

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL I

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-219-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Empresarial. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL I

Apresentação

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 07 de dezembro de 2020, no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Empresarial I do II Encontro Virtual "Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?" , do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos das Professoras Doutoras Renata Albuquerque Lima e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, que envolveu nove artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, nos impulsionam à imprescindibilidade da análise da prática empresarial com os dilemas da atualidade, principalmente em períodos de pandemia. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, de autoria de Frederico de Andrade Gabrich e Marcos Souza Lima, apresentado pelos dois autores, é "A FORMAÇÃO TRANSDISCIPLINAR E INOVADORA COMO PARADIGMA PARA A EVOLUÇÃO DO ADVOGADO QUE ATUA NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS", que tem como proposta apontar um novo paradigma para a formação do advogado, fundamentado no conhecimento transdisciplinar que assegura uma visão holística do Direito, da vida e da realidade. Esse novo paradigma estabelece resposta para o problema da necessidade de inovação e de evolução do advogado que atua nas sociedades empresárias frente aos desafios de um futuro profissional incerto.

"A SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL: UMA NOVA SOLUÇÃO PARA A EIRELI SIMPLES" é o trabalho de Milena Zampieri Sellmann e Luiz César Martins Loques, apresentado por este. Analisam que o direito societário brasileiro sempre considerou como pressupostos de existência das sociedades: a pluralidade de sócios e a affectio societatis. Contudo, com a superação destes, a unipessoalidade vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A sociedade limitada unipessoal surge para resolver antigas controvérsias, como é o caso do registro da EIRELI de natureza não empresária.

Pedro Franco De Lima , Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima são autores do artigo "ASPECTOS RELEVANTES DA INFLUÊNCIA DOS STAKEHOLDERS NA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL", oriundo de

pesquisa em que os mesmos estudam a teoria dos stakeholders como algo extremamente benéfico para as empresas, destacando a visão maximizadora em prol de todos os atores envolvidos na atividade produtiva, abordando a responsabilidade social empresarial sob o enfoque pós-modernista.

"COMPLIANCE E DIREITOS HUMANOS NA EMPRESA: A SUPRANACIONALIDADE NO DIREITO EMPRESARIAL" é o trabalho de Pedro Durão e Deise Cássia de Macêdo Silva, apresentado pela última autora, em que avaliam o papel do compliance na implementação dos direitos humanos na empresa, dada a crescente importância e impacto da atividade empresarial na sociedade.

Vicente Loiacono Neto apresentou " CONFORMIDADE NAS EMPRESAS ESTATAIS - PROGRAMA DE INTEGRIDADE SOB A ÓTICA DA LEI Nº 13.303/2016 ", elaborado juntamente com Sergio Fernando Moro, em que o referido estudo tem por finalidade apresentar as principais ações que devem estar presentes no programa de integridade e se e de que forma estão previstas na Lei das Estatais.

Matheus Fernandino Bonaccorsi apresentou o trabalho intitulado "CORPORATE GOVERNANCE E COMPLIANCE: ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO" designa o complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais e deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração, controle e fiscalização das sociedades, constituindo o compliance um desses instrumentos de supervisão presentes na corporate governance.

Paloma Medrado Lopes Soares explanou sobre o tema do seu artigo "FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA PERANTE OS EMPREGADOS EM MOMENTOS DE PANDEMIA - COVID19", em que a mesma quis despertar o interesse dos operadores do Direito e dos empresários sobre a importante reflexão da função social da empresa, com o fito de minimizar os impactos da pandemia aos empregados e consequentemente aos empregos.

"HOLDING: DIFERENCIAL NO PLANEJAMENTO PATRIMONIAL E SUCESSÓRIO FAMILIAR" é o trabalho de Helena Beatriz de Moura Belle e Mara Geane Rezende Silva, apresentado pela primeira autora. Referida pesquisa analisa a atuação da holding familiar, para nortear o planejamento sucessório, com vistas à proteção e à preservação do patrimônio da família.

Finalmente, o trabalho "O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA" de autoria de Vicente Loiacono Neto, Eduardo Vieira de Souza Barbosa e

Clayton Reis, sendo apresentado pelos dois primeiros, esclarece a forma como a Constituição da República de 1988 dispensa o tratamento à empresa.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS e UVA

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Empresarial I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Empresarial. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CORPORATE GOVERNANCE E COMPLIANCE: ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS PROGRAMAS DE CUMPRIMENTO

CORPORATE GOVERNANCE AND COMPLIANCE: ORIGIN AND EVOLUTION OF COMPLIANCE PROGRAMS

Matheus Fernandino Bonaccorsi ¹

Resumo

A corporate governance (também chamada de governação (ou governo) das sociedades comerciais) designa o complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais e deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração, controlo e fiscalização das sociedades. O compliance constitui precisamente um desses instrumentos de supervisão presentes na corporate governance. Trata-se, na verdade, de um conceito relacional cujo o significado será descoberto e conotará algum sentido quando for identificado também o objeto com o qual o conceito se relaciona: quem está em conformidade, está em conformidade com (...). O compliance estabelece uma relação entre um estado de conformidade e uma determinada orientação de comportamento.

Palavras-chave: Governança corporativa, Conformidade, Programas de cumprimento, Governança jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

Corporate governance (also called governance (or government) of commercial companies) designates the complex of rules (legal, statutory, jurisprudential and deontological), instruments and issues relating to the administration, control and inspection of companies. Compliance is precisely one of those supervisory instruments present in corporate governance. It is, in fact, a relational concept whose meaning will be discovered and will connote some meaning when the object with which the concept is related is also identified: whoever is in conformity, is in conformity with (...). Compliance establishes a relationship between a state of compliance and a specific behavioral orientation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Corporate governance, Compliance, Compliance programs, Legal governance

¹ Doutorando da Universidade de Coimbra, em Portugal. Mestre em Direito. Especialista em Direito Empresarial e Governança Jurídica. Advogado e Professor.

1. *Corporate Governance e Compliance*: noções sobre as origens e conceitos

O movimento da *corporate governance* teve a matriz nos EUA¹ e se alastrou pela Europa, entrando via Reino Unido.² A partir da década de 1930, a regulamentação de valores mobiliários implementada nos Estados Unidos serviu de modelo para o resto do mundo.³

O termo *corporate governance* é relativamente novo e na maioria das jurisdições não é um termo legal. A sua definição é ambígua e comporta vários enfoques.⁴ As definições são variadas mas podem ser percebidas a partir de um enfoque (critério) único e fundamental: a identidade dos interesses que estão em causa. Os conceitos são diferentes porque refletem diferentes perspectivas sobre a quem a sociedade deve servir. Uma visão leva a governança corporativa a ser vista como parte de uma questão maior de organização da atividade econômica voltada para alcançar objetivos fundamentais e sociais relacionados à equidade, justiça, liberdade e responsabilidades dos cidadãos. Uma outra perspectiva é mais estreita e se preocupa com a organização da eficiência econômica como um fim em si mesmo, em vez de um meio para a sociedade não-econômica. Essas definições concorrentes correspondem e se aproximam, por um lado das várias teorias sobre as partes interessadas da sociedade e os problemas da sua governação, e, por outro viés das teorias econômicas ortodoxas da firma e primazia dos acionistas. As distinções nítidas entre essas duas classes gerais de definição incorporam teorias, ideologias e conflitos políticos sobre a distribuição de riqueza e poder.⁵

No entanto, algumas noções conceituais podem ser extraídas do Código Combinado do Comitê Cadbury de 1992 (*The Combined Code on Corporate Governance*) que foi escrito pelo *Cadbury Committee*⁶ no início das discussões sobre governança corporativa. Esse código foi posteriormente atualizado em 2010, 2016 e 2018 pela entidade não governamental *Financial Reporting Council (FRC)*,

¹ Nos EUA, a *corporate governance* surgiu inicialmente para resolver os conflitos surgidos entre os acionistas (*principals*) e os administradores (*agents*). Esse problema conhecido hoje como conflito de agência (*Agency Theory*) sempre foi um desafio para o direito societário e legisladores desde o início da corporação moderna no início do século XIX. Os esforços para minimizar esses conflitos foram cumpridos com sucesso limitado, sendo possível se observar legislações em constante evolução para a modernização do direito societário, ora por meio de novas codificações exaustivas, ora com suporte de atos fragmentados. Cf. KLAUS J. HOPT. *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*. *Law Working Paper* n. 170/2011, em *ECGI - Working Paper Series in Law*, 2011, p. 7.

² ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2010, p.14.

³ Após a Segunda Guerra Mundial, tal regulamentação foi disseminada primeiro na Europa, depois no Japão, e, posteriormente numa gama diversificada de outros países. O primeiro país europeu a seguir o exemplo americano foi a Bélgica, onde a regulamentação do mercado de capitais foi introduzida por decreto real em 1935. O órgão belga equivalente à Comissão de Valores Mobiliários dos EUA (*Securities and Exchange Commission*) foi a *Comissão Bancaire*, que tinha amplos poderes. Com essa disseminação da regulamentação de valores mobiliários na Europa, e os subsequentes esforços de harmonização do direito das empresas da União Europeia desde o final da década de 1950, viu-se a ascensão do movimento da governança corporativa mais recentemente a partir da década de 1990. Cf. KLAUS J. HOPT. *Comparative Company Law 2018*. *Working Paper* n° 460/2019, em *ECGI Working Paper Series in Law*, 2019, pp. 3; 19-20.

⁴ KLAUS J. HOPT. *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*. *Law Working Paper* n. 170/2011, em *ECGI - Working Paper Series in Law*, 2011, p. 6.

⁵ JOHN W. CIOFFI. *State of the Art: A Review Essay on Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research*, em *American Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 48, no. 3 pp. 507-508.

