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida. Em uma concepção preventiva, deve-se neutralizar os riscos de atribuição de responsabilidades e, em uma concepção repressiva, é necessário a adoção de mecanismos de vigilância, canais de denúncia e procedimentos internos investigatórios, sancionatórios, bem como pressupõe a adoção de todos os elementos comuns, sejam os estandardizados mediante análise dos instrumentos normativos mais expressivos, bem como aqueles dispostos na legislação brasileira.

Toda difusão dessa nova forma de atuação, que cada vez mais orienta a atividade econômica empresarial mediante a atribuição de deveres de autorregulação e gerenciamento do risco, só é possível quando no ambiente intra empresarial ocorre efetivamente uma mudança de cultura empresarial rumo a uma verdadeira cultura de *compliance*.

Por fim, na implementação de programas de *compliance* criminal, verificou-se a indispensabilidade da intervenção de um *expert* em Direito Penal desde o seu início. Analisar os riscos normativos no âmbito penal é tarefa que necessita de conhecimentos

específicos acerca dos fatores criminógenos de cada ramo empresarial e, ainda, ante a constatação que referidos programas podem se constituir em um verdadeiro instrumento de defesa da corporação, ou de seus diretores, frente a eventual persecução estatal.

Bibliografia

ACUÑA, Jean Pierre Matus. **La certificación de los programas de cumplimiento.** *In:* El Derecho Penal Económico em la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, Valência, 2013,

ASSIS, Augusto. **Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais/vol. 114/20154, p. 321-328, mai/jun 2015,

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

BERTONCINI, Matheus. **Do acordo de Leniência.** *In:* CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André; BERTONCINI, Matheus. Lei Anticorrupção: Comentários à Lei 12846/2013. São Paulo: Almedina. 2014

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales.** Alicante: Aranzandi, 2009.

BLUMENBERG, Axel-Dirk. GARCIA-MORENO, Beatriz. **Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo.** *In:* IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014,

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Comentários à Lei de 9.613/1998, com alterações da Lei 12683/2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

BRESSER, Luis Carlos Pereira. **A Crise financeira global e depois: Um novo capitalismo?.** *In.* *Novos Estudos Cebrap*, 86, março 2010: 51-72

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

CALADO, Luiz Roberto. **Regulação e Autorregulação do Mercado Financeiro**. São Paulo: Saint Paul, 2009.

CALABRO, Luis Felipe. *Teoria Palco-Platéia: A interação entre regulação e autorregulação do Mercado de Bolsa*. São Paulo, 2010. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo.

CAMBI, Eduardo. **Apresentação**. *In*: Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coord. CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. Org. BERTONCINI, Mateus. – 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014,

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2006

CAVERO, Percy García. **Criminal Compliance**. Lima: Palestra Editores. 2014,

CERVINI, Raul. **Quo Vadis? – El cumplimiento normativo**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 92, set./2011,

CONWAY-HATCHER, Amy. GRIGGS, Linda. KLEIN, Benjamin. **How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-frank act: implications and Best practices for multinational companies**. *In*: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio De Janeiro: Elsevier, 2013.

DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Gomes e FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. **Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas**, *In* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. Doutrinas Essenciais Direito Penal da Administração Pública,

Vol. IV, São Paulo, RT, 2011

DE OLIVEIRA, Marlus H. Arns. **A Criminalização das Pessoas Jurídicas no Brasil à Luz da Lei Anticorrupção (Lei 12846/2013)**, Cadernos Jurídicos OAB-PR, N. 50, abril de 2014

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal, Parte Geral**, 3ª ed., Curitiba, Lúmen Júris – ICPC, 2008

DUARTE, Francisco Carlos. HERBST, Kharen Kelm. **A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008**. In. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba, v.4, n.2, p. 16-38, jul./dez. 2013,

DUMÉNIL, Gérard, LÉVY, Dominique. **A crise do neoliberalismo**, trad. Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

ELLIOTT, Kimberly Ann. **Corruption as na International Policy problem**. In: Heidenheimer, Arnold. JOHNSTON, Michael. *Political Corruption: concepts and contexts*. New Jersey: Transaction Publishers. 2005,

FERGUSON, Niall. **A grande degeneração**. São Paulo: Planeta, 2013

FERNANDEZ, Raquel Montaner. **La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales**. In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013

_____. **Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad penal: A propósito de la gestión medio ambiental**. Barcelona: Atelier, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FRANCO, J. A. Gonzales. SCHEMMEL, A. BLUMENBERG, A. **La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento**. In: El Derecho Penal Económico en la era Compliance, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, Valência, 2013.

GONÇALVES, Oksandro, PORTO. **O vetor axiológico do movimento de saneamento do Sistema Financeiro Nacional**. Argumentum (UNIMAR), 2014.

