

A AUTORREGULAÇÃO CORPORATIVA E A EXPANSÃO DA PERSECUÇÃO PENAL ECONÔMICA NO ÂMBITO EMPRESARIAL

CORPORATE SELF-REGULATION AND THE EXPANSION OF ECONOMIC CRIMINAL PROSECUTION IN THE CORPORATE SPHERE

Raphael Diniz Franco¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O artigo analisa os efeitos produzidos na governança e gestão do risco das companhias em razão da expansão do Direito Penal sobre as atividades empresariais, alterando a forma como as corporações estruturam sua organização, na medida em que passaram a assumir funções de prevenção, vigilância e remediação que eram de titularidade estatal. A partir do exame desta tendência internacional, que veio a ser aderida pela legislação brasileira, o trabalho perscruta os motivos, impactos e dificuldades desta privatização da gestão dos riscos de ilícitos corporativos, bem como os resultados produzidos pelo fenômeno da autorregulação empresarial.

Palavras-chave: Autorregulação empresarial; Direito Penal empresarial; governança corporativa; controles internos.

Abstract: The article analyzes the effects on corporate governance and risk management of the expansion of criminal law into business activities, changing the way corporations structure their organization insofar as they take on prevention, surveillance and remediation functions that were previously the responsibility of the state. Based on an examination of this international trend, which has been adopted by Brazilian legislation, the paper examines the reasons, impacts and difficulties of this privatization of the management of corporate crime risks, as well as the results produced by the phenomenon of corporate self-regulation.

Keywords: Corporate self-regulation; Corporate Criminal Law; Corporate governance; Internal controls.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto o exame da relação de causa-efeito entre o crescimento da persecução criminal financeira e a autorregulação corporativa, em fenômeno que alterou substancialmente a forma como as corporações gerem os riscos de suas atividades.

¹ Advogado. Mestre em Direito. *LL.M* em Compliance e Direito. Contato: raphaeldinizfranco@gmail.com.

Será possível observar que o cenário jurídico delineado na última década no Brasil tem suas origens no Direito Comparado, especialmente nos Estados Unidos da América, de modo que a análise do tema em sua completude demandará uma visão global sobre a reestruturação corporativa gerada pela crescente criminalização das atividades concebidas no âmbito empresarial, internacionalmente.

Com efeito, as mudanças na governança e gestão empresarial decorrem, sobretudo, de uma estrutural modificação no combate à criminalidade econômica, antes exclusivamente delegada aos agentes públicos encarregados pela persecução criminal, os quais se depararam com gravíssimas dificuldades em identificar e punir os autores de delitos praticados no setor corporativo, “especialmente em razão dos óbices encontrados na identificação de autoria individual nessa seara marcada por inegável complexidade e dispersão de responsabilidades” (JANUÁRIO, 2019, p. 219).

Como remédio à ineficácia estatal no combate à criminalidade empresarial, o poder público passou a estender aos agentes particulares as obrigações de vigilância e administração dos riscos de ilícitos penais em suas atividades, sancionando-os em caso de negligência ou descumprimento. Esta modificação decorre, na visão de Foucault (1987, p. 162), da mudança do modelo de sociedade disciplinar, em que o Estado assumiu o protagonismo no controle social, para o que Deleuze (1992, p. 209) cunhou como sociedade de “controle”, gerida pelo sistema de vigilância imposta a todos os cidadãos. Esta, por sua vez, concretiza a difusão do poder antes concentrada nos órgãos estatais, pela qual as instituições privadas incorporam normas e as autoexecutam, em um sistema de autorregulação vigiada.

Neste contexto, em que o Estado reconhece sua incapacidade de regular a atividade empresarial diante do desenvolvimento gerado pela globalização de suas atividades, passa-se a transferir a função regulatória aos entes privados, a qual, contudo, permanece sob vigilância e titularidade estatais (COCA VILA, 2013, p. 51). Como resultado dessa transferência de obrigações que eram de titularidade exclusiva do Estado, em espécie de privatização da função policial, denominada por Rigakos (2002, p. 14) como função de “parapoliciamento”, as empresas se viram na contingência de autorregular a gestão de riscos de suas atividades, de forma preventiva e proativa, e não apenas após a suspeita da ocorrência de algum ilícito corporativo.

2. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SOBRE AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

Não é difícil perceber, nas últimas décadas, a especial atenção dedicada ao combate às ilicitudes de natureza criminal no âmbito empresarial, com a conseqüente lembrança de diversas fraudes que impactaram as atividades de corporações que gozavam de alta credibilidade no mercado.

Destaca-se, de antemão, a característica global deste fenômeno, advindo da percepção de que, em um mundo sem barreiras, não é suficiente o combate a delitos econômicos no plano nacional, já que a globalização intensificou as relações comerciais entre companhias internacionais (ZACLIS, 2023, p. 26).