⁶ O Relatório final dessa Comissão publicado em 1992 ficou conhecido como Relatório Cadbury em homenagem ao Sr. Adrian Cadbury que presidiu o Comitê e desenvolveu um conjunto de princípios de boa governança corporativa que foram incorporados às regras de listagem (*Listing Rules*) da *London Stock Exchange (LSE)*.

com o novo nome de Código de Governança Corporativa do Reino Unido (*The UK Corporate Governance Code*, 2018⁷). No documento original, consta que a governança corporativa é “o sistema por quais empresas são dirigidas e controladas”.⁸

Na mesma época, viu-se a divulgação em 1994 dos Princípios da Governança Corporativa (*The Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*) pela *American Law Institute* (ALI). Em que pese não trazer uma definição explícita *corporate governance*, esse documento apresentou normas de conduta de governo societário que retratam a visão da época sobre os critérios de condução dos negócios⁹. Tal documento diz que a corporação (comercial) deve ter como objetivo a condução de atividades de negócios com vistas a melhorar lucro corporativo e ganho dos acionistas mas, mesmo quando o lucro corporativo e o ganho dos acionistas não sejam atingidos, a sociedade em seus negócios: (i) é obrigada a agir dentro dos limites estabelecidos por lei; (ii) é obrigada a levar em consideração considerações éticas que sejam razoavelmente consideradas apropriadas à conduta responsável dos negócios; (iii) pode dedicar uma quantidade razoável de recursos para fins de bem-estar público, humanitários, educacionais e filantrópicos.¹⁰

Um pouco depois, em 1996 a *American Bar Association* (ABA) divulgou os *Fundamentals of Corporate Governance: A Guide for Directors and Corporate Counsel* que também tratou sobre o assunto *corporate governance*.¹¹ Este livro teve caráter único pois resumiu muito bem na época as

⁷ O mais recente Código de Governança Corporativa do Reino Unido foi publicado em julho de 2018, aplicável a períodos contábeis iniciados em ou após 1º de janeiro de 2019. O Código concentra-se na aplicação dos Princípios e na divulgação dos resultados alcançados. Ele enfatiza mais as relações entre empresas, acionistas e partes interessadas. Também promove a importância de estabelecer uma cultura corporativa alinhada ao objetivo da empresa, estratégia de negócios, promover a integridade e valorizar a diversidade. As empresas cotadas devem divulgar como cumpriram as disposições do Código ou fornecer uma explicação adequada às suas circunstâncias individuais.

⁸ Por meio do item 2.5 do *Combined Code*, é possível compreender que “*Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholders’ role in governance is to appoint the directors and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The responsibilities of the board include setting the company’s strategic aims, providing the leadership to put them into effect, supervising the management of the business and reporting to shareholders on their stewardship. The board’s actions are subject to laws, regulations and the shareholders in general meeting.*”

⁹ Ex vi a seção 2.01 dos *Principles of Corporate Governance* que diz: “§ 2.01. *The Objective and Conduct of the Corporation* (a) Subject to the provisions of Subsection (b) and section 6.02 (Action to Directors That Has the Foreseeable Effect of Blocking Unsolicited Tender Offers), a [business] corporation should have as its objective the conduct of business activities with a view to enhancing corporate profit and shareholder gain. (b) Even if corporate profit and shareholder gain are not thereby enhanced, the corporation, in the conduct of its business: (1) Is obliged, to the same extent as a natural person, to act within the boundaries set by law; (2) May take into account ethical considerations that are reasonably regarded as appropriate to the responsible conduct of business; and (3) May devote a reasonable amount of resources to public welfare, humanitarian, educational, and philanthropic purposes.” Atualmente, os Princípios da ALI estão em fase de revisão. Em janeiro de 2019, essa Organização aprovou a nomeação de um Grupo de Conselheiros para elaborar as propostas de reformulação e atualizar a sua redação.

¹⁰ Segundo MELVIN ARON EISENBERG, o *American Law Institute* iniciou em 1978 o projeto de governança corporativa, em consonância com a sua missão de “promover o esclarecimento e simplificação da lei e sua melhor adaptação às necessidades sociais”. Embora o início formal desse projeto tenha começado no final da década de 1970, na verdade as discussões sobre esse assunto remetem às minutas provisórias dos projetos de reformulação da lei das associações empresariais nos EUA produzidas pelo ALI desde 1928 a 1932. Para maiores informações históricas sobre o nascituro desse projeto dentro do ALI, ver MELVIN ARON EISENBERG. *An Overview of the Principles of Corporate Governance. The Business Lawyer*, 1993, vol. 48, pp. 1271-1296.

¹¹ A ABA circulou os seus princípios por meio da edição do seguinte livro: BLAKE K ROHRBACHER, DANIEL ALAN DREISBACH, GREGORY V VARALLO. *Fundamentals of Corporate Governance: A Guide for Directors and Corporate Counsel*. ABA Book Publishing, 1996.

preocupações mais comuns sobre governança corporativa nos EUA vistas, na maioria das vezes, sob o prisma da *Lei de Delaware (Delaware Law)* e referências à *Lei das Corporações Empresariais (Model Business Corporation Act)*. Esse documento veio a se juntar com outro elaborado antes em 1994 denominado (*The Corporate Directors Guidebook*), também elaborado pelo Comitê de Direito Societário (*Committee on Corporate Laws*) da ABA.¹²

Enfim, a *corporate governance* (também chamada de *governança* (ou governo) *das sociedades comerciais*) designa o *complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais e deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração, controlo e fiscalização das sociedades*. A governança das sociedades não envolve somente regras, sejam jurídicas ou não, vinculativas ou não. A sua temática envolve problemas relativos à: (i) repartição de competências entre órgão deliberativo interno e órgãos de administração; (ii) organização, composição e funcionamento do órgão administrativo representativo; (iii) modos de designação e destituição dos administradores, remuneração, deveres e responsabilidades; (iv) meios de controle interno e externo das sociedades. A área tem sido referida às sociedades anônimas, mais particularmente às emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, mas vários dos temas acima interessam igualmente a outros tipos societários, inclusive até a sociedades não empresariais.¹³

De maneira também ampla, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) nos *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE* publicado em 1999 definiu que a *corporate governance* é a estrutura de governo das sociedades que engloba, tipicamente, elementos legislativos, de regulação, regime de autorregulação, compromissos voluntários e práticas comerciais que são o resultado das circunstâncias específicas, história e tradição de um país.¹⁴

Em Portugal, também no ano de 1999 a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM) divulgou o seu primeiro código de governo denominado *Recomendações da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas*, acompanhando a emissão daqueles referidos Princípios da OCDE.¹⁵

¹² A.A. SOMMER, JR. *Reviewed Work: Fundamentals of Corporate Governance: A Guide for Directors and Corporate Counsel. The Business Lawyer*, 1997, vol. 52, n. 2, pp. 729-732.

¹³ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (2010), pp.7-9.

¹⁴ O documento denominado *Os Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE* foi originalmente desenvolvido em 1999 e depois atualizado em 2004 e 2015. Tal definição de caráter amplo está descrita no item I dos Princípios.

¹⁵ A primeira versão de 1999 desse Código de Governo foi atualizada pela CMVM em 2013. Em Portugal, desde 2012 existiu de forma paralela o *Código de Corporate Governance* elaborado pelo Instituto Português de *Corporate Governance* (IPCG). Em 2017, a CMVM e o IPCG assinaram um protocolo de cooperação para acabar com a dualidade de orientações dentro do mercado regulamentado dentro do país. A partir de 1 de janeiro de 2018, a CMVM revogou o seu Código de 2013 e as sociedades cotadas passaram a se orientar unicamente pelo *Código de Corporate Governance* elaborado pelo IPCG em 2018 (também chamado de *Código de Governo Societário – CGS 2018*), em consonância ao protocolo complementar firmado entre o IPCG e a Associação de Empresas Emitentes de Valores Cotados em Mercado (AEM), com o acordo da *Euronext Lisbon*. Com isso, por força do disposto no artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento da CMVM n.º 4/2003 as sociedades aderentes (em particular, aquelas com ações no mercado regulamentado) tomaram doravante para si como guia de bom governo o CGS 2018 do IPCG, fato que culminou no caráter de uma nova fase de auto-regulamentação baseada na iniciativa exclusivamente privada (*soft law*) em Portugal, cabendo agora à CMVM não mais o papel de normatizar, mas sim o de supervisionar as sociedades cotadas no cumprimento dessas normas e recomendações de caráter complementar à ordem jurídica.

Já no Brasil, a *Governança Corporativa* pode ser definida como um sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e organizadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. Trata-se de um sistema que assegura a todos os envolvidos a efetiva monitoração da gestão, garantindo um relacionamento de equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados (*accountability*) e obediência às leis do país (*compliance*).¹⁶ Por ser ligada à própria gestão da corporação, geralmente a *Governança Corporativa* no Brasil é composta de práticas administrativas bem abrangentes¹⁷ baseadas nos seguintes princípios e valores norteadores de conduta para os gestores: (i) Informação¹⁸ (*disclosure*); (ii) Equidade (*fairness*)¹⁹; (iii) Prestação de Contas (*accountability*)²⁰; e (iv) Responsabilidade Corporativa (*corporate responsibility*).²¹

A prática da *Corporate Governance* é tida como uma medida voluntária (*soft law*)²² adotada pelos órgãos de administração das empresas, com vistas a uma melhor e mais transparente gestão, a fim de conferir maior segurança aos investidores (*shareholders*) e demais interessados (*stakeholders*).²³

¹⁶ Cf. o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), que a seu turno elaborou o “Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa” que tem por finalidade: (i) compilar normas consideradas salutaras para a atuação de empresas/sociedades; (ii) indicar caminhos para a adesão a tais normas; (iii) incentivar o desenvolvimento da atividade empresarial e de um mercado de capitais mais previsível e transparente. Nesse Código, o IBGC sugere a adoção de normas e compromissos internos a serem alinhavados pelos *shareholders* e *stakeholders*, visando deixar a organização mais transparente e as pessoas envolvidas mais informadas sobre os negócios e desempenhos da organização. Além disso apresenta sugestões de condutas administrativas que devem ser implementadas por toda e qualquer empresa, de natureza pública ou privada, com caráter familiar ou não, constituída sob o formato de qualquer tipo societário, a fim de agregar “valor” e conferir maior informação, equidade, contabilidade e responsabilidade no relacionamento entre os envolvidos com a empresa em geral.

¹⁷ São utilizadas nas seguintes áreas das empresas: (i) gestão; (ii) conselho de administração; (iii) estrutura de propriedade; (iv) auditoria independente; (v) conselho fiscal; (vi) conflito de interesses.

