

Compliance Criminal e a Gestão dos Riscos Empresariais

Compliance Criminal and Business Risk Management

Rogério Luís Marques de Mello^a; Fabiana Ortiz Tanoue de Mello^b

^aFundação Educacional de Penápolis, Curso de Direito. SP, Brasil.

^bFundação Educacional de Penápolis, Curso de Administração. SP, Brasil.

*E-mail: rogeriomello@funepe.edu.br

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar as características da radicalização da modernidade e consequente exacerbação dos riscos empresariais nos mais variados aspectos, inclusive, criminais. Nesse cenário, as legislações relacionadas à corrupção e à lavagem de dinheiro adotaram o *compliance* como ferramenta de concretização da missão, visão e valores organizacionais, de cunho notadamente ético e com evidente viés preventivo, inclusive na seara penal. O emprego facultativo do *compliance* e sua implantação efetiva pelas empresas foram analisados, de modo a avaliar se há estímulos suficientes e adequados ao empresário para que estabeleça um programa de integridade de resultados, considerada a racionalidade econômica que orienta o mercado. Em suma, procurou-se evidenciar se o *compliance* criminal se constitui em ferramenta adequada de gestão e prevenção de delitos nas empresas. Adotou-se, como hipótese, que a efetividade preventiva do *compliance* criminal decorre de sua concreta implantação, sem finalidade meramente simbólica e com estímulos que orientem a sua eficiência e a busca de resultados. Através do emprego do método dedutivo e detida análise bibliográfica dos conceitos de sociedade de risco, riscos empresariais e *compliance* criminal, concluiu-se pela relevância dos programas de integridade como instrumentos de prevenção de delitos empresariais sem que, contudo, tenham resultado em inequívoca inibição das transgressões criminais, provavelmente, em razão da sua inexigibilidade e poucos estímulos legais.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Riscos Empresariais. *Compliance* Criminal.

Abstract

The article aims to analyze the characteristics of the modernity radicalization and the consequent exacerbation of business risks in the most varied aspects, including criminal ones. In this scenario, legislation related to corruption and money laundering adopted compliance as a tool for achieving the mission, vision and organizational values, with a notably ethical nature and with an evident preventive bias, including in the criminal field. The optional use of compliance and its effective implementation by companies were analyzed in order to assess whether there are sufficient and adequate incentives for the entrepreneur to establish a results integrity program, considering the economic rationality that guides the market. In short, we sought to show whether criminal compliance constitutes an adequate tool for the crimes management and prevention in companies. It was adopted, as a hypothesis, that the preventive effectiveness of criminal compliance stems from its concrete implementation, without a merely symbolic purpose and with stimuli that guide its efficiency and the search for results. Through the use of the deductive method and detailed bibliographic analysis of the concepts of risk society, business risks and criminal compliance, it was concluded that integrity programs are relevant as instruments for the prevention of business crimes without, however, having resulted in unequivocal inhibition of criminal transgressions, probably due to its unenforceability and few legal incentives.

Keywords: Risk Society. Business Risks. Criminal Compliance.

1 Introdução

Nas últimas décadas o mundo tem vivenciado mudanças intensas e exponenciais em diversos setores, muito em razão do avanço tecnológico e da globalização. Autores como Zygmunt Baumann, Anthony Giddens e Ulrich Beck evidenciam uma nova modernidade que se contrapõe às rotinas relativamente estáveis até então existentes. Nessa nova modernidade, os riscos são percebidos como fonte de oportunidades e angústias; a mobilidade e a portabilidade são valorizadas em detrimento daquilo que é estático e pesado; prevalece o individualismo e o relativismo, com a crescente escassez de valores compartilhados. Enfim, nesse novo cenário de exacerbação dos riscos reais e imaginários, há uma

vertiginosa proliferação de normas, exigindo que também as empresas adotem medidas de cautela e prevenção, tanto em relação às infrações legais quanto às éticas.

Não são incomuns escândalos envolvendo corporações em razão da prática de crimes, seja por parte dos gestores, em favor ou não da empresa, dos colaboradores e até de eventuais terceiros fornecedores de produtos ou serviços. Casos de assédio sexual, corrupção, lavagem de dinheiro, discriminação, entre outros, seriam evitados, em alguma medida, diante da adoção consistente de práticas preventivas de orientação e controle de integridade. Reitere-se que, além da eventual punição criminal dos envolvidos e repercussões indenizatórias, há um dano imensurável à imagem

institucional, em regra mais grave que as consequências evidentes e aferíveis.

Surge, nesse contexto, o *compliance*, ferramenta de gestão relacionada à concretização da missão, visão e valores de uma empresa, com a pretensão de envolvimento de todas as partes interessadas e ampla prevenção de eventos indesejados, inclusive na seara criminal. No Brasil, contudo, sua adoção é facultativa e, nos casos em que é formalmente instituído, nem sempre fica evidenciado, em sua implementação, o real comprometimento de toda a estrutura corporativa.

Objetiva-se, nesse sentido, a análise do *compliance* na prevenção de delitos (*compliance* criminal), mormente no que tange a sua efetividade, uma vez que sua eventual implantação não representa, por si só, alcance prático de resultados preventivos e repressivos de delitos, gerando alguma incredulidade sobre os programas de integridade em andamento.