Em análise dos motivos e fundamentos da expansão do Direito Penal na Pós-Modernidade, Malan atrela tal fato a “variados fatores sociais, notadamente a globalização econômica; integração supranacional em blocos econômicos; revolução tecnológica, etc. Uma das principais conseqüências dessa expansão é o fenômeno da administrativização do Direito Penal Econômico”.

Segundo Shecaira (1998, p. 47), o cenário do crime empresarial passou a contar com novas estratégias preventivas em franca linha cooperativa entre entes privados e o Poder Público, havendo alteração no controle social das atividades empresariais socialmente danosas decorrentes, dentre outros fatores, de uma reconfiguração nas relações entre Estado, sociedade e empresas e dos fenômenos delas intervenientes que geraram uma forte tendência padronizadora decorrente da globalização econômica.

Em sua raiz, Nieto Martín relembra que a origem da implementação de controles internos nas empresas remete à década de 30, ocasião em que a *Securities and Exchange Commission* passou a exigir tais obrigações das companhias, com fito de evitar o abuso de informações privilegiadas, mas que, na realidade, tais medidas de controle ganharam impulso com a divulgação de escândalos na *Wall Street* nos anos 80, bem assim nos casos *Enron* e *WorldCom* na virada deste século, em cenário que revelou a ineficiência estatal na prevenção, investigação e punição aos autores de crimes empresariais (JANUÁRIO, 2019, p. 220):

A partir desses óbices, passa-se a discutir a possibilidade de delegação, por parte do Estado, de algumas de suas funções para o próprio ente privado, visando uma maior eficácia do controle da criminalidade empresarial. Conforme explica Ivo Coca Vila, a chamada ‘autorregulação regulada’ poderia ser definida como a incorporação do particular na atividade regulatória, de maneira subordinada, porém, aos fins e

interesses estatais. Assim, o poder público não abandonaria por completo a regulação e fiscalização das empresas, mas sim, com elas interagiria, definindo as condições para sua realização (JANUÁRIO, 2019, p. 220).

Diante de tal mudança no eixo estrutural de prevenção e combate à criminalidade empresarial, desenvolveram-se novas ferramentas de autorregulação e autofiscalização na governança corporativa, tendo como objetivos imediatos a promoção de uma cultura empresarial de cumprimento normativo, o resguardo da ética nas atividades negociais e a prevenção, investigação e repressão de práticas contrárias às leis, regulamentos ou códigos internos de conduta (JANUÁRIO, 2019, p. 221); “de maneira mediata, busca-se a manutenção e perpetuação do nome empresarial e a continuidade dos negócios, assim como a proteção da corporação de eventual responsabilização administrativa, cível ou criminal” (JANUÁRIO, 2018, p. 55).

Neste cenário, merece destaque a padronização de diretivas de órgãos intergovernamentais para o combate à criminalidade econômica, representando verdadeiras cláusulas de adesão para Estados que desejam manter alguma relação comercial com aqueles mais interessados na imposição de tais medidas (ZACLIS, 2023, p. 26).

Além de tais mudanças, houve uma significativa alteração dos modelos dogmáticos do Direito Penal para se atender à necessidade de reprimir a criminalidade empresarial, já que os modelos tradicionais foram construídos para solucionar condutas de natureza violenta, facilmente identificáveis como crimes por qualquer leigo, enquanto as atividades empresariais se desenvolvem em ambientes, em regra, cada vez mais regulados, impossibilitando o leigo de conhecer todas as normas que regem a atividade da companhia (ZACLIS 2023, p. 28).

Como observam Balcarce e Berruezo (2016, p. 16), “el derecho penal clásico no se adecua y resulta insuficiente para dar respuesta a la comisión u omisión de injustos penales en la sociedad moderna [...] Es por ello que el Derecho penal debe ser reestructurado para poder ofrecer una explicación a los injustos penales cometidos por personas jurídicas en el tráfico jurídico de la sociedad moderna”.

Uma nova característica da persecução penal voltada às atividades empresariais é a visível aproximação do Direito Penal com o Direito Administrativo, especialmente nos ambientes de atividades reguladas, parecendo “cada vez mais nebulosos os limites entre as duas áreas, sendo certo que, muitas vezes, o mero ilícito administrativo já se encontra normatizado como crime” (ZACLIS, 2023, p. 28).

Neste panorama, as atividades empresariais se desenvolvem em ambiente densamente regulado, com profusão de normas administrativas que muitas vezes integram o próprio tipo penal, como nos casos de diversos delitos contra o meio ambiente e contra o sistema financeiro nacional, por exemplo.