GONZALES, Arturo, BERINI, Leon. **Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa**. In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

GUARAGNI, Fábio. **Capítulo 1 – disposições gerais. Comentários aos artigos 1 a 4**. In: Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/2013. Coord. CAMBI. Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. Org. BERTONCINI, Mateus. – 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014,

Guia de *Compliance* da Siemens sobre Anticorrupção. Disponível em <http://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/GuiaAnticorruptaoComplianceSiemens.pdf>. acesso em 10 de janeiro de 2015.

HABIB, Sérgio. **Brasil: Quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal**. Porto Alegre: Safe, 1994.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e**

Investigação Criminal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2015

Instituto Brasileiro de Gemas e Metais Preciosos, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Clínica de Direito Penal. **Guia de Prevenção à Lavagem de Dinheiro para Joalheiros / IBGM, FGV.** – Brasília: IBGM, Maio 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa.** 3. ed. São Paulo, 2004. Disponível em http://www.ibgc.org.br/download/arquivos/Codigo_IBGC_3_versao.pdf: .Acesso em: 02 de janeiro de 2015

KUEHLEN, Lothar. **Cuestiones fundametales de compliance y Derecho Penal.** *In:* KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

LASCURAÍN, Juan Antonio. **La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa.** *In:* MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. *Manual de Cumplimiento penal en la empresa.* Valencia: Tirant lo blanch. 2015.

LEITE, Alaor. **Existem deveres gerais de infirmação Direito Penal?** *In:* Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 23, n. 2, abril/junho 2013, coord: DIAS, Jorge de Figueiredo, 216-235.

LUZ, Yuri Correa da. **O combate à corrupção: Entre Direito Penal e Direito administrativo sancionador.** *In:* Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2011, RBCCrim

LODI, João. **Governança Corporativa: o governo da empresa e o conselho de administração.** Rio de Janeiro: Campus, 2000

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais**. In: DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio De Janeiro, Elsevier, 2013.

MANSDORFER, Marco. **Responsabilidad e imputación individual en la ejecución de tareas em um grupo**. Barcelona. In Indret 2/2007, p. 9. Disponível em http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. Acesso em: 10 de setembro de 2015.

MARUCH, André. **As principais práticas de Governança Corporativa adotadas no mercado brasileiro em face do mercado internacional: 1ª parte**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 127, jan/2009

MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Parte General, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 2011,

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4 ed., Coimbra: Coimbra, 2003.

MONDACA, Iván Navas. **Los Códigos de Conducta y el Derecho Penal**. In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

MOREIRA, Vital. **Autorregulação Profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almeida. 1997.

MORENO, Beatriz Garcia. **Whistleblowing y canales institucionales de denuncia**. In: MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch. 2015.

MONTIEL, Juan Pablo. **Autolimpieza empresarial: Compliance programs,**

investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. *In:* KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MUÑOZ, Nuria Pastor. **La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: Derecho Penal o autorregulación empresarial?** Barcelona: Revista para el análisis del derecho, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p 9-20, fev. 2014

NIETO MARTIN, Adan. **Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas.** *In:* Manual de cumplimiento normativo penal em la empresa. MARTÍN, Adan Nieto. (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015,

_____. **Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa.** *In:* Política Criminal., n. 5, 2008, p1/18.

_____. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Madrid: Iustel Publicaciones, 2008,

_____. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal.** *In:* KUHLEN, Lothar; PABLO MONTIEL, Juan; URBINA GIMENO, Íñigo Ortiz de. (EDs.) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013

_____. **Fundamentos y Estructura de los programas de cumplimientos normativo.** *In:* Manual de cumplimiento normativo penal em la empresa. MARTÍN, Adan Nieto. (Coord). Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

_____. **El cumplimiento normativo.** *In:* MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch. 2015.

_____. **La institucionalización del sistema de cumplimiento** *In:* MARTIN, Adan Nieto. LASCURAIN SANCHEZ, Juan Antonio. CORDERO, Isidoro Blanco. FERNANDEZ, Patricia Perez. MORENO, Beatriz Garcia. Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch. 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Mariana. **Medida Provisória sobre o acordo de leniência aprimora Lei Anticorrupção.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-17/mariana-oliveira-mp-leniencia-aprimora-lei-anticorrupcao>. Acesso em 23 de janeiro de 2016.

OMAROVA, S. T. **Rethinking the future of Self-regulation in the financial industry.** *In:* Brooklyn Journal of International Law, n. 35, 2010.

