

CAPÍTULO 10

GOVERNANÇA GLOBAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E *CRIMINAL COMPLIANCE*: ENTRE CONCEITOS, ASPECTOS HISTÓRICOS E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Vlamir Costa Magalhães¹

INTRODUÇÃO

A expressão “governança” tem na atualidade variadas aplicações em múltiplas áreas da atuação e do conhecimento humano. Sendo assim, com finalidade meramente didática voltada ao desenvolvimento do tema objeto do presente trabalho, o conceito de governança global pode ser desdobrado em duas vertentes: (1) em sentido amplo, a expressão significa o conjunto de fórmulas pelas quais Estados, pessoas jurídicas ou mesmo indivíduos administram seus respectivos interesses e a concretização de seus objetivos; (2) em sentido estrito, a expressão equivale à noção de governo corporativo², abrangendo a estrutura e o funcionamento dos sistemas de gestão e estruturação interna de uma empresa ou conglomerado empresarial visando ao exercício de específica atividade econômica.

Embora não se possa falar que se trate de algo realmente novo, é somente a partir do quarto final do século XX que se deflagra o processo de difusão desta última perspectiva, movimento que teve como marco normativo a edição, em 1982, dos Princípios de Governança Corporativa (*Principles of Corporate Governance*) pelo *American Law Institute*³.

¹ Pós-graduado em Regulação e Direito Público Econômico pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal.

² Sobre o tema, registre-se a tripartição anotada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, segundo o qual: (1) governo corporativo em sentido amplo envolveria o sistema pelo qual os negócios são dirigidos e controlados, estabelecendo direitos e obrigações respectivos; (2) governo corporativo em sentido estrito abrangeria o conjunto de procedimentos para assegurar que as ações da empresa (e seus diretores) são orientadas no sentido da maximização dos interesses dos acionistas e, por fim, (3) governo corporativo em sentido institucional refere-se à noção de democratização da empresa e valorização de sua importância institucional no contexto social. Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Aproximación a la influencia del “gobierno corporativo” sobre el derecho penal económico*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordenadores). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 149.

³ Trata-se de entidade não-governamental fundada em 1923, sediada no Estado da Filadélfia e que tem por finalidade promover estudos para simplificação da legislação norte-americana e sua adaptação às necessidades sociais. Neste diapasão, são publicadas diretrizes, princípios consolidados, códigos-modelo e propostas de reforma legislativa.

A ideia de governança corporativa surge ligada à tentativa de equilibrar o conflito entre interesses públicos e privados no seio da gestão empresarial e, mais especificamente, buscando prevenir a ocorrência de abuso do poder econômico-político por parte de grandes empresas (*corporate power*). Vale lembrar que, em tempo não muito distante, algumas arbitrariedades levadas a efeito no universo corporativo, causando graves danos a importantes valores sociais.

Portanto, almeja-se com a noção de governança corporativa a constituição de um mecanismo que seja capaz de controlar aquelas que seriam as principais causas dos malefícios originados a partir do poder corporativo, quais sejam: o exercício descontrolado das liberdades econômicas (em particular: liberdade de iniciativa e liberdade de concorrência) e o crescente distanciamento dos órgãos e indivíduos dotados de capacidade decisória para com os grupos sociais afetados pela atividade empresarial (em especial, no contexto do mundo globalizado contemporâneo).

Neste cenário, a finalidade das estratégias de governança corporativa encontra-se centralizada no estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que, simultaneamente, permita o desempenho da atividade e consecução dos fins da empresa sem prejuízo da proteção dos interesses dos grupos sociais a esta relacionados⁴, sendo estes subdivididos em duas categorias: (1) *stakeholders*, parcela de agentes externos afetados pelo comportamento empresarial (ex.: consumidores, trabalhadores, credores, fornecedores, sindicatos, agências estatais reguladoras e a sociedade de forma geral) e (2) *shareholders*, camada composta por investidores, acionistas e pessoas que, de alguma maneira, têm participação no quadro societário.

1. AS ESTRATÉGIAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA

São numerosos os instrumentos de gestão que procuram equilibrar as metas patrimoniais da corporação com os interesses de *stakeholders* e *shareholders* e a criação de novos métodos tem sido progressiva. Na perspectiva moderna, pode-se afirmar que a relação entre interesses privados e públicos tem apresentado, no meio empresarial, um acentuado prognóstico de convergência, contrariando o antagonismo original. A percepção atualmente majoritária é a de que o compromisso efetivo da corporação com respeito à esfera jurídica de todos os que a cercam acaba se convertendo, positivamente, em benefício da própria pessoa jurídica, haja vista a contrapartida natural em termos de publicidade

⁴ Conforme as palavras de NIETO MARTÍN: “*El gobierno corporativo parte, por tanto, de que la buena gestión de una sociedad es algo que no interesa en exclusiva a los socios, sino también a un buen número de partes interesadas (trabajadores, acreedores, comunidades en las que actúa la empresa)*”. Cf. NIETO MARTÍN, Adán. *El cumplimiento normativo*. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 38.

junto à sociedade com a promoção da imagem de boa cidadania corporativa (*good corporate citizenship*⁵).