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

Através de detida análise bibliográfica de referencial teórico relacionado aos conceitos de sociedade de risco, riscos empresariais e *compliance* criminal, buscou-se evidenciar as principais ameaças criminais à regularidade da atividade empresarial. Identificados esses fatores e a legislação que regula a implantação de sistemas de integridade corporativa no Brasil, foram analisadas pesquisas relacionadas à efetividade da implementação dos sistemas de *compliance*, empregando-se o método dedutivo para a inferência dos resultados apresentados.

2.2 Os riscos na radicalização da modernidade

Na tentativa de definir o período atual em que se vive, permeado de intensas e aceleradas mudanças com inúmeras repercussões nos mais variados campos de atuação humana – relacionamentos, segurança, saúde, educação, meio ambiente, economia, política, entre outros, diversos autores se propõem a analisar a complexidade dos fatores envolvidos, com inegáveis repercussões na atividade empresarial diante dos novos riscos surgidos. Nesses termos, ainda que a mudança social seja de difícil definição, sua identificação depende da demonstração de alterações durante um período específico em sua estrutura subjacente, ou seja, nas instituições fundamentais que dão sustentação, sempre mantendo a referência com aquilo que permanece estável (GIDDENS, 2015).

De acordo com Klaus Schwab (2016), características marcantes da atualidade revelariam o início de uma quarta revolução industrial. Depois da transição da coleta para a agricultura há cerca de 10.000 anos atrás, o homem vivenciou diversas revoluções industriais: a primeira, entre 1760 e 1840, provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor; a segunda, no final do século XIX e início do século XX, com o advento da eletricidade e da

linha de montagem; a terceira, começou na década de 1960 e costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, com o surgimento do computador pessoal e da internet. A quarta revolução industrial teve início da virada do século XXI, baseia-se na revolução digital e tem por principais características:

- Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas.
- Amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas o 'o que' e o 'como' fazemos as coisas, mas também 'quem' somos.
- Impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda sociedade (SCHWAB, 2016, p.19).

A modernidade pode ser conceituada como um estilo, um modo de vida ou organização que permeou a Europa a partir do século XVII e influenciou todo o mundo. Para Giddens (1991) se estaria, atualmente, em um momento de transição, no limiar de uma nova era que leva a um novo tipo de sistema além da modernidade e que recebe uma estonteante variedade de nomes: sociedade da informação, sociedade de consumo, pós-modernidade, pós-modernismo, sociedade pós-industrial etc. Nesse panorama são criadas e desenvolvidas instituições sociais modernas e globais, estabelecendo diversas oportunidades do gozo de uma vida gratificante. Contudo e simultaneamente, são evidenciados aspectos sombrios dessa mesma modernidade, com a criação de riscos até então desconhecidos: o potencial destrutivo das novas forças de produção em relação ao meio ambiente; a possibilidade do uso arbitrário e equivocado do poder político; o desenvolvimento do poderio militar, com a invenção do armamento nuclear etc.

A própria perspectiva sociológica a respeito do Estado-nação, na modernidade reflexiva, sofre limitações, uma vez que o espaço não mais se identifica com o lugar, deslocando-se dele e sofrendo influência cada vez maior de locais distantes. Esse desencaixe tempo-espaço é crucial para o dinamismo da modernidade, possibilitando que as organizações modernas conectem o local e o global se valendo de mecanismos de circulação e intercâmbio que independem das características específicas dos indivíduos ou grupos que os utilizam. Os riscos na modernidade são, em grande parte, humanamente criados, vivenciados e aceitos, em uma complexa mistura vinculada às oportunidades desses resultantes. Para Giddens (1991), desse aumento de oportunidades, confiança, risco, consciência e institucionalização das dúvidas, surge para o indivíduo um sentimento de falta de controle em relação a sua própria vida, equilibrando-se a profunda ansiedade dessas circunstâncias com o sentimento de que não há muito a se fazer ou que, ao

menos, o risco deve ser passageiro.

A globalização, cujo próprio conceito nem sempre foi claro, mas consistiria, basicamente, na vida em comum de todos em um mundo único, reúne posições favoráveis e céticas a seu respeito, segundo Giddens (2000). De modo geral, pode-se afirmar que essa não ocorre de maneira equitativa, não sendo totalmente benéfica em suas consequências; no mundo dos negócios, grandes empresas multinacionais dominam os mercados, destruindo culturas locais e ampliando desigualdades; os Estados-nações estão em transformação, diante de inéditos riscos e perigos com a criação de novas zonas econômicas e culturais dentro e através do seu próprio território; a comunicação eletrônica instantânea transmite informações com ampla capilaridade e penetração, influenciando valores e aspectos íntimos das pessoas; enfim, essas novas forças de espectro global emergem de modo anárquico e fortuito nas vidas das pessoas, em uma mistura de influências que trazem consigo ansiedades e profundas divisões. Na vida das pessoas, há uma revolução em curso no modo como se pensa ou se relaciona e que, sob certos aspectos, se constituem nas mudanças mais difíceis e perturbadoras de todas.