PADRÓS, Enrique Serra. **Capitalismo, prosperidade e Estado de bem-estar social.** *In:* REIS FILHO, Daniel Aarão; FERREIRA, Jorge; ZENHA, Celeste (Orgs.). *O século XX: O tempo das crises.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

PAGOTO, Leopoldo. **Esforços globais anticorrupção e seus reflexos no Brasil.** *In:* DEBBIO, Alessandra Del, MEDA, Bruno Carneiro, AYRES, Carlos Henrique. Temas de Anticorrupção e Compliance. Rio De Janeiro, Elsevier, 2013

PARDO, José Esteve. **La nueva relación entre Estado y sociedad: Aproximación al**

trasfondo de la crisis. Madrid: Marcial Pons, 2013

PELTZMAN, Sam. **A teoria Econômica da Regulação depois de uma década de desregulação**, trad. Tiago Machado Cortez, in *Regulação Econômica e Democracia: O debate Norte-Americano*, org. Paulo Mattos, Mariana Mota Prado, Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, Diogo R. Coutinho e Rafael Oliva. São Paulo: Editora 34, 2004.

PARGENDLER, Mariana. **The Corporate Governance Obsession.** Stanford Law and Economics Olin Working Paper, n. 470, 2015

PASTOR MUNOZ, Nuria. **Organizaciones Culpables.** Barcelona. In *Indret* 2/2006, p. 5. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/340.pdf>.

_____. **La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la própria empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?.** In: *InDret* 2006, num.04. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/122213/169333>.

PLANAS, Ricardo Robles. **El responsable de cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho Penal.** In: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; FERNANDEZ, Raquel Montaner. *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas.* Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

RODRIGUES, Antonio Gustavo. **O COAF e as mudanças na Lei 9.613/1998.** Boletim IBCCRIM. n. 237. São Paulo: IBCCRIM. agosto/2012

ROSE-ACKERMAN, Susan. **The Law and Economics of Bribery and Extortion,** *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 6, pp. 217-236, 2010; Yale Law & Economics Research Paper No. 408. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1646975>,

ROTSCH, Thomas. **Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance**. In Anuario de Derecho Penal Económico y de la empresa. Jun/2015

_____. Barcelona. In Indret 1/2012, p. 3. Disponível em http://www.indret.com/pdf/425_es.pdf. Acesso em: 05 de agosto de 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. **A criminalidade empresarial e a cultura de compliance**. In: Revista Eletrônica de Direito Penal, AIDP-GB. Ano 2, vol. 2, n. 2, dez/2014

SARCEDO, Leandro. **Criminal Compliance**. Aula lecionada no VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no dia 19 de setembro de 2014

SANCHEZ RIOS, Rodrigo. **Direito Penal Econômico: Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal**. São Paulo: Saraiva-GV law,2010

_____. ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – Prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. In, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114/2015, p. 341-375, mai./jun. 2015

_____. **Imputação Penal à Pessoa Jurídica no âmbito dos Delitos Econômicos**, In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 3^a ed, São Paulo, RT, 2011. p. 203

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico: parte geral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015,

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa**. In: Dial Net. Disponível em:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46331>. Acesso em: 22 de julho de 2015

SIEBER, Ulrich. **Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**, trad. Manuel A. Abanto Vázquez, in *El Derecho Penal Económico em la era Compliance*, org. Luis Arroyo Zapatero e Andán Nieto Martín, Tirant lo Banch, València, 2013; 008.

SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

_____. **Fundamentos del Derecho Penal de la empresa**. Madrid: Edisofer S. L., 2013,

_____. **Deberes de vigilancia y compliance empresarial**. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Ed.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas em Derecho Español**. In: SILVA SANCHEZ, Jesus Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**, Barcelona, Atelier, 2013.

SILVEIRA, Renato Mello Jorge. **Criminal Compliance: Os limites da cooperação normative quanto à Lavagem de Capitais**. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Vol. 56/2012. Abr/2012

_____. **O acordo de leniência na Lei Anticorrupção**. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 947/2014, p. 157, set/2014, DTR 2014/9948

_____. SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva. 2015

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Compliance e o direito penal**. *In*: boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, mai./2011

SUTHERLAND. Edwin Hardin. **White Collar Crime**. United States. Yale University, 1983,

TIEDMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VILA, Ivó Coca. **Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?** *In*: SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria; Fernandez, Raquel Montaner. Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Ed. Atelier, 2013.

YSLA, Alain Casanovas. **Legal Compliance: principios de cumplimiento generalmente aceptados**. Difusion Juridica: Madrid. 2012.

VARELA, Osvaldo Artaza. **Programas de Cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal**. *In*: IBARRA, Juan Carlos Hortal; IVÁÑEZ, Vicente Valiente. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Madrid: Edisofer, 2014,

ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adan Nieto. **El Derecho Penal Económico em La era Compliance**. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 2013.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: Bei Comunicações. 2015.

WALD, Arnoldo. **O Governo das empresas.** *In:* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 307, jan/2010