¹⁸ A palavra “*informação*” traduz uma ideia mais precisa desse princípio do que a expressão “transparência”, que comumente é empregada. Mais do que ser “transparente”, as partes em qualquer negócio jurídico têm o dever de informar uma à outra sobre todos os termos, cláusulas, condições e riscos da contratação do vínculo jurídico (isto é, de forma objetiva e sobre o negócio). Essa obrigação decorre do princípio da boa-fé e ultrapassa uma conduta pessoal meramente transparente, como se o grau de informação fosse medido pelo aspecto subjetivo (é possível a pessoa ter sido transparente e não ter informado). Cabe destacar que, nos últimos anos, os parâmetros de transparência e consistência da informação evoluíram significativamente no mundo e Brasil. A esse propósito, recomenda-se com maior profundidade GABRICH, FREDERICO DE ANDRADE. *O Princípio da Informação*. Universidade FUMEC - FCH, 2010.

¹⁹ Tratamento justo entre todos os *shareholders*, especialmente aos minoritários devido à sua posição de hipossuficiência, assim como aos *stakeholders* como “partes interessadas”. Desse norte, extrai-se que atitudes ou políticas discriminatórias entre os acionistas, colaboradores, clientes, fornecedores ou credores, sob qualquer pretexto, são inaceitáveis.

²⁰ Os gestores devem prestar contas de forma clara e regular para os acionistas (e, em certa medida, também para os investidores potenciais do mercado), assumindo integralmente as consequências por seus atos e omissões. Os agentes da administração, na qualidade de mandatários e delegados do poder de representação da sociedade empresária, devem prestar contas dos seus respectivos mandatos como princípio elementar e inerente às suas funções.

²¹ Com uma visão mais ampla da estratégia empresarial, os agentes devem zelar pela perenidade das organizações, no intuito de contemplar todos os relacionamentos com a comunidade em que atua e promover sua continuidade ao longo do tempo. Para tanto, são necessárias práticas de medidas de sustentabilidade e cumprimento da *função social* da empresa, incluindo a criação de riquezas, oportunidades de emprego, qualificação de trabalhadores, diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico, melhoria da qualidade de vida, ações de caráter educacional, cultura, assistencial e de preservação ao meio ambiente, e, ainda, absorção preferencial do trabalho e insumos oferecidos pela comunidade local.

²² As medidas chamadas *soft law* são normas ou instruções de cumprimento não obrigatório, geralmente divulgadas por entidades de cunho não governamental como orientação ou sugestão de conduta para exercício de determinada atividade. A título de exemplo, cite-se o “Código de Melhores Práticas” elaborado pelo IBGC e os “Princípios de Governança Corporativa” publicado pela Organização para o Desenvolvimento Econômico (OECD). Em contraponto, tem-se as regras denominadas *hard law*, que são leis e normas cogentes impostas pelo Estado, com obrigatoriedade de cumprimento e *dever* de observância. Nessa seara, inserem-se o Código Civil e as Leis nº 6.404/76 e 6.385/76, dentre outras.

Do ponto de vista jurídico, as práticas administrativas da *Governança Corporativa* podem ser classificadas em três gêneros de medidas: (i) normas de proteção aos acionistas minoritários; (ii) instrumentos de fiscalização da gestão empresarial; e (iii) *enforcement*²⁴ dos dispositivos. Tudo visando à proteção dos acionistas e dos *stakeholders* em geral.

Com efeito, o *compliance* constitui precisamente um desses *instrumentos* de supervisão presentes na *corporate governance*.²⁵ As origens do *compliance* combinam os programas de prevenção e a responsabilidade social das empresas. O sistema entorno do *compliance* remonta à ideia dos guias de boa governação corporativa que tinham como objetivo evitar o abuso de poder dentro das companhias e controlar os administradores por meio de mecanismos independentes.

Nesse sentido, os Códigos de Ética (que já existiam em várias companhias) desempenharam um papel fundamental no desenvolvimento desse mecanismo de controle de abusos e divulgação da ética empresarial na condução dos negócios. No início, os Códigos de Ética traçavam os limites dos perímetros sobre a proibição das condutas e as normas de comportamento dentro das empresas. Depois, esses Códigos foram além e proibiram de forma direta comportamentos que eram ilícitos ou poderiam ter alguma repercussão criminal sobre as atividades da empresa. Tais Códigos passaram a prever regras mandatórias de comportamento para os colaboradores e com graves sanções em caso de incumprimento, tais como a perda do próprio trabalho.²⁶

2. Por uma melhor compreensão do conceito de *compliance*

Em relação à sua definição, o *compliance* significa *to be in compliance with the law*, de tal modo que essa expressão pode significar também *capacidade de aprendizado* e, na sua forma exata, *estar em*

²³ Os *shareholders* são os cotistas ou acionistas, pessoas que são proprietárias de participação societária com cotas ou ações. Lado outro, os *stakeholders* são as *pessoas interessadas*, que devem ser consideradas em qualquer análise ou planejamento relativo à empresa. Os *stakeholders* podem ser divididos em grupos de acordo com os seus respectivos interesses da seguinte maneira: (i) *sócios/acionistas*, cujos interesses consistem, basicamente, no aumento do valor da organização empresarial, na rentabilidade e liquidez de seus investimentos, na transparência nas operações e projetos, e participação e controle da gestão social; (ii) *administradores*, que têm interesse em aumentar sua influência e prestígio, maximizar o valor da organização empresarial, desenvolver e colocar em prática suas ideias e capacidade, e participar dos resultados da atividade; (iii) *empregados*, cujo interesse reside no salário, nas prestações previdenciárias, na higiene, na segurança e na salubridade do ambiente de trabalho, na promoção profissional e no desenvolvimento de suas personalidades; (iv) *consumidores*, que se interessam pela liberdade de escolha, pela qualidade e justa relação qualidade-preço, pela informação verdadeira e clara sobre os produtos e serviços, pela garantia de segurança dos produtos e serviços e pela assistência técnica pós-contratual; (v) *fornecedores*, que têm interesse na aceitação dos princípios da livre concorrência, na capacidade de pagamento da companhia e na informação clara sobre as possibilidades comerciais; (vi) *concorrentes*, que se interessam pela propriedade industrial, pelas regras de livre concorrência, pela reciprocidade das relações, pelo cumprimento dos compromissos e pela cooperação nas diferentes políticas empresariais; (vii) *comunidade*, que tem interesse no cumprimento das obrigações fiscais e da legislação sob o ponto de vista social, na contribuição positiva para o desenvolvimento local e regional, no que respeita ao meio ambiente e na preservação dos recursos naturais renováveis e não renováveis. BONACCORSI, MATHEUS FERNANDINO. *Governança Jurídica nas empresas familiares*. Del Rey, 2016, ps. 52-53.

²⁴ Tal expressão remete à ideia de forçar, impor mediante algum tipo de força ou pressão para que determinadas decisões sejam cumpridas.

²⁵ ROTSCH, THOMAS. *Criminal Compliance*. In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, p. 2.

²⁶ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, n. 148, ano 26, ps. 20-21.

conformidade com o Direito (Gesetzmäßig). Aliás, a sua terminologia a princípio não traz consigo nada de revolucionário para o universo jurídico: comportamentos desempenhados conforme o Direito são esperados e estão respaldados, enquanto comportamentos desajustados serão tratados por esse mesmo Direito conforme consequências jurídicas previstas aos casos de infrações.²⁷

Porém, o entendimento do real significado de *compliance* deve ser mais *amplo*²⁸ e *dinâmico*.²⁹ A tradução literal da palavra *compliance* carrega uma dificuldade de conceituação e interpretação do termo: *estar em conformidade* pressupõe estar em conformidade *com algo* (ou, *em relação a alguma situação jurídica ou não*). Trata-se, na verdade, de um *conceito relacional*³⁰ cujo o significado será descoberto e conotará algum sentido quando for identificado também o *objeto* com o qual o conceito *se relaciona*: quem *está em conformidade*, *está em conformidade com (...)*. O *compliance* estabelece uma *relação* entre um *estado de conformidade* e uma determinada *orientação de comportamento* para que possa se tornar lógico e compreensível.³¹

Se a *orientação de comportamento* advém de uma *norma jurídica*, estar-se-á diante de um *compliance jurídico* cuja a designação nominativa específica e a repercussão coercitiva sobre o comportamento irão variar conforme a área do direito que se encontra inserida a *norma de conduta* a ser seguida pelo agente (pessoa individual ou coletiva³²). Isto é, dependerá da *natureza jurídica da norma* que comina a *orientação de comportamento* (de cariz criminal, ambiental, societária, cível, etc.) e diante da qual o agente *está (ou se pretende estar) em conformidade*. Com essa reflexão, compreende-se alguns dos problemas da delimitação conceitual (e variação ampla) do *compliance*: para sua compreensão é necessário definir qual o significado do *estado de conformidade* e relacioná-lo com a *orientação de comportamento* que se pretende seguir. Somente a partir da descoberta desses dois elementos conjuntos o

²⁷ ROTSCH, THOMAS. *Criminal Compliance*. In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, p. 2.

²⁸ Com dito, o termo *cumprimento* é uma locução bastante vaga e inexpressiva. Por si só, não diz nada, salvo o evidente: atuar conforme a legalidade, podendo ser entendido também como o cumprimento de obrigações civis e de diretrizes internas da empresa. No entanto, esta simplicidade se converte em algo *extraordinariamente rico e completo* quando se contempla o termo a partir da seguinte perspectiva: *uma atuação que visa o cumprimento normativo para além do ordenamento jurídico e de acordo com os programas de cumprimento dentro das empresas*. Cf. NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. *Anuario de Derecho Penal* 2013-2014, p. 173.

²⁹ Do contrário, as críticas (pobres) relativamente simples aos estudos de *compliance* seriam procedentes: se *Compliance* significa apenas estar em conformidade com as leis, o que há de novo? Não temos todos que estar em conformidade com as leis? Por que é necessária toda uma nova área do direito, toda uma nova teoria para tratar do óbvio: que temos de seguir leis? De fato, cabe investigar e relatar que o *Compliance* vai muito além do que apenas o simples dever de cumprimento objetivo da lei. Cf. SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.

³⁰ ROTSCH, THOMAS. *Grundlagen*. In AAVV. *Criminal Compliance Handbuch*. Nomos, 2015, p. 35.