Para Bauman (2001), a modernidade começa com a separação entre o espaço e o tempo, que deixam de ser entrelaçados e de difícil distinção como ocorria nas épocas pré-modernas. O tempo, atualmente, se encontra em permanente expansão, impondo velocidade ao movimento através do espaço, principalmente, em razão do avanço tecnológico, transformando a mobilidade em ferramenta de poder e dominação. É na modernidade que padrões, códigos e regras, que vigoravam de modo estável anteriormente, passam a adquirir novos sentidos; nessa se associa leveza à mobilidade e à inconstância; assim como os fluidos que não se fixam no espaço e nem se prendem no tempo, essa nova modernidade é caracterizada como líquida, exigindo o derretimento dos padrões de dependência e interação para o novo domínio da velocidade, da transitoriedade, do portátil e do substituível como recursos de poder. Como consequência, ocorre a desintegração social - que também é condição à realização dessa nova modernidade, constituída da ausência de engajamento ou densidade nas relações sociais, que devem ser frágeis e quebradiças de modo a permitir que os poderes globais operem.

Na individualidade líquida, definida por Bauman (2001), problemas e riscos continuam a ser produzidos, mas o seu enfrentamento é cada vez mais solitário, criando uma sensação de impotência e frustração que se mistura com a liberdade alcançada. O capitalismo, agora leve e focado prioritariamente no consumo, tornou o mundo um lugar de infinitas possibilidades, cabendo ao indivíduo descobrir o que é capaz de fazer e consumir, sempre estimulado a permanecer na busca aparentemente inalcançável da satisfação e contentamento. Nas cidades, a possibilidade de encontros e interação são minimizadas em espaços públicos

que, protegidos, constituem-se em verdadeiros “não lugares” que desencorajam a identificação e os relacionamentos. O trabalho adquiriu significação, principalmente estética, não se reivindicando, em regra, privilégios, prestígio ou honra desse decorrentes, sempre fomentado por uma mentalidade de curto prazo saturada de incertezas.

Beck (2011) traz o conceito de modernidade reflexiva, convertendo-se a si mesma como tema e problema, ou seja, como um fenômeno que buscou anular as limitações impostas ao homem, oferecendo-lhe desenvolvimento e novas oportunidades, mas sempre atrelada a riscos dos quais nenhum esforço permite escapar. A natureza foi subjugada e explorada pelo sistema industrial, gerando perigos que acompanham o cotidiano, escondidos em toda a parte: ar, comida, roupa, objetos domésticos etc. Desde Chernobyl, ações de defesa e prevenção já não são suficientes, restando a socialização dos danos diante da metamorfose social dos perigos. Nesse contexto, surgem novas desigualdades internacionais com a transferência dos riscos para sociedade pobres e com mão de obra barata, validando a lógica de que “miséria material e cegueira diante do risco coincidem” (BECK, 2011, p. 50). Os países ricos, por sua vez, sofrem o efeito bumerangue dessa sistemática, com a reimportação dos riscos junto com os alimentos baratos e agora impregnados de pesticidas. São os riscos, porém, que geram as oportunidades e lucros e, portanto, é nesse ambiente que aumenta a importância do conhecimento, da ciência e da pesquisa e, conseqüentemente, da sua disseminação através de um sistema de comunicação de massas eficiente.

Na sociedade de risco, o indivíduo se converte em unidade reprodutiva do sistema social acompanhado por tendências de institucionalização e padronização de estilos de vida. O conceito de uma “vida feliz” que, anteriormente, correspondia à constituição de uma família, casa, carro, educação para os filhos e elevação do padrão de vida, hoje se referem à “realização pessoal” e à “busca da própria identidade”, o que repercute no labirinto do auto desconcerto e auto indagação (“sou realmente feliz?”), conduzindo a novos caminhos de autorrealização. O desemprego massivo ronda, inclusive, carreiras consideradas seguras como medicina, direito e engenharia, em razão da transformação sistêmica da sociedade de trabalho, com um número de formandos cada vez maior, sem empregos ou subempregados; ainda, uma onda de automação microeletrônica produz incertezas e riscos, aumentando o interesse das empresas pela flexibilização e fragilizando as premissas organizacionais da produção em massa. A importância dos direitos fundamentais, com crescente autoconfiança e participação dos cidadãos, é amplificada como reforço e poder de resistência às intervenções indesejadas em áreas como a liberdade de imprensa, a privacidade etc. (BECK, 2011).

Para Lipovetsky (2007), na segunda metade do século XX surge uma nova modernidade, coincidente com a “civilização do desejo” e baseada na substituição das economias de

produção pelo capitalismo de consumo. E dentro dessa nova realidade, uma nova revolução: surge uma nova fase do capitalismo de consumo, a sociedade do hiperconsumo com centralidade da economia na figura do consumidor. Nessa nova sociedade, a busca pelo bem-estar material é acompanhada de uma demanda exponencial por conforto psíquico e busca da felicidade. Ainda que não se tenham abandonado os ideais de amor, verdade, justiça etc. em detrimento da busca por bens materiais e espirituais, o sistema hipertrófico de consumo leva à radicalização e ao caos, inclusive, com a amplificação das desigualdades e do subconsumo, gerando paradoxos: ao precisar de menos consumo para minimizar desperdícios e resíduos, precisa-se de mais consumo para fazer recuar a pobreza e aumentar a inclusão. Socialmente, o hiperconsumo induz às motivações privadas, em detrimento da ostentação e potencializa o gosto pela novidade em razão dos seus benefícios subjetivos, funcionais e emocionais. Evidenciando os paradoxos dessa nova sociedade, conclui-se que

As maravilhas técnicas multiplicam-se, o planeta está em perigo. O mercado oferece cada vez mais meios de comunicação e cada vez mais distrações, a ansiedade, a solidão, a dúvida sobre si mesmo fazem estragos. Produzimos e consumimos sempre mais, e não somos mais felizes por isso (LIPOVETSKY, 2007, p. 336).