A seguir, serão descritas algumas das principais estratégias de governança corporativa utilizadas modernamente, devendo-se, desde já, chamar a atenção para o fato de que tais técnicas não são excludentes entre si, mas, em muitos casos, complementam-se mutuamente ou são mescladas na prática cotidiana.

1.1. Due diligence

A diligência devida (*due diligence*⁶) consiste na estratégia empresarial de aprimoramento da seleção de terceiros colaboradores (empregados e pessoas jurídicas) de modo a somente manter relação negocial ou contratual com agentes que tenham comportamento pregresso imaculado e observem políticas sérias de governança, particularmente, no tocante ao cumprimento das normas legais e administrativas aplicáveis ao respectivo setor econômico.

Reforçando esta tendência, o Banco Mundial e ao Banco Europeu de Investimentos atualmente exigem⁷, como condição para concessão de financiamentos, que as empresas postulantes adotem formalmente e observem programas de *compliance* a fim de evitar a prática de corrupção em quaisquer de suas versões (pública e privada).

Em idêntico sentido, a mais recente Diretiva do Conselho de Ministros da Comunidade Europeia sobre contratos celebrados por entes públicos no seio da União Europeia (Diretiva n. 2014/24/CE, de 26 de fevereiro de 2014) prevê mecanismos de exclusão de empresas do procedimento seletivo caso venha a ser comprovado o envolvimento destas em atividades criminosas, com menção expressa às hipóteses de branqueamento de capitais e financiamento ao terrorismo (artigo 57, 1, 'e').

1.2. Autorregulação

No bojo do Estado gerencial (nos moldes do que dispõem os artigos 173⁸ e 174⁹ da Constituição Federal de 1988), via de regra, o Estado não exerce dire-

⁵ MURPHY, Diana E. *The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: a decade of promoting compliance ethics*. Texto disponível em: www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf. Acesso em 04.10.2015.

⁶ NIETO MARTÍN, Adán. *El cumplimiento normativo*. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 31.

⁷ *Guidelines On Preventing and Comapting Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants, October*. Texto disponível em: <https://www.siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/ACS.pdf>. Acesso em 04.06.2015.

⁸ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁹ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

tamente atividades econômicas, limitando-se a estabelecer padrões de comportamento corporativo e sanções, para a hipótese de eventual descumprimento.

Seja por ineficácia pontual, seja por conta dos conhecidos problemas da regulação estatal em sua modalidade mais tradicional¹⁰, ao longo do tempo, foram concebidas estratégias menos invasivas para controle do poder corporativo, sendo uma destas vias a chamada autorregulação, que, basicamente, consiste na fixação de normas disciplinadoras do comportamento corporativo pelas próprias empresas.

De acordo com o grau de prevalência da voluntariedade dos entes privados ou da ingerência estatal, a autorregulação pode se desdobrar em duas vertentes¹¹: (1) autorregulação puramente voluntária, na qual os próprios agentes privados atuantes em determinado setor do mercado econômico tomam a iniciativa de estabelecer regras de comportamento a serem comumente observadas, sem qualquer orientação, fomento ou ameaça punitiva por parte do Poder Público (sistema também chamado de autopoietico ou autorreflexivo) e (2) a autorregulação regulada ou metarregulação, na qual o Estado fixa regras mínimas e princípios básicos a serem seguidos pelas empresas em troca da mitigação ou até mesmo exclusão da responsabilidade, em caso de ilícitudes ou danos derivados da atividade corporativa.

Um exemplo pátrio de autorregulação é o estabelecido pelo CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Curiosamente, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária surgiu a partir de uma ameaça ao setor, já que, no final dos anos 70, o então governo ditatorial manifestou a intenção de editar uma lei criando uma espécie de censura prévia ao mercado publicitário. Diante deste quadro, por iniciativa das principais empresas do setor e com base no modelo inglês, foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, entidade não governamental que tem por missão fazer cumprir o Código acima citado.

Em meados da década de 70, surgia a expressão *soft law*¹², associada à proteção do meio ambiente e servindo para referência a comandos de comportamento

¹⁰ Ainda hoje, discutem-se problemas relativos ao controle exercido pelo Estado sobre determinados ramos da iniciativa privada por meio de entidades criadas com esta finalidade (agências reguladoras), tais como a possibilidade de captura do regulador (*regulatory capture*), isto é, a tomada do controle (informal) do agente regulador pelos próprios agentes regulados, seja por meio de corrupção, tráfico de influência ou qualquer outro vínculo espúrio. Nos EUA e na Europa, citam-se fenômenos como o “*revolving doors*”, ou seja, o fato de antigos agentes públicos passarem a ocupar altos cargos nas empresas que regulavam, assim que deixem o antigo posto no agente regulador.

¹¹ NIETO MARTÍN, Adán. *El cumplimiento normativo*. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). Manual de Cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 36.