³¹ ROTSCH, THOMAS. *Grundlagen*. In AAVV. *Criminal Compliance Handbuch*. Nomos, 2015, ps. 35-36.

³² No presente escrito, estamos a enfatizar o *compliance* no domínio das pessoas coletivas. Mas é bom ressaltar que, no fundo, a questão relativa ao cumprimento não é tão diferente entre as pessoas jurídicas ou individuais, que também estão submetidas ao cumprimento de certas regras de prudência: de controle do próprio corpo e de nosso âmbito de organização. Regras de diligência para não causar danos aos demais, do tipo: quem conduz um veículo há de estar sóbrio e respeitar as normas de velocidade; quem joga golf há de comprovar que não nada no lugar aonde vai jogar a bola; a enfermeira há de desinfetar o bisturi que se entrega ao cirurgião para uma operação médica. Enfim, todos os indivíduos estão submetidos a regras de cumprimento e, em certas ocasiões, temos que programar o nosso próprio cumprimento. Cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN

intérprete poderá, de forma minimamente plausível, construir o *conceito relacional* de *compliance* e iniciar uma reflexão sobre *qual a espécie de cumprimento normativo* que se pretende referir.

No que se refere ao *estado de conformidade*, este deve ser compreendimento como um *estado dinâmico de conformidade*.³³ Significa aqui mais do que uma análise instantânea de como o comportamento está ou de que forma ele se posiciona diante da lei num determinado momento. O *estado dinâmico de conformidade* implica no *compromisso* com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa ou organização *está a buscar e garantir de forma permanente* que se mantenha num estado de conformidade jurídica. O *estado de conformidade* representa a definição desse conjunto *complexo (e dinâmico)* de medidas jurídicas que devem ser adotadas em caráter *perene* como *orientação de comportamento* pela empresa (e seus dirigentes e colaboradores) e que permitem, face a um cenário futuro “x” de risco, garantir “hoje” com a máxima eficácia possível um *estado de conformidade* dessas pessoas diante da *orientação de comportamento* recomendável pelo ordenamento jurídico.³⁴

No que tange à *orientação de comportamento*, esse termo deve ser entendido de forma *ampla e abrangente*, apesar da amplitude do universo em que o *compliance* transita (desde a regulação até a autorregulação). Nessa categoria, devem ser relevantes ao conceito de *compliance* todas as normas de *orientação de comportamento* que estão dispostas em lei (têm propriamente *natureza jurídica*), como também aquelas que *não são jurídicas* mas que passam a ter *relevância jurídica* por força: (i) de contrato (através das conhecidas cláusulas contratuais de *compliance*); ou (ii) da própria lei que atribui valor a tais orientações de comportamentos *voluntários*³⁵ (como, por exemplo, os Códigos de Governança, Códigos de Ética, Códigos de Conduta ou outras normas, diretivas, deliberações ou resoluções de caráter *interna corporis* que possuem relevância para alguns ordenamentos jurídicos^{36/37}).³⁸

ANTÔNIO. *Los programas de cumplimiento como programas de prudência penal*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, p. 96.

³³ SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.

³⁴ O *Compliance* deve ser a área de conhecimento que busca justamente o estudo desse conjunto *complexo (e dinâmico)* de medidas jurídicas. Cf. SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In Revista *Duc In Altum* Cadernos de Direito, 2016, n. 15, vol. 8, ps. 246-247.

³⁵ Além de ter uma função própria dentro dos sistemas de normas penais e dos ordenamentos jurídicos, a *autorregulação empresarial* gera um sistema de *enforcement autônomo* (e voluntário) que tem contribuído para a expansão dos programas de cumprimento. As normas internas de uma empresa se integram aos programas de cumprimento formando o sistema de *enforcement autônomo*, tal como um o desenho de um grande rio (programas de *compliance*) que possui numerosos afluentes (normas internas) que desembocam em si numa mesma direção e de distintas procedências. Cf. NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 174.

³⁶ A esse respeito, atualmente a prática e a legislação estabelecem distintos tratamentos e sanções conforme os diferentes países. Como exemplo, pode-se citar a Alemanha que considerou as disposições dos Códigos Éticos como matérias de obrigatório cumprimento, cujas infrações serão sancionadas com base no §161 da Lei das Sociedades Anônimas (*Aktiengesetz*). Da mesma forma, o *Deutsche Corporate Governance Kodex* (Código de Governança), que é considerado pela Lei Societária como um “código de recomendações” (*soft law*), obriga as sociedades cotadas a declararem como parte da contabilidade anual as recomendações de governo e controle que serão seguidas, quais não (com o porquê e justificação – princípio do *comply ou explain*) e publicar essas informações no site de internet da empresa. Mas se essas informações não corresponderem à verdade, a sociedade será punida segundo o §331 n. 1 do Código do Comércio Alemão, que corresponde ao artigo 290 do Código Penal em Espanha (*Informações inverídicas nas contas anuais e outros documentos*). A aplicação prática

Portanto, pode-se dizer que *compliance*³⁹ (*estar em compliance - to be in compliance with the law - Gesetzmäßig*) consiste num *estado dinâmico de conformidade* de uma determinada pessoa em relação a uma *orientação normativa de comportamento com relevância jurídica* por força de contrato ou lei. No caso das pessoas coletivas, esse *estado de comportamento* é caracterizado pela criação de um sistema complexo (e dinâmico) de políticas, de medidas, de controles internos e de procedimentos que demonstram (exteriorizam) o compromisso da empresa (e seus integrantes em todos os níveis – *top down*) em caráter permanente de *estar a buscar e garantir* hoje de maneira eficaz e idônea o combate aos riscos previsíveis e prevenção de ofensas aos bens jurídicos tutelados.⁴⁰

O *compliance* se constitui como um evidente mecanismo corporativo que advém da evolução dos sistemas de *corporate governance* e vigora de acordo com cada ordenamento jurídico nacional, em que as empresas e seus órgãos devem (comprometem-se) a exercer as suas atividades comerciais de forma harmônica (*estar em conformidade*) com as normas de conduta do Direito vigente (*orientações de comportamento*).⁴¹

Em outras palavras, o *compliance* é uma técnica de autorregulação que emerge com uma nova estratégia de regulamentação do setor privado. Trata-se da *autorregulação regulada* (*Regulierte Selbstregulierung*)⁴² que perfaz um dos elementos essenciais da *regulação do capitalismo* e forma uma

desse entendimento pode ser vista: (i) no caso *Kirch/Deutsche Bank*²⁴ em que o Supremo Tribunal considerou crime a falta de divulgação da existência de um conflito de interesses dentro do Conselho de Fiscalização do *Deutsche Bank* conforme determinava o *Governance Kodex*; (ii) no caso *Siemens*, em que bens da empresa foram utilizados para pagamento de suborno na concorrência comercial do grupo Enel em Itália de forma contrária às regras do *Governance Kodex* e internas de *compliance* (todas consideradas como “regras de fachadas” pelo Tribunal). Cf. TIEDEMAN, KLAUS. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013, ps. 36-37.

³⁷ Em Brasil, o artigo 7 da Lei n. 12.846/2013 e o artigo 42, incisos II e III, do Decreto n. 8.420/2015 consideram explicitamente os Códigos de Ética e Códigos de Conduta como um dos parâmetros relevantes para aplicação de pena às pessoas jurídicas. Serão tidos em causa a presença de Códigos de Ética e Códigos de Conduta aplicáveis a todos os empregados e administradores (independentemente de cargo ou função exercidos) e a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados.

³⁸ SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista Duc In Altum* Cadernos de Direito, 2016, n. 15, vol. 8, ps. 246-247.

³⁹ Dentro da mesma ideia, porém de forma condensada: *Compliance* não significa apenas conformidade ao Direito, mas a adoção de regras e processos intraempresariais que garantam o cumprimento do Direito dentro da empresa de forma onipresente e coerente no desempenho de todas as suas atividades empresariais, internas e externas. Essa adoção de regras e processos demonstra a existência de uma verdadeira *arquitetura de compliance*, sem que isso possa ser atribuível ao fruto do acaso, ou de um compromisso individual, ou ainda, de interesses parciais de um departamento. Cf. COCA VILA, IVÓ. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013, p. 56.

⁴⁰ SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista Duc In Altum* Cadernos de Direito, 2016, n. 15, vol. 8, p. 247.

⁴¹ ROTSCH, THOMAS. *Criminal Compliance*. In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, p. 2.

⁴² Segundo SIEBER, ULRICH, a *autorregulação em sentido estrito* deixa às empresas uma ampla discricionariedade e a regulação estatal fixa as decisões determinantes. Na *autorregulação regulada* (*co-regulação* estatal e privada), o Estado cria os preceitos mais detalhados ou cria estruturas que estimulam a auto-regulamentação e/ou fazem medidas vinculantes de auto-regulamentação. Por essa razão, a *co-regulação* se denomina *autorregulação regulada*, uma fórmula mista ou intermediária entre a autorregulação e a regulação estatal, que se caracteriza por conceder margem de discricionariedade àqueles que devem concretizar o programa e pelas fórmulas que as empresas são estimuladas ou pressionadas à adotar das diretrizes do Estado. *Programas de compliance em el derecho penal de la empresa. Una nueva Concepción para controlar a la criminalidade económica*. (trad. Abanto Vásquez). In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Branch, 2013, p. 77.

parceria público-privada na qual a empresa se torna parceira do Estado na imposição de mecanismos coercitivos para o cumprimento das leis (*enforced self-regulation*⁴³). O pilar-chave para funcionamento dessa *parceria público-privada* é a autorregulação da empresa que se materializa por meio dos *programas de compliance*.⁴⁴

Assim, os programas de cumprimento adquirem certo formato de *cooperação público-privada* na supervisão da atuação das empresas. Essa colaboração se estende inclusive na disponibilização ao Estado (órgãos reguladores, de supervisão e policiais) das provas e informações que foram recolhidas sobre os fatos e pessoas internamente nos procedimentos de investigação particulares em consonância com o previsto nas normas de *compliance* da empresa (fato que poderá gerar discussões sob a perspectiva do tema *against self incrimination*^{45/ 46})

Por derradeiro, necessário expor que *compliance* não se confunde com *leniência*. A *leniência* é um acordo⁴⁷ realizado entre uma pessoa jurídica infratora e a autoridade competente num momento específico de tempo e espaço, que só é possível após o cometimento da infração no âmbito empresarial. O seu objetivo é minorar ou afastar eventual sanção a ser imposta pelo Estado. A *leniência* é um fato *isolado* na estrutura empresarial, enquanto o *compliance* correspondente a uma política interna de *caráter perene, não eventual*.⁴⁸ A similitude da *leniência* com o *compliance* está apenas na *raiz colaborativa* desse instrumento que também advém política estatal que se vale de estímulos para a descoberta da verdade e controle da criminalidade. É um mecanismo colaborativo que integra a realidade de um direito penal de matriz funcionalista-ideológica, que introduz critérios de prevenção geral e especial da pena às categorias dogmáticas do delito.⁴⁹

3. *Compliance* e os programas de cumprimento: dinamismo e evolução

⁴³ BRAITHWAITE, JOHN. *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*. In *Michigan Law*, 1982, vol. 80, p. 1466.