É nessa profusão de indefinições, riscos e incertezas que as atividades empresariais são desenvolvidas apoiando-se, cada vez mais, em ações e processos que mitiguem, naquilo que for possível, a ocorrência de resultados indesejáveis.

2.3 Riscos Empresariais

A empresa surgiu com a Revolução Industrial (séc. XVIII) e, nestes termos, é instituição relativamente recente, centrada inicialmente em um processo de competição selvagem a serviço do dono do capital e dos bens de produção, orientadas a um esforço de racionalização e redução dos custos que possibilitassem a sua sobrevivência. Atualmente, as empresas possuem relevante importância econômica, além de significado humano, político e social, uma vez que integram não apenas recursos financeiros com repercussões a fornecedores, concorrentes e consumidores, mas também, a promoção de realizações nas vidas das pessoas, projetadas nos campos familiar e social (LAMY FILHO, 1992).

No desempenho de suas atribuições, as empresas se confrontam, cada vez mais, com temas e riscos variados, relacionados à sustentabilidade, corrupção, fraude, ética nos negócios e reputação, entre vários outros, exigindo-lhes adequado gerenciamento que lhes possibilitem, além da obtenção de lucros, a realização de objetivos importantes (sociais, ambientais etc.), a criação de valor e, principalmente, uma existência longa.

Nesse contexto, considera-se risco a possibilidade de algo não dar certo. Porém, no mundo corporativo, é necessária:

a quantificação e a qualificação da incerteza, tanto no que

diz respeito às perdas quanto aos ganhos por indivíduos ou organizações. Sendo o risco inerente a qualquer atividade – e impossível de eliminar –, a sua administração é um elemento-chave para a sobrevivência das companhias e demais entidades (IBCG, 2017, p. 11)

Por sua vez, a *International Organization for Standardization* (ISO), organização mundial de normalização e padronização, criou a ISO: 31000:2009 (ABNT, 2009), buscando proporcionar diretrizes sobre o gerenciamento de riscos enfrentados pelas organizações, em qualquer contexto, para qualquer tipo de risco ou atividade, incluindo a tomada de decisões em todos os níveis. Nesse sentido, define risco como o efeito da incerteza nos objetivos e a sua gestão como as atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização no que se refere a esses riscos. Estabelece que, para a gestão de riscos ser considerada eficaz deve: criar e proteger valor; integrar todos os processos organizacionais, ser parte da tomada de decisões; abordar explicitamente a incerteza; ser sistemática, estruturada e oportuna; basear-se nas melhores informações disponíveis; ser feita sob medida considerando contexto e risco; considerar fatores humanos e culturais; ser transparente e inclusiva; ser dinâmica, iterativa e capaz de reagir a mudanças e facilitar a melhoria contínua da organização.

Na concepção da estrutura de gerenciamento de riscos, por sua vez, referências diversas e circunstâncias relacionadas aos ambientes externo e interno que devem ser considerados, entre outros: ambientes cultural, social, político, legal, regulatório, financeiro, tecnológico, econômico, natural e competitivo, quer seja internacional, nacional, regional ou local; relações com partes interessadas externas e suas percepções e valores; governança, estrutura organizacional, funções e responsabilidades; políticas, objetivos e estratégias implementadas para atingi-los; capacidades, entendidas em termos de recursos e conhecimento (por exemplo, capital, tempo, pessoas, processos, sistemas e tecnologias); sistemas de informação, fluxos de informação e processos de tomada de decisão (formais e informais); relações com partes interessadas internas e suas percepções e valores; cultura da organização; normas, diretrizes e modelos adotados pela organização e forma e extensão das relações contratuais.

A Deloitte (2017), empresa privada de auditoria, consultoria e gestão de riscos de nível global, com firmas-membro em mais de 150 países, elaborou pesquisa junto a 100 empresas do Brasil em 2017, com variadas amostras relacionadas ao cargo do respondente, faturamento anual da empresa, setores de atuação, controle acionário e origem do capital, definindo os cinco pilares de riscos empresariais: riscos financeiros (mercado e risco de crédito, gestão de capital, liquidez e risco de tesouraria, risco de contabilidade e relatórios financeiros); riscos regulatórios (estratégia regulatória, *compliance* regulatório, resposta regulatória); riscos operacionais (auditoria interna, asseguarção, risco de conduta, gestão avançada dos riscos de relacionamentos,

risco operacional e transformação, risco de tecnologia da informação); riscos estratégicos (governança corporativa, risco estratégico, reputação e risco de marca, gerenciamento de crise, sustentabilidade e responsabilidade corporativa) e riscos cibernéticos (estratégia cibernética, segurança cibernética, vigilância cibernética e resiliência cibernética).