¹² O conceito oposto seria consubstanciado pela norma entendida como “*hard law*” ou de observância obrigatória. Há autores que mencionam também uma terceira espécie *sui generis* denominada de “*soft law hardly binding*”, que abrangeria normas que, a princípio, não teriam força vinculante, porém, por circunstâncias diferentes (ex.: notória influência do órgão prolator da norma), gozariam de imperatividade na prática. Sobre a citada classificação normativa: MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Edesp, 2004, p. 210.

empresarial dotados de cunho meramente sugestivo, isto é, não vinculante ou obrigatório. A partir da década de 80, os diplomas tidos como *soft law* se difundem em vários setores do mundo dos negócios sob diversas roupagens e nomenclaturas: códigos de conduta, códigos de ética, recomendações de órgãos reguladores (públicos e privados), planos de ação e padrões certificados de performance, dentre outras. Neste contexto, emerge a tendência de criação de procedimentos de monitoramento do acatamento destas normas pelas empresas, sendo tais estruturas concebidas e geridas por comissões de especialistas (*follow-up procedures*)¹³.

Tais métodos de controle “brando” (*soft law*) do Estado em matéria de governo corporativo podem ser categorizados em dois regimes básicos.

O regime estadunidense consiste na fixação de princípios de organização empresarial que, em suma, condicionam a autorização da atuação em alguns nichos mercadológicos (ex.: a Lei Sarbanes Oxley, editada nos EUA, em 2002, que será oportunamente comentada).

Já o regime britânico estabelece que as recomendações de boa governança corporativa emanadas das entidades reguladoras estatais não têm força obrigatória, contudo, a empresa deve especificar, de forma periódica e pública, as recomendações não cumpridas, bem como os motivos da inobservância pontual ou permanente.

Aderindo a este modelo, a Alemanha adotou um código de governança corporativa (*Deutsche Corporate Governance Kodex*, editado em fevereiro de 2002) que estabelece, em seu parágrafo 161, que as empresas têm a obrigação de publicar informes anuais sobre o grau de conformidade de sua estrutura e práticas contábeis com as recomendações do *Kodex*. Esta regra ficou conhecida como “cumpra ou revele” ou “cumpra ou explique” (em tradução livre e literal das expressões: “*comply or disclose*” e “*comply or explain*”). O mesmo modelo foi acolhido pela Espanha por meio do artigo 116 da Lei do Mercado de Valores, de 1997, e das Recomendações de Boa Governança posteriores (Informe Olivencia, de 1997, e Informe Almada, de 2003)¹⁴.

1.3. Responsabilidade Social Corporativa

A moderna noção de cidadania corporativa (*corporate citizenship*) é vinculada à efetiva colaboração das entidades empresariais com atividades e valores de interesse social. Neste sentido, a ideia de responsabilidade social da empresa é fundamentada no reconhecimento de que o direito de propriedade não é absoluto e, portanto, a empresa também tem um viés social a ser observado. O pilar

¹³ MACHADO, Máira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Edesp, 2004, p. 49.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Aproximación a la influencia del “gobierno corporativo” sobre el derecho penal económico*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordenadores). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 150.

normativo desta visão se assenta no princípio da função social da propriedade (e, por conseguinte, da empresa), consagrado no artigo 170, III Constituição Federal de 1988¹⁵.

Neste prisma, vislumbra-se um novo papel para a empresa, que passa a ser enxergada não somente como unidade econômica dedicada exclusivamente à busca do lucro e à consecução de objetivos privados, mas também como importante personagem da vida social e política, com especial implicação de obrigações para com a comunidade.

A responsabilidade social configura, a um só tempo, uma estratégia empresarial e uma modalidade de autorregulação voluntária, haja vista que a assunção do compromisso com valores comunitários se dá, via de regra, sem necessário estímulo por parte do Estado. Costuma-se apontar, como marco difusor da responsabilidade social, a edição do Pacto Global (*The Global Compact*), pelas Organização das Nações Unidas, que, originalmente, consistiu em dez princípios básicos de governança corporativa lançados durante o Fórum Econômico Mundial, realizado em Davos, em 1999¹⁶.

Tais diretrizes derivaram, principalmente, da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), da Declaração da Organização Internacional do Trabalho (1998), da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003).

Pode-se afirmar que esta é, ainda hoje, a medida mais bem sucedida dentre as tentativas de promover, no mundo dos negócios, a assunção de metas em benefício da sociedade, especialmente no que diz respeito à concretização de direitos humanos fundamentais de trabalhadores, à proteção do meio ambiente e ao combate à criminalidade. Embora inserido no conceito de *soft law*, foi e ainda é intensa a influência do Pacto Global no meio corporativo, eis que o cumprimento dos requisitos necessários à adesão ao acordo funciona, na prática, como uma espécie de certificado de boa cidadania corporativa, com robustos efeitos de publicidade mercadológica.

1.4. Programas de Cumprimento Normativo.

A etimologia da palavra “*compliance*” está ligada ao verbo do idioma inglês “*to comply*”, que, em tradução literal, significa cumprir. Assim, estar em *compliance* significa estar de acordo e, no sentido jurídico, o termo revela a adequação de algo com o ordenamento normativo. As denominações dos mecanismos

¹⁵ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade;”

¹⁶ O documento foi oficialmente assumido pela ONU no ano 2000, com atualizações posteriores. Texto integral dos dez princípios do Global Compact disponível, em idioma inglês, no seguinte endereço eletrônico: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>. Acesso em 17.10.2015.

de organização corporativa interna variam nos diferentes países, podendo ser colocadas as seguintes terminologias: programas de integridade¹⁷, programas de *compliance*, programas de cumprimento normativo, códigos de ética, códigos de boa conduta, códigos de governança corporativa, estatutos de responsabilidade social, dentre outras¹⁸.