⁴⁴ RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Compliance programs and corporate criminal compliance*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, n. 148, ano 26, ps. 19-20.

⁴⁵ Sobre as circunstâncias que margeiam a auto-incriminação, confira desenvolvidamente em: ANTUNES, MARIA JOÃO. *Privatização das investigações e compliance criminal*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2018, ano 28, ps. 119-127. PAIS, ANA. *Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial a problemática da prova emprestada e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. In *Boletim da Faculdade de Direito*, 2017, vol. II, ps. 663-686.

⁴⁶ A título exemplificativo, interessante observar que nos EUA as empresas não estão amparadas pela 5ª Emenda Constitucional, o qual garante às pessoas singulares o direito de permanecer caladas e não se *auto-incriminar*. A pessoa coletiva tem a obrigação de apresentar (não pode se esquivar) todos os documentos, dados e informações por qualquer meio solicitados pelo Estado (*US Justice Department*), sob pena de crime. Cf. SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, p. 130.

⁴⁷ Para uma noção prática da *leniência* e seus requisitos, limites e consequências, veja o artigo 16 da Lei n. 12.846/2013 (*Lei Anticorrupção*) e o artigo 86 da Lei 12.529 de (*Lei de Crimes contra a Ordem Econômica*).

⁴⁸ FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *A figura do compliance officer no Direito brasileiro – funções e responsabilização penal*. *Luminária Academia*, 2017, p. 117.

⁴⁹ SÁNCHEZ RIOS, RODRIGO. ANTONIETTO, CAIO. *Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2015, n. 114, vol. 23, p. 357.

Como visto acima, os programas de *compliance* figuram como a evolução dos tradicionais *códigos de conduta empresarial*, típicos do *Corporate Governance*. Tais sistemas surgiram em consequência da progressiva autonomia que as empresas foram adquirindo na sociedade e da necessidade de existência de autorregulação das suas atividades. São mecanismos de *autorregulação da atividade empresarial* através dos quais as empresas *externalizam* a intenção do cumprimento do Direito por meio da elaboração de um conjunto de medida tendentes a assegurar o cumprimento da legislação por parte dos seus colaboradores, desde o nível mais alto da gestão e estratégia até o nível operacional.⁵⁰

Nesse sentido, o programa de *compliance* dedica-se à *execução exteriorizada* da vontade da pessoa coletiva de atuar conforme ao Direito.⁵¹ Reflete de maneira *formal* uma intenção *materialmente pré-existente* da organização de seguir o ordenamento jurídico e desempenhar o seu objeto social pautando-se por condutas lícitas.

Mas os programas de cumprimento devem ir além de uma mera *externalização de vontades*: o sistema de *compliance* deverá se apresentar, de fato, como um elemento fundamental da filosofia de funcionamento e de atuação existente o contexto da atividade da entidade. De um lado, deverá assegurar que toda a atividade empresarial está em conformidade com a normatividade em que a atividade econômica se enquadra e, por outro lado, deverá atuar conforme organicamente definido sobre situações *noncompliant* identificadas garantindo que a atividade econômica da pessoa jurídica não coloque em risco bens jurídicos protegidos e que não haverá delinquência empresarial juridicamente relevante por parte dos dirigentes e colaboradores.⁵²

A ideia principal dos mecanismos de cumprimento se baseia na precaução de infrações e proteção dos riscos: diante da possibilidade de vir a ser responsabilizada pelos atos dos seus dirigentes e empregados quando agem em nome e em proveito da sociedade, as empresas buscam implantar programas de *compliance* como forma de prevenir as sanções, não apenas civis e administrativas, mas precipuamente penais que geram o pagamento de multas, danos à imagem, além de outras consequências punitivas.

Ainda dentro do mesmo escopo defensivo e para além da prevenção, os programas de *compliance* se incubem também de cominar procedimentos internos de investigação das infrações incorridas (que a empresa não conseguiu evitar) e as medidas para comunicação aos órgãos públicos de

⁵⁰ COCA VILA, IVÓ. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013, ps. 54-55.

⁵¹ BUSATO, PAULO CÉSAR ressalva de forma crítica que os empresários já operam há tempos os sistemas de *compliance* e assim o fazem menos por razões vinculadas a boas intenções, mas sim por *interesses financeiros reflexos*. Na verdade, os empresários pretendem que a divulgação da existência de um programa de cumprimento gere uma percepção de *transparência* da empresa perante o mercado e, com isso, uma boa imagem corporativa da empresa com reflexos sobre o aumento da sua lucratividade e valorização do patrimônio dos investidores. A almejada *transparência* seria então uma justificativa para a adoção do *compliance* (tal como descrito nos motivos que levaram a promulgação da *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection* em 2010 nos EUA), mas a sua adoção se efetiva por interesses financeiros da empresa. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 23.

⁵² COSTA, JOSÉ NEVES DA. *Responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief Compliance Officer no crime de branqueamento*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 332-333.

fiscalização (de iniciativa da empresa) sobre a ocorrência do ilícito, com o propósito de atenuar ou mesmo se eximir das respectivas sanções legais.⁵³

4. Relação com o Direito Penal: influência da responsabilização criminal das pessoas jurídicas na evolução dos programas de compliance

Sem dúvida, o interesse mais recente pelo *compliance* se encontra forte relação com a adoção de medidas penais de imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas pelos ordenamentos jurídicos dos países europeus e latino-americanos. Com a tradição romano-germânica, há séculos tal previsão tinha sido suprimida dos sistemas normativos desses países.⁵⁴ Em tal aspecto, os EUA foram os pioneiros com a *Foreign Corrupt Practices Act*⁵⁵ e com o conjunto normativo que se sucedeu retratado pelas *United States Sentencing Commission Guidelines Manual*⁵⁶, *Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*⁵⁷, *Financial Action Task Force (FATF/GAFI)*⁵⁸, *Sarbanes-Oxley*⁵⁹, e *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*⁶⁰.

⁵³ SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, ps.119-120.

⁵⁴ BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, p. 23.

⁵⁵ A *Foreign Corrupt Practices Act* teve por finalidade moralizar as práticas comerciais das empresas norte-americanas e coibir a praxe de conquistar mercados internacionais por intermédio da corrupção de autoridades públicas estrangeiras. A *FCPA* teve como elemento desencadeador o escândalo de *Watergate* que provocou no Governo dos EUA o interesse pela moralização do comércio internacional mediante combate da corrupção de oficiais de governo estrangeiros para a expansão dos negócios, em que pese a forte resistência interna das empresas norte-americanas que temiam a perda de competitividade. Para combater a concorrência desleal, a *FCPA* exigiu a transparência contábil não só da matriz, mas das filiais das companhias multinacionais haja vista que os subornos em geral aconteciam fora do alcance da jurisdição dos EUA. Além disso, a *FCPA* introduziu a corresponsabilização das empresas na prevenção da corrupção, com o estabelecimento do sistema de reponsabilidade penal das sociedades empresariais. A esse respeito, ver desenvolvidamente: NIETO MARTÍN, ADÁN. *La corrupción en el comercio internacional (e de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. In Revista Penal, 2003, n.12, ps. 3-26.

⁵⁶ Em EUA, o *Sentencing Guidelines Manual* norteia os juízes na graduação das penas mediante avaliação dos programas de *compliance* (em que grau são *efetivos e éticos*) para que possam ter alguma *repercussão jurídica* atenuante sobre a fixação da punição após condenação da pessoa jurídica (juízo de imputação). Os critérios do Manual servem balizadores para dosimetria das penas pelos juízes, em detrimento de parâmetros fixos ou livremente arbitrados. A respeito da origem e funcionamento do *Guidelines Manual* para aplicação da punição às pessoas coletivas no EUA, veja em: HEFF, KELVIN B. *The role of corporate compliance programas in determining corporate criminal liability: as suggested approach*. In *Columbia Law Review*, 1996, n. 96, ps. 1267 e ss. VILLEGAS GARCIA, MARIA ÁNGELES. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi, 2016, ps. 293 e ss.

⁵⁷ O Comitê de Basileia foi criado em 1974 no âmbito do Banco de Compensações Internacionais (*Bank for International Settlements – BIS*) com o objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a promoção da estabilidade financeira. As recomendações do Comitê de Basileia visam harmonização da regulação prudencial adotadas pelos seus membros, com objetivo de melhorar a competição entre os bancos internacionalmente ativos, cuja relevância é crescente em face da internacionalização dos mercados financeiros. Além das *recomendações*, o Comitê divulga *princípios* essenciais para supervisão bancária eficaz (*basel core principles*), padrão utilizado internacionalmente para avaliação da eficácia da supervisão bancária de um país.

⁵⁸ A *Financial Action Task Force (FATF)* é um órgão intergovernamental de regulação criado em 1989. Esse grupo almeja estabelecer padrões e promover a implementação efetiva de medidas legais, regulamentares e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional. O FATF desenvolveu uma série de *recomendações* que são reconhecidas como o padrão internacional nesse setor. A primeira versão das Recomendações foi em 1990, revisada em 1996, 2001, 2003 e, mais recentemente, em 2012.