Ressalte-se que, nessa pesquisa, mais de 60% das empresas indicaram que não estão preparadas para, rapidamente, descobrir e evitar problemas relacionados a riscos; ainda, cerca de 70% das empresas declararam já terem enfrentado situações de crise sendo que pouco mais da metade dessas empresas que já passaram por essa situação assumiu que estavam preparadas para enfrentá-la. Evidencia-se, portanto, uma lacuna expressiva na preparação das empresas para situações de crise e, igualmente, a importância de “fortalecer o caráter pedagógico das funções de gestão de riscos e *compliance*, uma vez que estas têm um papel privilegiado na formação de uma cultura ética nas organizações” (DELOITTE, 2017, p. 49).

2.4 Compliance Criminal

O termo *compliance* é substantivo que significa concordância com aquilo que é ordenado mas longe de se contentar, apenas, com o cumprimento de normas jurídicas, possui objetivos tanto preventivos quanto reativos, seja na prevenção de riscos legais e reputacionais, seja no dever de apurar as condutas ilícitas em geral adotando medidas corretivas, remetendo eventuais investigações internas às autoridades. O *compliance* ainda apresenta diferenciações de acordo com o problema específico que visa cuidar e, nestes termos, no âmbito do direito penal o *compliance* volta-se, prioritariamente, à prevenção da lavagem de dinheiro e da corrupção constituindo-se, dessa forma, em *compliance* criminal.

Considerando a ideia de risco como central para o *compliance*, o ideal de segurança é buscado com a multiplicação de normas e regulamentos, inclusive no âmbito penal, sendo o crime também um risco, que pode surgir de uma atividade lícita, como transgressão acidental de normas, às vezes, desconhecidas do agente. Reconheça-se, ainda, a atuação de empresas transnacionais, com âmbito desterritorializado de ação, a mundialização dos mercados e a possibilidade de danos além das fronteiras nacionais, o que impede os Estados de reduzirem taxas criminais e proverem segurança favorecendo, nestes termos, a proteção de bens jurídicos por terceiros através da pareceria entre esfera pública e privada na prevenção de delitos.

É nesse contexto de riscos que o Estado regulatório prospera, emprestando força às agências reguladoras e mudando o modo de análise criminológica tradicional, não mais com foco na segurança das ruas e sim, na regulação dos negócios e na autorregulação. Não se deve ignorar que também o Estado é regulado, em alguma medida, através de disposições internacionais, exemplificativamente, como as

definidas pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI) em relação à lavagem de dinheiro e o terrorismo, Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Mundial do Trabalho, Banco Mundial, entre outros.

O próprio crescimento rápido da regulação não-estatal e a verificação, na realidade, de uma coexistência entre a regulação estatal e a autorregulação autoriza a chamar a era em que se vive, não de um Estado regulatório, mas de um verdadeiro capitalismo regulatório em que é possível, nestes termos: a autorregulação exclusiva e voluntária, a regulação exclusivamente estatal e a autorregulação regulada. A par da autorregulação exclusiva – identificada com o liberalismo econômico – e da regulamentação estatal – própria do intervencionismo do Estado de Bem-Estar, interessa a autorregulação regulada - que configura, em essência, o *compliance* – no qual o Estado renuncia ao monopólio dos mecanismos de regulação e adota um sistema misto de coexistência de normas públicas (emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo), normas internacionais e regras estabelecidas pelos próprios setores regulados. Como vantagens, esse modelo aproveita o conhecimento mais aprofundado dos setores econômicos e atividades desenvolvidas pelos particulares, com a possibilidade de regulação estatal que os subordina aos fins concretos do Estado e interesses públicos estabelecidos (VERÍSSIMO, 2017).

A ideia de uma autorregulação empresarial com estímulos ao não cometimento de ilícitos resulta da própria concepção de que se viveria em uma nova sociedade, imersa em riscos reais ou potenciais, em que a própria noção de controle social através do Estado encontra limites claros, evidenciando a proeminência do Direito Penal como ferramenta preventiva de crimes, bem como a necessidade da participação de outros atores que auxiliem o Estado nessa prevenção, mormente na esfera dos delitos penais econômicos.

Em suma, parte-se de uma perspectiva de tratamento penal posterior de eventuais danos para a prevenção *ex ante*; ou, em outras palavras, diante dos novos riscos, passou-se de um Direito Penal eminentemente repressivo para um Direito Penal preventivo.

Historicamente, o *compliance criminal* teve suas origens nos Estados Unidos que, após a crise de 1929, buscou impor certos padrões de conduta empresarial, contudo, algo ainda distante de uma autorregulação. Diante de novas crises recentes em empresas de grande porte, os EUA aprovaram, em 2002, o *Sarbanes-Oxley Act* (SOX) que obrigou os administradores a realizarem declarações de compromisso de retidão em relação aos códigos de conduta empresariais, com punições de até 20 anos de reclusão. Nesse contexto, o *compliance* criminal é conceito que, talvez, tenha melhor compreensão em sistemas que aceitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos crimes econômicos (o que não é o caso do Brasil), mas tal circunstância não é necessária ou

obrigatória para a implantação do *compliance* criminal, uma vez que, igualmente, busca-se evitar delitos ou descobrir a autoria e materialidade, ainda que relacionada à pessoa física. Ressalte-se, ainda, a inegável dificuldade de apuração dessas responsabilidades individuais de crimes ocorridos no interior de uma empresa, ou até mesmo a descoberta de sua ocorrência dentro de um ambiente compartimentado e hierarquizado (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

Nesse sentido, a implementação de um *compliance* criminal decorre de uma percuciente análise da estrutura da pessoa jurídica acerca dos relacionamentos pessoais, funcionais e interdepartamentais, além da distribuição de competências e funções, definindo com precisão condutas permitidas e proibidas no âmbito empresarial em diversos aspectos como: relações com a Administração Pública; com a Justiça; patrocínios; fornecedores; credores, clientes e consumidores; conflitos de interesses; relações humanas como assédio moral, sexual, discriminação, intimidação etc.; disposições informáticas; gestão de riscos, entre vários outros temas.