Os programas de cumprimento normativo podem ser definidos como a modalidade de regulação ou autorregulação corporativa que consistem, unitariamente, na adoção de sistema interno de gestão e estruturação com vista a alcançar dois objetivos primordiais: (1) a prevenção de atos ilícitos ligados à respectiva atividade empresarial e (2) o estabelecimento dos procedimentos de colaboração com as autoridades estatais, reparação dos eventuais danos causados e sancionamento dos indivíduos (prepostos e diretores) responsáveis.

Em essência, independentemente do ramo específico de atuação de cada pessoa jurídica, o objetivo comum dos programas de cumprimento é o de promover uma cultura corporativa de obediência normativa e adequação comportamental das empresas ao ordenamento jurídico¹⁹.

1.4.1 Origem e evolução dos programas de cumprimento normativo

Pode-se dizer que, desde os primórdios da organização das forças de trabalho com vistas à produção de riquezas sob a forma societária, sempre existiu preocupação sobre possíveis abusos e, por conseguinte, sobre qual a melhor forma de controlar eficientemente arbitrariedades decorrentes do poder econômico das corporações.

Ainda no final do século XVII, a aparição dos primeiros agrupamentos econômicos na Europa causou inquietação e, consequência disto, foi a edição do *Bubble Act*, de 1720. Este diploma legal que restringiu, por algumas décadas, a criação de sociedades mercantis na Inglaterra devido ao vultoso prejuízo gerado pela *South Sea Company*, cujos dirigentes lograram convencer milhares de investidores

¹⁷ A título de exemplo, a Lei n. 12.846/2013, popularmente chamada de “Lei Anticorrupção”, disciplina a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública e, em seu artigo 7º, dispõe que serão levados em consideração, na aplicação das sanções, 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.

¹⁸ Talvez pela maior tradição anglo-americana no desenvolvimento da matéria, os diplomas normativos internacionais e a própria doutrina estrangeira empregam mais comumente a denominação “*compliance programs*”. No entanto, para fins didáticos e em respeito ao vernáculo, optou-se neste estudo pela referência a programas de cumprimento normativo, por se tratar da tradução mais adequada e fiel à essência do instituto. Sobre as diversas nomenclaturas aplicadas ao tema: SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: El derecho penal económico en la era compliance. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Org.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 66.

¹⁹ Neste sentido, dispõem as diretrizes australianas para programas de cumprimento (AS 3806, *Compliance Programs Standards Australia*), originalmente lançadas em 1988. A versão mais recente foi publicada em 2006. Eis o teor do par. 1.2: “*The objective of this Standard is to provide principles and guidance for organizations designing, developing, implementing, maintaining and improving an effective compliance program.*”

de que a Espanha lhe outorgaria o monopólio do tráfico de escravos com países da América do Sul, o que evidentemente acabou não ocorrendo²⁰.

A partir deste episódio, percebe-se que o pioneirismo anglo-americano no tocante ao tratamento da responsabilização de pessoas jurídicas é justificado, de um lado, pelo fato de que a Inglaterra foi o cenário principal do desenvolvimento do processo de Revolução Industrial (1760-1840) e, de outro lado, pelo fato de que os EUA constituíram o berço econômico das grandes corporações hodiernas. Era de se esperar que os primeiros problemas relacionados ao abuso da personalidade jurídica e da complexidade estrutural das grandes empresas como formas de blindagem para práticas socialmente nocivas, bem como as respectivas tentativas de solução, surgissem exatamente na origem do fenômeno.

Em suma, o surgimento e fortalecimento da noção de *corporate power*²¹ se deu a partir dos países anglo-saxões e isto explica, ao menos em parte, a influência destes na formulação dos instrumentos de governança corporativa e, mais especificamente, dos programas de *compliance*.

Logicamente, não se pode desconsiderar que a expansão mundial da ideia de cumprimento normativo no nível assistido hoje está também vinculada à influência político-financeira dos EUA e sua capacidade de impor regras muito além dos limites de suas fronteiras. No entanto, é de se registrar que alguns autores criticam a recepção abrupta dos conceitos e anglicismos terminológicos advindos no bojo do fenômeno que se convencionou denominar de americanização do direito europeu²² e, porque não dizer, mundial, com aguda ênfase no campo penal-econômico.

Fato é os importantes fatos mencionados permitem concluir que rumores fraudes constituíram o motivo justificador da intervenção regulatória estatal no meio econômico-financeiro, fenômeno que, em versão menos incisiva, foi desenvolvido por meio de incentivos à reorganização interna de empresas atuantes nos mais diversos mercados e setores da economia. Assim sendo, a difusão da governança corporativa e, em especial, dos programas de cumpri-

²⁰ NIETO MARTÍN, Adán. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. In: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Director); BACIGALUPO, Silvina; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coordinadores). *Gobierno corporativo y derecho penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2007, p. 131.