⁵⁹ A *Lei Sarbanes-Oxley* foi promulgada no dia 30 de julho de 2002 nos EUA pelo presidente George W. Bush devido aos escândalos financeiros corporativos envolvendo diversas companhias americanas em fraudes contábeis e societárias, tais como

No continente europeu, observou-se mais tarde legislações com a mesma pretensão de regulamentação e alcance sobre a penalização das pessoas jurídicas, dentre as quais cabe mencionar a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005⁶¹; as modificações no *Code Pénal* de 1994 e promulgação da Lei n. 1117 em 2013 em França⁶²; a promulgação do Decreto Legislativo n. 231 em 2001 em Itália⁶³; a sanção da *Bribery Act* em 2010 no Reino Unido⁶⁴; a *Ley Organica* n. 5 em 2010 em Espanha⁶⁵; e as modificações da *Gesetz über Ordnungswidrigkeitsgesetz (Lei de Infracções Administrativas)* em Alemanha⁶⁶.

Assim, vários ordenamentos jurídicos europeus adotaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas de modo *expresso* e *inequívoco* ao afirmar categoricamente a imputação dirigida diretamente às empresas. O pilar dogmático claramente cedeu frente à realidade criminológica e à necessidade político-criminal de implantar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Em Brasil, o tema *compliance* a responsabilidade penal das empresas passou a ser estudado com mais afinco a partir da promulgação da Lei n. 9.613 de 03 de março de 1998 (*Lei contra a lavagem - branqueamento de capitais, direitos ou bens*) e da Resolução n. 2.554 de 24 de setembro de 1998 do Conselho Monetário Nacional (CMN) que dispõe sobre a implantação de controles internos nas instituições financeiras (e posteriormente nas empresas de seguros) sobre operações suspeitas da prática

as ocorridas com a Enron, Arthur Andersen, World.Com e Xerox. A Lei foi concebida pelos senadores da república Paul Sarbanes e Michael Oxley (por isso o apelido de *Lei Sarbox* ou *Lei Sox*) para garantir a criação obrigatória de novos mecanismos de administração financeira, escrituração contábil, auditoria e gestão de informações pelas companhias para aumentar o fluxo de informações, gerar transparência e evitar fraudes ou, caso estas ocorram, a segurança de que existem meios para identificá-las.

⁶⁰ Em EUA, a *Dodd-Frank Act* foi sancionada em 2008 com o objetivo de aprimorar os mecanismos contábeis, conferir maior transparência ao funcionamento e evitar condutas abusivas das instituições financeiras. Para tanto, passou a valorizar a figura do *whistleblower* nas estruturas dos programas de cumprimento mediante a previsão de estímulos à realização de denúncias por parte dos funcionários em contrapartida às garantias de anonimato, perdão ou atenuação da pena, ou até mesmo, recompensas conforme auxílio prestado às agências estatais nas investigações das infrações penais. Sobre o assunto, ver em profundidade: LEÓN BERINI, ARTURO GONZÁLEZ DE. *El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013, ps.132 e ss.

⁶¹ Posteriormente, essa norma foi revogada pela Diretiva (UE) 2015/849 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo. Cf. publicação no JOUE L 141, 5.6.2015, ps. 73-117.

⁶² A versão inicial da Lei n° 2013-1117 é de 6 de dezembro de 2013, com objetivo de lutar contra a fraude fiscal e a inadimplência econômica e financeira grave (cf. JORF n° 0284 de 7 de dezembro de 2013). Essa Lei foi recentemente modificada e tem uma nova redação consolidada com vigência a partir de 17 de janeiro de 2020.

⁶³ O Decreto Legislativo n. 231, de 8 de junho de 2001, introduziu a responsabilidade *penal* (dita *administrativa*) de pessoas coletivas, sociedades e associações, mesmo sem personalidade jurídica, nos termos do artigo 11 da lei de 29 de setembro de 2000, n. 300, cf. publicação no *GU Serie Generale* n. 140 de 19.6.2001.

⁶⁴ A *Bribery Act* foi publicada em 8 de abril de 2010, com objetivo combater o suborno e outras condutas correlatas.

⁶⁵ A *Ley Orgánica* n. 5, de 22 de junho de 2010, modificou o Código Penal então vigente (*Ley Orgánica* n. 10, de 23 de novembro de 1995) com a introdução do artigo 31, *bis* (reponsabilidade penal das pessoas jurídicas). Seguidamente, em 2015 o Código Penal da Espanha foi completamente revisado e atualizado pela *Ley Orgánica* n. 1, de 30 de março, cf. publicação no BOE-A-2015-3439.

⁶⁶ A *Gesetz über Ordnungswidrigkeitsgesetz* data de 19 de fevereiro de 1987 cf. BGBl, p. 602, e foi alterada pela última vez pelo artigo 5 da Lei de 9 de dezembro de 2019 cf. BGBl, p. 2146. Em Alemanha, apesar de inexistir a previsão legal expressa da responsabilidade penal das pessoas coletivas, ao que parece existe uma certa aceitação dessa ideia por parte da doutrina, a qual não se enxerga qualquer obstáculo dogmático para sua admissão. Cf. KUDKICH, HANS. *Compliance mediante la punibilidad de personas jurídicas?* In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013, p. 289. Nesse mesmo sentido, parece que existe até mesmo uma certa pressão interna para que o legislador venha a admitir essa modalidade de responsabilidade em desfavor das empresas. Cf. KUHLEN, LOTHAR. *Compliance e Derecho Penal en Alemania*. In AAVV. *Responsabilidade de la empresa y compliance*. Edisofer-B de F. 2014, p.99.

do delito de lavagem de dinheiro e terrorismo. Mais recentemente, os programas de cumprimento (*compliance*) foram expressamente tratados na: (i) Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011 (*Lei de Crimes contra a Ordem Econômica*); (ii) Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012 (que atualizou a redação da Lei anterior contra o branqueamento de ativos); (iii) Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013 (*Lei sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira* – apelidada em resumo de *Lei Anticorrupção*).

Com efeito, pode-se afirmar que os programas de cumprimento passaram a almejar um *efeito mitigador* da responsabilidade da pessoa jurídica, de forma gerar os seguintes reflexos consoante o caso: *não configuração do fato ilícito-típico, exclusão da atribuição da responsabilidade penal, diminuição da pena, e/ou ainda, negociação da persecução processual-criminal por parte da empresa junto aos órgãos acusadores do Estado*.⁶⁷

Os programas de *compliance* se tornaram um conjunto de medidas que buscam transformar a empresa numa *organização virtuosa* (não defeituosa) para que não venha a ser responsabilizada *penalmente*, ou que então tenha reduzida a sua sanção, caso os seus membros pratiquem delitos no desempenho das suas funções.⁶⁸ Trata-se de estabelecer medidas preventivas, obrigações e deveres com intuito de evitar o risco da comissão de crimes no desenvolvimento da atividade empresarial, com a pretensão de que não seja necessária a intervenção penal.⁶⁹

Dentro dessa atual perspectiva mais voltada para a esfera do *criminal compliance*, vislumbramos a possibilidade de refletir e apontar dois paradoxos sociais.

Um primeiro paradoxo diz respeito à seguinte constatação: num passado recente, o Estado buscou a responsabilização das pessoas jurídicas sobre os ilícitos praticados, com admissão expressa pelos ordenamentos jurídicos da responsabilidade criminal das empresas. Entretanto, atualmente os mecanismos de *compliance* se transformaram numa ferramenta de *defesa artificial e antecipada* face à possibilidade futura de responsabilização ou punição criminal da pessoa jurídica.⁷⁰ A difusão do *compliance* cresceu como uma *resposta* à criminalização da empresa. Hoje, os programas de

⁶⁷ SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Almedina, 2019, ps.129-130.

⁶⁸ NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 181.

⁶⁹ BIDASOLO, MIRENTXU CORCOY. *Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los compliance*. In *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de F, 2014. p. 166.

⁷⁰ Essa constatação foi observada nos estudos de LAUFER, WILLIAM S. realizados em EUA. Segundo tal autor, a relação entre os setores público e privado é um *jogo de múltiplas partes interessadas*. Cada parte procura proteger e aprimorar suas posições para minimizar os riscos e posições até atingir um equilíbrio regulatório. Esse é um jogo em que o setor privado busca as *conformidades ideais* para minimizar riscos de responsabilidade, oferecendo ao Estado uma cobertura moral e de aparência de legitimidade. O objetivo da empresa ao cabo não é o controle do crime corporativo. As despesas com o *compliance* não são feitas com a evidência de que elas irão promover a integridade dos funcionários, mudar os comportamentos, melhorar a cultura corporativa e facilitar a decisão corporativa ética. *As empresas compram garantias de que, se e quando houver irregularidades, a entidade será poupada*. Cf. LAUFER, WILLIAM S. *A very special regulatory milestone*. In *University of Pennsylvania J. Business Law*, 2018, n. 391, ps. 408-409.

cumprimento funcionam como uma espécie de *skills* preventivo na busca da exclusão da mesma responsabilidade da empresa que um dia a sociedade tanto almejou.

Dessa maneira, surge a partir daí um segundo e mais perigoso paradoxo: caso não seja completo e/ou o seu funcionamento não seja (considerado) eficaz face às exigências da legislação, o efeito da implantação (defeituosa) do programa de *compliance* dentro da organização será (provavelmente) inverso. Em vez de diminuir as chances de responsabilização penal, o programa criará condições para que uma cadeia de pessoas seja responsabilizada (empresa, administradores e colaboradores) diante da incapacidade de identificação dos autores e da impossibilidade de delimitação do âmbito individual de competências de cada agente dentro da estrutura organizacional (vale dizer, da divisão das suas responsabilidades, posição e graus de assunção de garantia, e por último, deveres de fiscalização do cumprimento).⁷¹

5. Modelos de programas de *compliance*

Podemos dizer que existem idealmente dois grandes modelos de programas de cumprimento: (i) *cultura de respeito à legalidade e valores éticos*; (ii) *cultura de medidas de controle e fiscalização*.

O primeiro modelo de prevenção parte do desenvolvimento de uma *cultura de respeito à legalidade e valores éticos* dentro da empresa através da informação. Este tipo de programa é orientado pelos valores e, eventualmente, por algumas medidas de controle. Mas estas não são procedimentos usuais dentro da empresa, tais como outras ferramentas internas comuns do tipo contábeis, seleção de pessoal, controle de fluxo de caixa, *due diligence*, etc. O elemento central desse programa de cumprimento é a orientação pelos *valores e código de ética*.