2.5 Efetividade do *compliance* criminal na gestão dos riscos empresariais

A penalização da criminalidade empresarial ao longo dos tempos se mostrou ineficaz no sentido de evitar reincidência ou impedir que outros empresários cometessem delitos similares, levando Sutherland (*apud* VERISSIMO, 2017) a tratar como “crime do colarinho branco” aquele praticado pelo pessoal de alta respeitabilidade e status social. Assim, a regra de irresponsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes empresariais já não vigora em outros países como a Espanha, uma vez que como assevera Araújo Junior (1999, *apud* VERISSIMO, 2017, p.115), “os verdadeiros crimes econômicos são cometidos pelas empresas e não pelos indivíduos”, fazendo coro ao conceito de Bierce para as corporações (BIERCE, 1989, *apud* VERISSIMO, 2017, p.115): “um engenhoso aparelho para a maximização dos lucros e a minimização das responsabilidades”.

Ainda, nesse contexto, há que se ressaltar as transformações sofridas pelo próprio Direito Penal, em grande medida, em decorrência do fenômeno da globalização no século XX e da internacionalização do Direito Penal: novos crimes internacionais e sua respectiva persecução; a instituição de Cortes Internacionais, como o Tribunal Penal Internacional; a defesa de direitos fundamentais em âmbito internacional; a busca de harmonização de preceitos penais, entre outros.

Destaca-se, também, a nova rotina de ingerência de organismos internacionais na configuração de novos tipos e institutos penais, o que traria a ideia de um verdadeiro Direito Penal Transnacional, com reforço em fenômenos como a implantação de novas tecnologias, economia de mercado, corrupção, entre outros, todos de aspectos globais e que se constituem em verdadeiros desafios ao Direito Penal local. Há, inclusive, a discussão acerca de um novo Direito Penal

mundial, que seria cada vez mais unificado, menos garantista e com regras de imputação mais flexibilizadas, considerando uma verdadeira “economicização” do Direito Penal, agora com a ingerência de organismos internacionais na própria produção penal dos Estados soberanos (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

Ainda que entidades internacionais não elaborem normas de eficácia cogente (*hard law*) e próprias do Direito Penal, é fato que as normas produzidas de apelo mundial (*soft law*) influenciam a realidade de vários países dentro de um processo globalizante e, nestes termos, também repercutem no próprio Direito Penal como ocorreu em relação aos tipos e institutos penais como da lavagem de dinheiro, do *insider trading* e da delação premiada. De modo mais evidente, porém, tem-se o tratamento da corrupção em nível mundial, consubstanciando-se no Brasil com a edição da Lei nº 12.846/13, a chamada Lei Anticorrupção, que previu a estipulação da autorregulação empresarial através do *compliance criminal*.

Importa, nestes termos, a adoção de uma nova ética empresarial, com a finalidade principal de evitar e descobrir crimes como corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo, violações contra a livre concorrência, delitos contábeis, tributários e ambientais, entre outros e, nessa perspectiva não cogente, mas diretiva, se constituiria em uma *soft law* interna às empresas

Constatada a importância do *compliance criminal* como ferramenta de mitigação dos riscos empresariais, importa a verificação da efetividade de implantação desse sistema de integridade nas organizações, principalmente por serem voluntários e não serem acompanhados de qualquer sanção externa, constituindo-se em verdadeiras telas protetoras contra as sanções estatais sem que, afinal, evitem a prática de delitos (VERISSIMO, 2017).

Nesse sentido, Beccaria (2001) sustentava duas características importantíssimas na prevenção de delitos penais: a infalibilidade da sanção, ou seja, a certeza do castigo e a recompensa da virtude com a mitigação de sanções àqueles que promovem uma cultura de integridade, como é o caso do *compliance criminal*, na atualidade.

Nos EUA, a existência de um *compliance* efetivo pode mitigar a pena; na Inglaterra, a existência de um programa de *compliance* efetivo ao tempo do crime ou da comunicação às autoridades será considerado judicialmente, inclusive com a possibilidade de suspensão da ação penal; no Brasil, o *compliance criminal* não é impositivo, como regra, para as empresas ainda que, nos termos da Lei nº 12.846/13, art. 7º, “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 (BRASIL, 2013).

Ainda que a Constituição autorize a responsabilização da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, §5º da CF),

a punição penal não foi assimilada pelo legislador que tem considerado sua inadequação frente aos delitos empresariais, com preferência pelos institutos do Direito Administrativo, considerados mais céleres. Há, contudo, dúvidas sobre a suficiência desse modelo para a inibição dos delitos empresariais, com punições apenas administrativas e civis. Assinale-se o entendimento de que as sanções penais, até porque são revestidas de maiores garantias em sua imposição, são importantes uma vez que repercutem diretamente sobre a imagem da corporação, estigmatizando-a (VERISSIMO, 2017).