²¹ Segundo estudo divulgado na reunião da OMC - Organização Mundial de Comércio, realizada em Seattle, em novembro de 1999, dentre as 60 maiores potências econômicas do mundo, encontram-se Estados e empresas, na seguinte sequência: 1º lugar - EUA, com PIB de US\$ 7,7 trilhões; 2º lugar - Japão, com US\$ 4,2 trilhões; 23º lugar - General Motors, com US\$ 1,78 bilhões; 24º lugar - Dinamarca, com US\$ 1,61 bilhões; 26º lugar - Ford Motors, com US\$ 1,53 bilhões. Cf. FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 17.

²² A maioria dos países não se sentiu, num primeiro momento, ameaçada pelo poder corporativo, o que justifica o sensível atraso no desenvolvimento de mecanismos de regulação dos mercados financeiros e do próprio direito econômico dele decorrente, em especial, no que se refere a questões como transparência na prestação de contas (*accountability*). Neste sentido: MORALES ROMERO, Marta Muñoz de. *Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada*. In: *El derecho penal económico en la era compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Org.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 214.

mento normativo constituiu, em verdade, uma reação aos abusos do poder corporativo.

Costuma-se apontar que os primeiros programas de cumprimento normativo apareceram nos EUA, ainda na década de 30 do século passado, quando a então recém-criada *SEC - Securities and Exchange Commission* pressionou para que as empresas estabelecessem controles internos (*self policing*) com o fim de evitar o uso indevido de informações privilegiadas. Assim, nos anos 50, a adoção de programas de cumprimento tornou-se política generalizada dentre as instituições financeiras norte-americanas.

1.4.2. Paradigmas contemporâneos

É sabido o universo da economia e do mercado vive de ciclos sucessivos de bonança e crise, alternando, sucessivamente, períodos de euforia desmedida e profundas recessões. Costuma-se, por exemplo, dizer que os anos que antecederam a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, foram marcados por grande otimismo, seguidos, como se sabe, de da mais profunda recessão²³. Como sói ocorrer nestas ocasiões, o Estado voltou a intervir por meio de ações e normas para regradar o comportamento dos agentes econômicos. Isto se deu, à época, por meio de um conjunto de medidas englobadas no pacote que ficou conhecido como *New Deal*, conduzido por Franklin Delano Roosevelt, então Presidente dos EUA²⁴.

Nos anos 80 e 90, sobretudo por ação dos governos Reagan, nos EUA, e Thatcher, na Inglaterra, iniciou-se a era do chamado neoliberalismo econômico, marcado pela maciça privatização de empresas públicas, pela extinção de monopólios estatais em setores do mercado e, principalmente, pela desregulação da economia, sobretudo do sistema financeiro²⁵. Este reavivamento da liberdade

²³ O crash da Bolsa de Nova Iorque, que tem como marco inicial a chamada quinta-feira negra, de 29.10.1929, desencadeou nos EUA o mais profundo processo de depressão econômica de que se tem conhecimento, que se estendeu aproximadamente até 1933, quando o desemprego norte-americano atingiu a mais elevada taxa da história (30% da população economicamente ativa, o que, à época, correspondia a 12,5 milhões de trabalhadores). Sobre o tema: ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 46.

²⁴ WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gangster. Quem são os verdadeiros agentes do crime organizado mundial*. Trad. C. E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 94.

²⁵ Sobre o tema, vale a transcrição do relato feito por WOODIWISS: “A desregulamentação e a aplicação inadequada da lei pelas autoridades competentes significam que o sistema de freios e contrapesos estabelecido pelo *New Deal* se rompeu. O sistema que havia em parte coibido o crime corporativo organizado foi destruído pela constante afirmação de que o mercado sabe das coisas, feita pelos lobistas bem financiados e bem conectados (...) O aumento do poder da Enron, da WorldCom e das demais nos mercados é devido em grande parte a atividades criminosas. Seus crimes fizeram muitas vítimas, inclusive acionistas que perderam dinheiro e trabalhadores que perderam empregos quando as revelações de fraudes causaram falências ou redução nas operações das empresas. Somente os investidores da WorldCom perderam mais de 200 bilhões de dólares em títulos e ações com a falência da companhia, e os fundos de pensão dos trabalhadores perderam pelo menos 70 bilhões, apenas em títulos.” WOODIWISS, Michael. *Capitalismo Gangster. Quem são os verdadeiros agentes do crime organizado mundial*. Trad. C. E. de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 2007, p. 141.

econômica quase que absoluta seria o germe que propiciou o surgimento e intensificação de modernas manifestações da macrocriminalidade (em especial, a lavagem de ativos), o advento da mais recente crise econômica mundial, ocorrida a partir do ano de 2008, com origem no mercado hipotecário norte-americano, além da eclosão de grandes fraudes corporativas que serão comentadas a seguir. Diante deste quadro, não é equivocado asseverar que a ressurreição da “mão invisível”²⁶ do mercado ocasionou graves danos sócio-econômicos.

1.4.2.1. O caso Enron

Fundada em 1985, a empresa Enron se dedicava originalmente à exploração de gás natural e produção de energia. Ao longo dos anos, diversificou seus investimentos e seu crescimento chegou a ser tão assombroso que a empresa se converteu na sétima maior companhia norte-americana, alcançando, no ano 2000, valor de mercado na ordem de 67 bilhões de dólares. Sua falência provocou a demissão de mais de 5.500 empregados, que se viram também desprovidos do fundo de pensão que custeavam parcialmente.