Um outro segundo tipo de modelo de prevenção se fundamenta nas *medidas de controle e fiscalização*, dentre elas o acesso aos e-mails, registros de chamadas telefônicas, monitoramento do acesso à internet, vigilância em vídeo, contratação de detetive privados, etc. A vigilância empresarial poderá inclusive se valer de técnicas de *risk profiling*, de maneira tal que seja traçado o perfil criminal de postos de trabalhos e funções diretivas estabelecendo uma avaliação dos riscos delitivos inerentes. Nos últimos tempos, novas técnicas de *corporate intelligence* têm sido utilizadas nesse segundo modelo de programa, tal como análise de *data mining e know how* procedente dos serviços secretos para controle e prevenção dos riscos.⁷²

A adoção de um ou outro modelo de cumprimento deve partir de uma ponderação a feita pela administração da empresa entre o *controle e liberdade, prevenção e reação*, com a escolha dos meios

⁷¹ SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual*. In *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.

⁷² NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. *Anuario de Derecho Penal* 2013-2014, p. 182-184.

mais adequados ao modelo de governo e organicidade societária, de administração e gestão, e ainda, de acordo com os perigos inerentes à cada atividade empresarial.⁷³

Para a sua *elaboração*, os sistemas de cumprimento comportam as seguintes *etapas* ou *elementos* para sua efetiva implantação: (i) análise dos riscos de comissão de delitos, que são específicos da atividades da pessoa jurídica; (ii) implementação de uma cultura empresarial de cumprimento do Direito por via da emissão de regras de conduta, da definição de procedimentos de tomada de decisão, de treinamentos e capacitação dos colaboradores e dirigentes (envolvimento e comprometimento de todos os níveis), e, da imposição de deveres de comunicação e de transparência, sob pena de responsabilidade disciplinar; (iii) funcionamento dos canais de denúncias e investigações internas; (iv) criação de responsáveis pelos programas (*compliance officers*⁷⁴), cuja função não seja de representar os interesses específicos dos sócios, mas salvaguardar interesses coletivos mais amplos, com poderes de auditoria interna para fazer cumprir, vigiar, rever, comunicar e atualizar as normas de *compliance* em todos os setores e atividades da empresa; (v) contratação de *gatekeepers*⁷⁵ que procedam a auditoria externa e certifiquem o mecanismo de cumprimento; (iv) estabelecimento de proteção e recompensa dos

⁷³ NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*. In *Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance*. Anuario de Derecho Penal 2013-2014, p. 182-184.

⁷⁴ A figura do *compliance officer* será conceituada e analisada mais adiante no próximo subitem desse escrito, juntamente com a sua responsabilidade penal.

⁷⁵ Expressão aqui utilizada como *auditores externos*. Cabe esclarecer que, nas últimas décadas, ao lado da responsabilidade penal das pessoas jurídicas outras estratégias de controle de comportamento empresarial foram incentivadas pelo legislador relacionadas à vigilância: as funções de *vigilantes* ou *gatekeepers*. Na acepção original do termo, os vigilantes eram profissionais *independentes*, *externos* à organização da empresa, que tinham como função o controle da atividade das corporações com o fim de salvaguardar determinados interesses coletivos. Nessa categoria estavam enquadrados desde os auditores externos, os advogados da empresa em matéria de mercado de valores e até os notários cuja função era de comunicar determinadas irregularidades da empresa que tinham acesso graças à sua função. Agora os programas de cumprimento, de certo modo, criaram uma nova casta de *gatekeepers internos*: os *compliance officers* que em geral são pessoas que dentro da empresa são responsáveis pela prevenção de um determinado risco penal. Mas os *gatekeepers externos* não se confundem: são independentes e não atuam submetidos à administração da empresa, enquanto os *compliance officers* são delegados dos órgãos de gestão interna. Cf. NIETO MARTÍN, ADÁN. *Introducción*. In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, ps. 26-28. Sobre as origens de evolução da figura dos *gatekeepers*, veja em profundidade em: KRAAKMAN, REINIER H. *Gatekeepers – The anatomy of a third-party enforcement strategy*. In *Journal of Law, economics and Organization*. 1986, n.1, vol. 2, ps. 53-104. COFEE, JR JOHN C. *The acquiescent gatekeepers: reputational intermediaries, auditor Independence and the governance of accounting*. In *Columbia Law School, The Center of Law and economic Studies. Working Paper* n. 191, 2001., ps. 1-60

denunciantes cívicos (*whistleblowers*^{76/77}) a respeito de condutas ilícitas; (vii) criação de mecanismos de comunicação e colaboração com as autoridades de supervisão.⁷⁸

No que se refere ao *funcionamento*, importante identificar algumas atribuições imprescindíveis que devem ser almejadas pelos programas de cumprimento e sem as quais provavelmente se perderá em *eficácia* ou *relevância* para o contexto da responsabilização criminal. Algumas *funções* (se atingidas de forma idôneas) estão comumente associadas à *prática eficaz* dos programas de *compliance* depois da sua implantação e durante o seu funcionamento em caráter *ex ante* do delito.

O *funcionamento* dos programas de *compliance* devem perseguir: (i) acompanhamento e verificação do cumprimento das leis, normas e regulamentos; (ii) acompanhamento e verificação de observância dos princípios éticos e de normas de conduta; (iii) verificação da correta implementação e permanente atualização das normas e regulamentos; (iv) análise dos procedimentos e controlos internos existentes e constante melhoria dos mesmos; (v) verificação da implementação e funcionalidade do sistema de informações interno; (vi) verificação da existência e efetividade dos planos de contingência e realização de testes periódicos aos mesmos. (vii) verificação se existe corretamente implementado um sistema de segregação de funções nas atividades da empresa (separação de funções potencialmente conflitantes, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controlo e contabilização das operações), a fim de se evitar o conflito de interesses e sobreposição de responsabilidades; (viii) prevenção de branqueamento e corrupção; (ix) proceder à elaboração de relatórios periódicos sobre o sistema de controlos interno, tendo por base as informações previamente obtidas junto dos vários departamento da empresa; (x) lidar com órgãos reguladores e fiscalizadores, garanti que a informação pedida por estas entidades seja prontamente prestada e que a informação apresentada seja objetiva e fidedigna; (xi) lidar com auditores internos e externos; (xiii) assegurar que quaisquer reservas manifestadas pelos auditores, que se traduzam em potencial desconformidade com leis ou regulamentos, sejam prontamente corrigidas pelas áreas respectiva.⁷⁹

⁷⁶ Os *whistleblowers* ou *denunciantes cívicos* são aquelas pessoas que têm relação direta com a pessoa jurídica e, por isso, têm o conhecimento dos fatos que se passam dentro da organização em matéria de práticas ilícitas que colocam em perigo bens jurídicos. Muitas vezes, tais pessoas estão envolvidas nos crimes em causa e utilizam os canais de denúncias internos da empresa (as *hotlines*) para comunicar os acontecimentos dos fatos criminosos à alta administração ou ao *compliance officer* (quando não o fazem diretamente às autoridades públicas). Cf. BRITO, TERESA QUINTELA. *Relevância dos mecanismos de compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes*. In *Anatomia do Crime*. Revista de Ciências Jurídicas-Criminais, 2014, n.0, p. 88.

⁷⁷ Em Portugal, a figura dos *whistleblowers* tem proteção e tratamento jurídico especial por meio da: (i) Lei n. 25/2008, de 5 de junho, pelos artigos 16, n. 2 e 20, ns. 1 e 2; (ii) Decreto-lei 15/93 (Lei de estupefacientes e substâncias psicotrópicas), de 22 de janeiro, pelo artigo 31; (iii) Lei 52/2003 (Lei de combate ao terrorismo), de 22 de agosto, pelos artigos 2, n. 5; 4, n; 6 e 5. Sobre o tema, confira de forma extensa em: MAVROMMATI, SANDY. *The dynamics of gatekeepers, corporate culture and whistleblowers*. In *The Corporate Governance Law Review*, 2005, n. 3, vol. 1, ps. 385-401. YAGÜE, RODRÍGUEZ. *La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales*. In *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo - eurodelitos de corrupción y fraude*. Colección Marino Barbero Santos, 2006.

⁷⁸ BRITO, TERESA QUINTELA. *Relevância dos mecanismos de compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes*. In *Anatomia do Crime*. Revista de Ciências Jurídicas-Criminais, 2014, n.0, p. 80.

⁷⁹ MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 132.

A finalidade precípua dos programas de *compliance* será a de reduzir, ao *mínimo razoável*, o risco de lesão de bens jurídicos. Deve-se encontrar um *ponto de equilíbrio* para que não paralise as atividades da empresa. Em geral, uma base sólida do *compliance* é aquela que está alicerçada nos seguintes *fundamentos* ou *princípios*, a saber: (i) *cultura do cumprimento*; (ii) *predefinição de objetivos empresariais*; (iii) *avaliação dos riscos*; (iv) *adoção de medidas necessárias para a contenção dos riscos*; (v) *delimitação dos âmbitos de competência*; (vi) *sistemas internos de comunicação*; (viii) *sistemas de supervisão e sanção*.⁸⁰

Importa, pois, saber como gerir os riscos penais de forma a torna-lo *residual* e *aceitável*, preservando a imagem reputação, a segurança jurídica e a sustentabilidade financeira da empresa. Numa perspectiva de *defesa empresarial* com uma vertente *preventiva*, pode-se enunciar desde logo os seguintes princípios: (i) *antecipação*: identificação atempada de riscos e vulnerabilidade a que a empresa está sujeita; (ii) *prevenção*: adoção de medidas para proteger a empresa dos riscos e vulnerabilidades detectados; (iii) *detecção*: adoção de mecanismos que permitam detectar possíveis indícios de ilícitos e violação de regras; (iv) *reação*: dotar a empresa de mecanismos que permitam uma reação eficaz no caso de serem detectados indícios de irregularidades.⁸¹

Por último, necessário tomar nota de duas *especificidades* sobre os programas de *compliance*: (i) dinamismo; e (ii) proatividade constante.