Considerando os incentivos existentes para que uma empresa adote um sistema de integridade, verifica-se que eventual *compliance* teria efeitos, apenas, sobre o cálculo da multa administrativa e nenhum efeito sobre a imposição de sanções civis impostas através de um processo judicial, o que já é contraditório na medida em que desestimula o cumprimento da lei e o fomento de uma cultura ética nas empresas.

Sobre a sanção civil, cumpre-nos observar que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica prevista no art. 1º da Lei nº 12.846/13 seria fundamentada no princípio da função social da empresa que, com a lei anticorrupção, passou a ter o dever de atuar conforme a moralidade administrativa; assim, ainda que não haja impedimento desse tipo de responsabilidade no âmbito civil, não é compatível com a exigência de um mínimo de reprovabilidade na seara administrativa e a possibilidade de excludentes que rompam o nexo causal da conduta.

Casos em que a existência de um sistema eficiente de *compliance* e excelentes práticas empresariais demonstrassem, por exemplo, que determinado ato de corrupção foi praticado isoladamente por algum colaborador, seria afastada a culpabilidade da empresa e, conseqüentemente, a aplicação da responsabilidade objetiva (TAMASAUUKAS; BOTTINI, 2014, *apud* VERISSIMO, 2017). Há quem afirme que a própria lei anticorrupção possui nítido caráter penal, como Botini (2014), Nucci (2015) e Carvalhosa (2015), o que tornaria indevida a aplicação de responsabilidade objetiva, que também é discutida no próprio âmbito do direito administrativo.

Na sanção administrativa da Lei Anticorrupção, por sua vez, a multa tem como parâmetros valores o mínimo de 0,1% e o máximo de 20% sobre o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, considerando-se como circunstâncias atenuantes e agravantes, entre outros oito fatores, “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” (art. 7º, VII, da Lei 12.846/13).

Analisando os critérios de definição da multa administrativa, conforme o Decreto nº 8420/15, Veríssimo (2017) realizou comparações hipotéticas entre uma empresa altamente corruptora, sem programa de *compliance* e com incidência de todas as agravantes, com outra, com eficiente

programa de integridade corporativa e com atenuantes, constatando que a empresa que possuía *compliance* e adotava regras efetivas anticorrupção teve multa 5% menor que a empresa corruptora; ou seja, a utilidade esperada com a conduta ilícita excede a utilidade caso a empresa não pratique delitos. Há que se considerar, ainda, a possibilidade de acordo de leniência no caso da detecção, pelas autoridades, da prática ilícita, o que possibilitaria significativa redução no valor da multa aplicável. Ressalte-se que, no caso brasileiro, o ciclo de apuração da infração administrativa - desde a instauração até sua execução e eventual contestação judicial com trânsito em julgado - demonstra que a probabilidade de alguém ser condenado por delitos de corrupção, com penas efetivamente executadas, é de cerca de 2% a 3%, ou seja, altamente ineficaz.

Não se descure que, nesse contexto, as empresas se constituem em agentes racionais econômicos que definem o seu comportamento pela acurada análise de custos e benefícios, reagindo apenas a incentivos incrementem seus lucros. Nestes termos, adotar efetivo programa de *compliance* não parece estimulante, uma vez que não isenta de sanção mesmo a ocorrência de casos isolados em empresa seriamente comprometida com a integridade; por outro lado, renunciar à corrupção pode retirar empresas de um mercado já corrupto, em que vigoram extorsões consentidas entre o capital privado e o capital político, com a formação de cartéis e regras de proteção mútua. A motivação ao *compliance*, diante disso, só ocorre com o aumento da probabilidade da descoberta e punição dos atos ilícitos, de modo a desequilibrar o mercado da corrupção, sendo certo que quanto maior o relacionamento da empresa com a administração pública, maior o risco de corrupção. (VERÍSSIMO, 2017).

Dados corroboram a pouca efetividade atual da Lei Anticorrupção: desde o início da sua vigência, em 2014, foram instaurados 183 processos pela União, com apenas 30 casos sancionados. Ressalte-se que nos Estados e Municípios, foram 14 punições aplicadas no mesmo período, muito em razão da falta de regulamentação da lei, evidenciando a necessidade de aprimoramentos na sua estrutura e aplicação (MARTINS, 2018).

Para Sarcedo (2014), a criação de um sistema de *compliance* se constitui em um verdadeiro paradoxo, pois a criação de estruturas com a finalidade de prevenir riscos e evitar a ocorrência de delitos pode se constituir, na prática, em uma verdadeira “cadeia de responsabilização penal” na medida em que atribuições claras de funções e respectivas posições de garantes podem repercutir em eventual responsabilização penal, com a possibilidade de deslizamento do risco penal entre os agentes e tendência de criminalização no sentido *top-down* nos níveis mais baixos da hierarquia corporativa.