Á época, por iniciativa do então chefe-executivo da empresa, Jeffrey K. Skilling, a Enron passou a utilizar o método de exposição contábil frequentemente usado por empresas de corretagem, sendo este denominado “*mark-to-market*”²⁷. A estratégia consistia basicamente no cálculo e divulgação das previsões diárias de lucros e perdas, computando-se, como receita corrente, ganhos projetados relativos a contratos do setor de energia. Em síntese, rendimentos futuros e incertos foram manipulados, inflando-se artificialmente os balanços com vistas à valorização das ações da empresa e atração de novos investimentos.

A partir de 2001, após seguidas quedas nas bolsas de valores norte-americanas, os documentos e atitudes da Enron passaram a ser analisados de forma mais criteriosa pelas autoridades reguladoras. Quando os boatos sobre as fraudes contábeis se iniciaram, Jeffrey Skilling e o então presidente da companhia, Ken Lay, deixaram seus postos arguindo razões pessoais, protegendo seus patrimônios pessoais mediante operações no mercado de capitais. Quando, enfim, foram detectadas as fraudes, a empresa já registrava perdas consideráveis, que fizeram com que, em dezembro de 2001, época da decretação da falência, o preço de uma ação da Enron caísse de 86 dólares para apenas 30 centavos.

A SEC - *Securities and Exchange Commission* conduziu então uma intensa auditoria na companhia que, ao final, logrou comprovar que a Enron reportou, durante vários anos, lucros muito maiores do que os realmente obtidos. Em 25 de maio de 2006, o Juízo Federal de Houston, Texas, declarou Skilling e Lay

²⁶ Referência feita à figura de linguagem cunhada por Adam Smith, na obra *A riqueza das nações (The Wealth of Nations)*, publicada originalmente em 1776.

²⁷ MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals: from Enron to Reform*. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 57.

culpados, sendo o primeiro condenado a 185 anos de pena privativa de liberdade, enquanto o segundo foi condenado a 45 anos de prisão. Lay faleceu em julho de 2006 e Skilling começou a cumprir a pena em dezembro do mesmo ano. Vale mencionar ainda que a Arthur Andersen, empresa que auditava, de forma supostamente independente, a contabilidade da Enron, desempenhou um papel fundamental ao ratificar, por longo período, o ilusório sucesso da Enron²⁸.

1.4.2.2. *O caso WorldCom.*

O maior episódio de fraude corporativa da história dos EUA ocorreu, em moldes muito semelhantes ao da Enron²⁹, quando da falência fraudulenta da empresa WorldCom, que, à época, ocupava o posto de segunda maior operadora telefônica do país. Após a detecção de fraudes contábeis, foi revelado um rombo de cerca de 4 bilhões de dólares nas contas da empresa, o que abalou não somente as bolsas de valores mundo afora, mas também a confiabilidade de famosas empresas especializadas em classificação de risco de investimentos (agências de ranqueamento corporativo ou *corporate rating*) que, por anos a fio, sustentaram a credibilidade da mencionada corporação.

A WorldCom encerrou suas atividades com aproximadamente 30 bilhões de dólares em dívidas bancárias, figurando, dentre as instituições credoras, o Citigroup, o Bank of America e o Chase Manhattan, que juntos emprestaram mais de 4,5 bilhões de dólares aos executivos da companhia. A incerta recuperação do montante citado adveio atrelada à demissão de 17 mil empregados. Já as ações da empresa que, no auge, chegaram a valer unitariamente mais de 60 dólares, alcançaram a cotação de 20 centavos de dólar.

No Brasil, os efeitos da queda da WorldCom foram percebidos na alta cambial do dólar e no decréscimo valorativo das ações da Embratel, então controlada pela empresa americana. Durante as investigações, dirigentes da WorldCom, que possuía filiais em 65 países, admitiram ter inflado os lucros da empresa em cerca de 4 bilhões de dólares, no período entre janeiro de 2001 e março de 2002³⁰.

1.4.3. *Os abusos corporativos e sua repercussão no mundo jurídico*

Os citados escândalos fraudulentos fizeram emergir então um forte movimento no sentido de exigir o reordenamento estrutural das empresas visando

²⁸ Sobre o tema, confira-se: MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals: from Enron to Reform*. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 197 e segs.

²⁹ Dentre as similitudes, pode-se citar o fato de que as irregularidades em ambos os casos foram reveladas a partir de denunciadores internos (*whistleblowers*), ou seja, a partir do relato de ex-empregados destas empresas às autoridades. Neste sentido: MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals: from Enron to Reform*. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 344.

³⁰ MARKHAM, Jerry W. *A financial history of modern U.S. corporate scandals: from Enron to Reform*. New York: M. E. Sharpe, 2006, p. 330.

a fazer com que fossem respeitados os interesses comunitários. Fortaleceu-se a tendência de autorregulação regulada, eis que foram editadas, nos EUA e em outros países, diversas leis impondo compromissos no bojo de uma autêntica revolução corporativa, sobretudo no tocante à transparência contábil, financeira e administrativa.