A primeira observação é a de que, por definição, o sistema de cumprimento é um *produto dinâmico*, constantemente inacabado e em contínua mutação. Tendencialmente, os testes a realizar servirão para revelar as suas imperfeições, as quais serão um fator impulsionador de novas e desejáveis alterações para que possa acompanhar da dinâmica das atividades da empresa e continuar a conter os riscos de incumprimento legal.

A segunda especificidade, que tem ligação com a primeira, é a de o programa de *compliance* requer da empresa um comportamento de *constante proatividade*. Não deve pactuar com o comodismo que pode sobrevir após a sua implantação ou com o passar do tempo. Deve-se evitar situações de *falsa tranquilidade* após a implantação do programa de cumprimento. A empresa por meio dos seus dirigentes e colaboradores não podem acomodar com o pensamento de que a adoção, por si só, do sistema de *compliance* será um fator garantidor da incorrência de ilícitos ou da eventual exclusão futura da responsabilidade penal da pessoa coletiva pela mera implantação do programa.⁸²

6. Conclusões

⁸⁰ COCA VILA, IVÓ. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013, ps. 55 e ss.

⁸¹ MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 125.

⁸² MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018, ps. 135.

Diante do exposto, viu-se que a *corporate governance* (também chamada de *governança* (ou governo) *das sociedades comerciais*) designa o *complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais e deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração, controlo e fiscalização das sociedades*. A governança das sociedades envolve problemas relativos à: (i) repartição de competências entre órgão deliberativo interno e órgãos de administração; (ii) organização, composição e funcionamento do órgão administrativo representativo; (iii) modos de designação e destituição dos administradores, remuneração, deveres e responsabilidades; (iv) meios de controle interno e externo das sociedades.

O *compliance* constitui precisamente um desses *instrumentos* de supervisão presentes na *corporate governance*. As origens do *compliance* combinam os programas de prevenção e a responsabilidade social das empresas. O sistema entorno do *compliance* remonta à ideia dos guias de boa governança corporativa que tinham como objetivo evitar o abuso de poder dentro das companhias e controlar os administradores por meio de mecanismos independentes.

O entendimento do real significado de *compliance* deve ser mais *amplo* e *dinâmico*. Trata-se, na verdade, de um *conceito relacional*⁸³ cujo o significado será descoberto e conotará algum sentido quando for identificado também o *objeto* com o qual o conceito *se relaciona*: quem está *em conformidade*, *está em conformidade com (...)*. O *compliance* estabelece uma *relação* entre um *estado de conformidade* e uma determinada *orientação de comportamento* para que possa se tornar lógico e compreensível.

Os programas de *compliance* figuram como a evolução dos tradicionais *códigos de conduta empresarial*, típicos do *Corporate Governance*. Tais sistemas surgiram em consequência da progressiva autonomia que as empresas foram adquirindo na sociedade e da necessidade de existência de autorregulação das suas atividades. São mecanismos de *autorregulação da atividade empresarial* através dos quais as empresas *exteriorizam* a intenção do cumprimento do Direito por meio da elaboração de um conjunto de medida tendentes a assegurar o cumprimento da legislação por parte dos seus colaboradores, desde o nível mais alto da gestão e estratégia até o nível operacional.

7. Referências

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2010.
- ANTUNES, MARIA JOÃO. *Privatização das investigações e compliance criminal*. In Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2018, ano 28, ps. 119-127.
- BIDASOLO, MIRENTXU CORCOY. *Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la corrupción privada. Limites y eficacia de los compliance*. In *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Editorial B de F, 2014.

⁸³ ROTSCHE, THOMAS. *Grundlagen*. In AAVV. *Criminal Compliance Handbuch*. Nomos, 2015, p. 35.

- BLAKE K ROHRBACHER, DANIEL ALAN DREISBACH, GREGORY V VARALLO. *Fundamentals of Corporate Governance: A Guide for Directors and Corporate Counsel*. ABA Book Publishing, 1996.
- BONACCORSI, MATHEUS FERNANDINO. *Governança Jurídica nas empresas familiares*. Del Rey, 2016.
- BRAITHWAITE, JOHN. *Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control*. In *Michigan Law*, 1982, vol. 80, p. 1466.
- BRITO, TERESA QUINTELA. *Relevância dos mecanismos de compliance na responsabilização penal das pessoas coletivas e dos seus dirigentes*. In *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídicas-Criminais*, 2014, n.0, p. 83.
- BUSATO, PAULO CÉSAR. *O que não se diz sobre o criminal compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- CIOFFI, JOHN W. *State of the Art: A Review Essay on Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research*, em *American Journal of Comparative Law*, 2000, vol. 48, no. 3 pp. 507-508.
- COSTA, JOSÉ NEVES DA. *Responsabilidade penal das instituições de crédito e do Chief Compliance Officer no crime de branqueamento*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- COCA VILA, IVÓ. *Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013.
- COFEE, JR JOHN C. *The aquiescent gatekeepers: reputational intermediaries, auditor Independence and the governance of accounting*. In *Columbia Law School, The Center of Law and economic Studies. Working Paper n. 191, 2001.*, ps. 1-60
- FORIGO, CAMILA RODRIGUES. *O Criminal Compliance e a Autorregulação Regulada: privatização no controle à criminalidade econômica*, in AAVV. *Direito Penal Econômico Administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Thoth, 2017.
- GABRICH, FREDERICO DE ANDRADE. *O Princípio da Informação*. Universidade FUMEC - FCH, 2010.
- HEFF, KELVIN B. *The role of corporate compliance programas in determining corporate criminal liability: as suggested approach*. In *Comlumbia Law Review*, 1996, n. 96, ps. 1267 e ss.
- KLAUS, J. HOPT. *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation*. *Law Working Paper n. 170/2011*, em *ECGI - Working Paper Series in Law*, 2011, p. 7.
- KLAUS, J. HOPT. *Comparative Company Law 2018*. *Working Paper nº 460/2019*, em *ECGI Working Paper Series in Law*, 2019, pp. 3; 19-20.
- KUDKICH, HANS. *Compliance mediante la punibilidad de personas jurídicas?* In AAVV. *Compliance y teoria del derecho penal*. Marcial Pons, 2013.
- KUHLEN, LOTHAR. *Compliance e Derecho Penal em Alemania*. In AAVV. *Responsabilidade de la empresa y compliance*. Edisofer-B de F. 2014.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTÔNIO. *Los programas de cumplimiento como programas de prudência penal*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, p. 96.
- LAUFER, WILLIAM S. *A very special regulatory milestone*. In *University of Pennsylvania J. Bussiness Law*, 2018, n. 391, ps. 408-409.
- LEÓN BERINI, ARTURO GONZÁLEZ DE. *El criminal compliance em la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act*. In AAVV. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros, 2013.
- KRAAKMAN, REINIER H. *Gatekeepers – The anatomy of a third-party enforcement strategy*. In *Journal of Law, economics and Organization*. 1986, n.1, vol. 2, ps. 53-104.
- MARQUES JÚNIOR, FELIPA. MEDEIROS, JOÃO. *A elaboração de programas de compliance*. In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*. Almedina, 2018.
- MAVROMMATI, SANDY. *The dynamics of gatekeepers, corporate culture anda whistleblowers*. In *The Corporate Governance Law Review*, 2005, n. 3, vol. 1, ps. 385-401.
- MELVIN ARON EISENBERG. *An Overview of the Principles of Corporate Governance*. *The Business Lawyer*, 1993, vol. 48, pp. 1271-1296.

- NIETO MARTÍN, ADÁN. *Introducción. In AAVV. El derecho penal económico en la era compliance.* Tirant lo Blanch, 2013.
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In Temas de Derecho Penal Económico: empresa y compliance. Anuario de Derecho Penal 2013-2014.*
- NIETO MARTÍN, ADÁN. *La corrupción em el comercio internacional (e de como la americanización del derecho penal puede tener de vez em cuando algún efecto positivo).* In *Revista Penal*, 2003, n.12, ps. 3-26.
- PAIS, ANA. *Os programas de compliance e o risco de privatização do processo penal. Em especial a problemática da prova emprestada e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade.* In *Boletim da Faculdade de Direito UC*, 2017, vol. II, ps. 663-686.
- RODRIGUES, ANABELA MIRANDA. *Compliance programs and corporate criminal compliance.* In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2018, n. 148, ano 26, p. 21.
- ROTSCH, THOMAS. *Criminal Compliance.* In *Revista para El Analisis Del Derecho - InDret*, 2012, n. 1, p. 2.
- ROTSCH, THOMAS. *Grundlagen.* In AAVV. *Criminal Compliance Handbuch.* Nomos, 2015.
- SAAVEDRA, GIOVANI AGOSTINI. *Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual.* In *Revista DUC In Altum Cadernos de Direito*, 2016, n. 15, vol. 8, p. 246.
- SÁNCHEZ RIOS, RODRIGO. ANTONIETTO, CAIO. *Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial.* In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2015, n. 114, vol. 23, p. 357.
- SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance em el derecho penal de la empresa. Una nueva Concepción para controlar a la criminalidade económica.* (trad. Abanto Vázquez). In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance.* Tirant lo Branch, 2013.
- SILVA, GERMANO MARQUES. *Questões processuais da responsabilidade penal das pessoas coletivas.* In AAVV. *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal.* Almedina, 2018.
- SOMMER, A.A. JR. *Reviewed Work: Fundamentals of Corporate Governance: A Guide for Directors and Corporate Counsel.* *The Business Lawyer*, 1997, vol. 52, n. 2, pp. 729-732.
- SOUZA, ARTUR GUEIROS DE. *Programas de compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais.* In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2015, ns. 1 a 4, ano 25, ps.129-130.
- SOUSA, SUZANA AIRES DE. *Questões fundamentais de direito penal da empresa.* Almedina, 2019.
- TIEDEMAN, KLAUS. *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico.* In AAVV. *El derecho penal económico en la era compliance.* Tirant lo Branch, 2013.
- VILLEGAS GARCIA, MARIA ÁNGELES. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos.* Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- YAGÜE, RODRÍGUEZ. *La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales.* In *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo - eurodelitos de corrupción y fraude.* Colección Marino Barbero Santos, 2006.