Nesse sentido, importante a criminalização da própria pessoa jurídica, como ocorre na Itália e Espanha. Ressalte-se, no contexto criminalidade empresarial, que os agentes não se veem como criminosos, mas como praticantes das melhores técnicas negociais em que o chamado código de honra dos

homens de negócios tem mais poder que a própria lei, em um processo de associação diferencial em que:

o comportamento criminal é aprendido em associação com aqueles que o definem favoravelmente e no isolamento de quem o define desfavoravelmente, de maneira que a pessoa, em determinada situação, engaja-se num comportamento criminal se, e somente se, o peso das definições favoráveis exceder o peso das definições desfavoráveis (SUTHERLAND, 1983, *apud* SARCEDO, 2014, p.89).

Nesse sentido, Fisse e Braithwaite (1993 *apud* VERÍSSIMO, 2017, p.118) asseveram que a Austrália adotou sistema interessante (ainda que no âmbito da *common law*) conciliando o sistema de justiça criminal com o sistema empresarial: a empresa, que detém capacidade de apuração (mas nem sempre, vontade) deveria apurar crimes cometidos por seus agentes e indicá-los à responsabilização pelo Estado (que monopoliza o sistema de justiça criminal, sem eventual capacidade de apuração dos crimes empresariais); caso, contudo, a empresa quiser enganar a justiça não apurando devidamente as faltas internas de seus agentes, a força da justiça penal cairia sobre a própria empresa (pessoa jurídica).

Já os Estados Unidos, por exemplo, assentam sua política de responsabilização dos delitos empresariais na imposição de sanções financeiras, ainda que a negociação de leniência das empresas com o governo implique na observância de regras rígidas como: todos os fatos relacionados aos indivíduos responsáveis pela conduta ilícita devem ser fornecidos; a apuração deve focar nos indivíduos desde o início; o acordo com as corporações não isenta de responsabilidade penal os agentes empresariais, entre outras (VERÍSSIMO, 2017).

3 Conclusão

A sociedade de riscos trouxe novos desafios à gestão empresarial, principalmente, em razão da profusão de normas que regulam os diversos aspectos da atividade empresarial, inclusive na seara penal. Configurado o panorama atual da modernidade radicalizada com prevalência de aspectos como maior individualismo, fragilidade e volatilidade dos relacionamentos, hiperconsumismo e descartabilidade, crescente incorporação tecnológica com valorização da velocidade e da portabilidade, são evidenciados riscos empresariais financeiros, regulatórios, operacionais, estratégicos e cibernéticos, sempre com possibilidade de desdobramentos criminais. Na tentativa de prevenir essas ilicitudes e eventos indesejados, se instituiu a figura do *compliance* criminal, de modo a alinhar a missão e valores da empresa com a prática desenvolvida por todas as partes interessadas.

É fato, porém, que a institucionalização de programas preventivos de ilícitos penais pelas empresas no Brasil não é a regra, constituindo-se em mera possibilidade ao empresário que, muitas vezes, vislumbra apenas questões relacionadas à racionalidade econômica e custos envolvidos. Ainda, não se desconhece a institucionalização de *compliance criminal*

meramente simbólico, sem efetiva estruturação e a busca de resultados práticos. Aflora, por fim, a escassez de estímulos à adoção do *compliance* criminal pelas empresas, a exemplo da sistemática definida pela própria Lei Anticorrupção.

Referências

- ARAUJO JÚNIOR, J.M. Direito penal econômico. *Rev Bras. Ciênc. Criminais*, v.7, n.25, p.152, 1999.
- ABNT. *NBR ISO 31000: Gestão de riscos: princípios e diretrizes*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Normas Técnicas, 2009.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011.
- BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BIERCE, A. *The Devil's Dictionary*. 1989.
- BOTTINI, P. A lei Anticorrupção como uma lei penal encoberta. *Consultor Jurídico*, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-enco-berta?> Acesso em: 17 ago. 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 set. 2022.
- BRASIL. *Decreto nº 8.420*, de 18 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 12.846*, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.
- CARVALHOSA, M. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: RT, 2015.
- DELOITTE. *Os cinco pilares dos riscos empresariais*. 2017. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/risk/Pesquisa_Riscos-.pdf Acesso em: 7 set. 2022.
- GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GIDDENS, A. *Mundo em descontrolado*. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- GIDDENS, A. *Sociologia*. Porto Alegre: Artmed, 2015.
- IBGC. *Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia*. São Paulo, 2017.
- LAMY FILHO, A. A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização. *Rev. Direito Adm.*, v.190, p.54-60, 1992.
- LIPOVETSKY, G.. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MARTINS, H. Em 4 anos da Lei Anticorrupção, União abre 183 processos e penaliza 30 empresas. *Agência Brasil*, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/em-4-anos-da-lei-anticorruptao-uniao-abre-183-processos-e-penaliza-30-empresas> Acesso em: 1 set. 2022.
- NUCCI, G.S. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SARCEDO, L. Compliance e responsabilidade penal da pessoa

jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: USP, 2014.

SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, R.M.J; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUTHERLAND, E.H. *White collar crime: the uncut version*. New Haven: Yale University, 1983.

TAMASAUSKAS, I.S.; BOTTINI, P.C. A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na lei anticorrupção. *Rev. Trib.*, v.947, p.133-144, 2014.

TIEDEMANN, K. El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. In: ZAPATERO, L.A.; NIETO MARTÍN, A. *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 37.

VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.