Nos EUA, foi editado o *Sarbanes Oxley Act - SOA*, em 2002, diploma legal que teve por objetivo resguardar, sob ameaça penal dirigida a empresas e seus dirigentes, a confiabilidade das informações ostentadas pelas corporações frente ao mercado de investidores. Assim, deu-se a convação do cumprimento voluntário em cumprimento imperativo ou por decreto (*mandatory compliance*), uma vez que as empresas que negociavam as unidades de seu capital social em Bolsas de Valores dos EUA se viram obrigadas a adotar um código ético (SOA, § 406), manter canais de denúncia anônima de irregularidades, chamados de *hotlines* (SOA, § 301 e 806), dentre outras providências, agora, legalmente exigidas. Dada a importância do mercado financeiro norte-americano, o SOA alcançou grande influência sobre empresas do mundo inteiro.

No histórico evolutivo da *compliance culture*, uma série de outros movimentos na mesma linha se fizeram notar em ramos mercadológicos distintos.

Assim, em meados da década de 80, surgiu a Iniciativa da Indústria de Defesa sobre ética negocial e conduta (*Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct*³¹). Trata-se de exemplo de autorregulação voluntária também originada a partir de fraudes perpetradas no âmbito do mercado armamentista em detrimento do Departamento de Defesa dos EUA, tendo ocorrido nos primeiros anos do governo Reagan, ainda no contexto da Guerra Fria.

Em 01 de novembro de 1991, a *United States Sentencing Commission*, órgão ligado ao Departamento de Justiça dos EUA, elaborou a primeira versão da *Federal Guidelines for Sentencing Organizations*³², que consiste num conjunto de moduladores que tem a pretensão de uniformizar os critérios que orientam o sancionamento penal de pessoas jurídicas. Desta maneira, previu-se, de forma até então inédita, que a efetiva e eficaz adoção de um programa de cumprimento normativo pudesse ser arguida como causa excludente ou mitigadora do sancionamento criminal no âmbito corporativo.

Em 1996, a agência norte-americana reguladora da política de proteção ambiental (*United States Environmental Protection Agency - EPA*) sintetizou sua estratégia de estímulo a programas de cumprimento normativo no documento intitulado *"Incentives for Self Policing: Discovery, Disclosure, Correction na da Prevention of Violations"*³³, em vigor desde janeiro de 1996. Neste documento, há

³¹ Mais informações no seguinte endereço eletrônico: <http://www.dii.org/about-us>. Acesso em 21.09.2015.

³² Texto integral em idioma inglês disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.ussc.gov/guidelines/organizational-guidelines>. Acesso em 29.10.2015.

³³ Texto integral em idioma inglês disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.epa.gov/compliance/epas-audit-policy>. Acesso em 10.10.2015.

previsão de que as empresas que descobrirem violações às normas ambientais e comunicarem à EPA, procurando corrigir os efeitos nocivos respectivos, poderão lograr a redução da sanção civil e, eventualmente, a recomendação da própria agência sobre a desnecessidade do sancionamento penal.

1.4.4. As tendências de padronização e certificação dos programas de cumprimento

Como dito, a história do mundo dos negócios registra abusos do poderio econômico corporativo causadores de prejuízos de valores estratosféricos. Chama a atenção o fato de que alguns destes episódicos se deram mesmo diante da existência formal de programas de cumprimento normativo, como ocorreu, por exemplo, nos casos Enrom e WorldCom.

Tais empresas de proporções gigantescas – no melhor estilo “*too big to fail*” – ratificaram o fato de que a inventividade e a inteligência humanas podem ser utilizadas para produzir riquezas e bem-estar, mas também podem seguir caminhos ilícitos que levam sofrimento a milhares de pessoas.

Em tais ocasiões, os programas eram, obviamente, de fachada, daí serem chamados de meramente cosméticos³⁴ ou de papel molhado³⁵. Neste sentido, verifica-se que os códigos de ética foram adotados nestes casos com a mera finalidade de blindar a empresa e seus altos dirigentes quanto à responsabilidade, nos âmbitos cível e criminal.

Com o fim de evitar o sucesso de tais farsas, surgiu a tendência hodierna de padronização da estrutura e conteúdo dos programas de cumprimento normativo, sendo os modelos ofertados variáveis de acordo com o tamanho e o ramo empresarial. Além disso, algumas entidades, inclusive de índole não-governamental, passaram a se dedicar especificamente ao monitoramento e certificação dos programas de cumprimento normativo adotados pelas empresas com o fim de avaliar, concretamente, a eficiência prática dos mesmos.

Diversos exemplos destas iniciativas existem na atualidade em setores como, por exemplo, preservação do meio ambiente³⁶, segurança do trabalho³⁷, segurança da informação³⁸, critérios de responsabilidade social³⁹, dentre outros.

No mesmo diapasão, em 1999, a OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico lançou o *Guidelines for Multinational*

³⁴ ANTONIO LASCURAÍN, Juan. *Compliance, debido control y unos refrescos*. In: *El derecho penal económico en la era compliance*. ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Org.). Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 131.

³⁵ NIETO MARTÍN, Adán. *Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo*. In: NIETO MARTÍN, Adán (Director). *Manual de Cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2015, p. 124.

³⁶ Ex.: UNE-EN ISO 14001:2009.

³⁷ Ex.: OHSAS 18001:2007 (Sistema de Gestão em Segurança do Trabalho).

³⁸ Ex.: ISO/IEC 27002:2005 (Código de Boas Práticas para a Gestão de Segurança da Informação).

³⁹ Ex.: ISO 26000.

*Enterprises*⁴⁰, documento que contém uma série de diretrizes de organização interna para empresas multinacionais, figurando, dentre elas, a obrigação de desenvolver programas de cumprimento normativo nos quais sejam implementados canais de denúncia anônima, sistemas de gestão de riscos, políticas contínuas de treinamento de trabalhadores visando à detecção e prevenção de infrações legais.

Ainda sobre a estruturação do controle corporativo, há que se mencionar a importância do chamado padrão COSO, cuja versão original foi revisada mais recentemente no ano de 2013. Sua origem está ligada ao final da década de 80, quando, na esteira dos já citados escândalos concernentes à inautenticidade de informações financeiras e contábeis, foi estabelecido nos EUA, em 1987, o chamado comitê COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), formado por representantes de organizações empresariais, que elaborou um relatório sobre a confiabilidade das informações financeiras divulgadas no mercado norte-americano.

Em 1992, as recomendações decorrentes foram finalmente sintetizadas em acordo com a Seção 404 da lei norte-americana que disciplina o mercado de valores mobiliários (SOX - *Sarbanes Oxley Act*), num conjunto de padrões para exposição de informações de auditoria (Internal Control-Integrated Framework⁴¹). Os padrões de controle interno são baseados em cinco aspectos: (1) comando dos valores éticos e filosóficos da gestão empresarial; (2) avaliação de riscos; (3) políticas de controle; (4) estratégias de informação e comunicação e, por fim, (5) atividades de monitoramento e supervisão.

CONCLUSÃO

Diante da apresentação dos conceitos de governança global, governança corporativa, bem como da breve exposição seus marcos históricos mais relevantes, tem-se, como corolário destas ideias, o surgimento e desenvolvimento da estratégia de gestão empresarial consubstanciada na adoção, voluntária ou imperativa, de programas de cumprimento normativo visando à prevenção de delitos praticados por meio de empresas.

Nesta linha, observada a necessária contenção espacial deste trabalho e sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, propõem-se requisitos mínimos para que um programa de cumprimento normativo-penal (*criminal compliance program*) seja considerado adequado e, portanto, eficaz no sentido de repercutir

⁴⁰ A OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico é uma organização internacional criada em 1961, com sede em Paris, sendo composta atualmente por 34 países. Embora não seja membro permanente da OCDE, O Brasil tem participação em algumas reuniões e negociações. Texto integral das diretrizes, em idioma português, disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf/view>. Acesso em 28.10.2015.

⁴¹ Texto disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.coso.org>. Acesso em 25.10.2015.

sobre a dosimetria e objetivos da punição dos crimes econômico-empresariais⁴², o que se vislumbra a partir dos seguintes pressupostos:

1. Adoção pública de um código escrito de conduta e ética, que contenha normas claras sobre organização e procedimentos internos voltados à investigação, prevenção e repressão de condutas criminais potencialmente vinculadas a atividades da empresa;
2. Comprometimento da alta direção da empresa quanto à supervisão da execução do programa de cumprimento normativo (*tone from the top*);
3. Adoção da política de diligência devida (*due diligence*) de modo a evitar relações negociais ou contratuais com quaisquer agentes (indivíduos e pessoas jurídicas) que, segundo se sabe ou se deveria saber, tenham histórico de práticas ilegais;
4. Treinamento permanente dos funcionários, em todos os níveis hierárquicos, para ciência e orientação sobre os comportamentos considerados adequados, segundo o programa de cumprimento normativo;
5. Estabelecimento de sistemas de auditoria periódica com o fim de detecção de eventuais infrações ao programa, em especial, mediante contratação de auditores externos especializados;
6. Criação de canais de denúncia anônima (*hotlines*);
7. Garantia de não retaliação a empregados que denunciem irregularidades (*whistleblowers*⁴³);
8. Processamento interno e responsabilização disciplinar dos autores de eventuais comportamentos ilícitos;
9. Monitoramento e aperfeiçoamento permanentes no programa de cumprimento normativo, se possível, mediante a obtenção de certificação da qualidade e eficiência por agente externo.

⁴² Como, aliás, já ocorre no exterior (vide o exemplo norte-americano quanto à citada previsão da *US Federal Sentencing Guidelines*). Vale rememorar que, no Brasil, a previsão legal até aqui existente autoriza apenas a consideração da mitigação ou exclusão da responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas, nos termos do disposto no artigo 7º, da Lei n. 12.846/2013. No entanto, nada impede, a princípio, a aplicação da circunstância atenuante genérica (prevista no artigo 66 do Código Penal) para extensão do abrandamento sancionatório também ao âmbito criminal, o que serviria de estímulo à (re)estruturação corporativa em prol dos interesses da coletividade.

⁴³ A palavra do idioma inglês “*whistleblower*” é traduzida literalmente como aquele que toca o sino. A expressão é utilizada também como referência aos que denunciam algum ato ilícito, em analogia com o hábito de antigos policiais ingleses, que faziam soar um pequeno sino para advertir sobre a presença ou fuga de um possível delinquente. Cf. RAGUÉS Y VALLÉS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Barcelona: Marcial Pons, 2013, p. 19.