Tal política criminal é alvo de críticas doutrinárias por uma dita “menor preocupação com as bases principiológicas e dogmáticas da tipificação penal, dando lugar a normas que visam apenas encontrar soluções imediatas para a contenção de condutas indesejadas em meio a atividades empresariais”, resultando em sistema em que “a reprimenda criminal, como consequência do injusto, não se revela mais como ponto central dessa nova política, aparecendo a ideia de diminuição de riscos como um novo ideário a ser perseguido. As empresas – e seus representantes – se tornam o alvo primordial desse novo paradigma criminal” (ZACLIS, 2023, p. 31).

Nesse cenário de expansão da incidência do Direito Penal sobre as atividades empresariais, houve abrupta mudança de paradigma entre o modelo tradicional de investigação estatal, já que a materialidade dos crimes perpetrados no âmbito corporativo demanda a análise de diversos ramos e legislações do Direito, tornando complexa a apuração de tais delitos.

3. A ADEÇÃO BRASILEIRA

O cenário legal delineado no item anterior, de cunho internacional, foi reproduzido no Brasil, sobretudo nas décadas de 80 e 90, em razão das reiteradas crises econômicas no país, que promoveram a promulgação de legislações de natureza penal voltadas a combater os crimes financeiros (LOBO DA COSTA, 2013, p. 26), como a Lei contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/86), Lei de Crimes contra a Ordem Tributária (8.170/90), Lei de Crimes contra o Meio Ambiente (9.605/98) e Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98).

Os diplomas legais acima citados têm como característica comum seu impacto direto nas atividades desenvolvidas por muitas empresas, e acabaram impondo aos particulares uma série de obrigações de vigilância e registro de suas atividades, com fins de prevenir a ocorrência dos delitos reprimidos pelas leis citadas.

No que tange à modificação do Estado para detectar e punir tais infrações penais, foi visível a necessidade de se especializar Delegacias, setores da Promotoria e Varas Criminais em determinados tipos de delito, sendo possível observar, em todas unidades federativas do Brasil, a criação de grupos de atuação especializados em lavagem de capitais, infrações contra

o meio ambiente, contra o sistema financeiro nacional, cujos integrantes seriam qualificados para atuar em tais segmentos do Direito Penal, em razão das suas especificidades (ZACLIS, 2023, p. 41).

Isso porque, para combater a criminalidade empresarial, os agentes estatais se viram na contingência de investigar companhias que transacionam milhares de reais diariamente, em operações que envolvem distintas jurisdições, de forma quase imediata, em razão dos avanços tecnológicos que propiciaram uma difusão e descentralização do sistema financeiro internacional.

Essa especial e desenfreada atenção do Direito Penal ao ramo empresarial também gerou significativas mudanças em questões probatórias no processo penal, nas quais a prova testemunhal acabou perdendo força probante face às provas técnico-periciais, diante da natureza da delinquência econômica, já que “tal meio probatório permite a ‘decodificação’ ou ‘tradução’ de determinada operação mercantil, financeira, fiscal, etc. – em regra de alta complexidade e, portanto, incompreensível para o operador jurídico – pelo perito para o Juiz e as partes processuais” (MALAN, 2016, p. 219).

Observa-se, assim, uma maior dependência dos advogados, promotores e magistrados em relação ao conhecimento de terceiros especializados na matéria *sub judice*, de modo que “as perícias contábeis, financeiras e de informática acabam por assumir *status* de ‘rainha das provas’ em crimes econômicos, pois acabam por ser voz uníssona na tradução de temas complexos no âmbito da persecução penal” (ZACLIS, 2023, p. 42).

Dessa forma, é possível apontar uma maior interdependência do Direito Penal com as provas técnicas e com as normas administrativas incidentes sobre as atividades da empresa, gerando muitas vezes a percepção de que “frequentemente o juiz criminal limita-se a consignar as conclusões – até por ausência de conhecimento específico da matéria – emitidas na seara administrativa. É dizer: desloca-se para o processo penal a legitimidade e veracidade das decisões administrativas”, instrumentalizando-se o processo penal como “mera extensão de órgãos administrativos, destituído de qualquer instrução contraditória efetiva sobre os fatos processados” (ZACLIS, 2023, p. 45).

Critica-se, neste sentido, a transformação do Direito Penal em instrumento de coação do particular para sancioná-lo em razão do não atendimento a normas administrativas, como ocorre nos casos de crimes contra a ordem tributária e nos delitos contra o meio ambiente, demonstrando-se uma incidência cada vez maior do Direito Penal sobre temas que antes

competiam exclusivamente a outros ramos do Direito, fazendo com que Sanchez Ríos (2003, p. 144) constatasse “o uso político do direito criminal como instrumento de política interna, no qual a norma de *ultima ratio* do ordenamento jurídico passa ser a *prima ratio* das soluções de questões sociais”.

Essa natural dificuldade de se perquirir e investigar fatos praticados no âmbito de atividades empresariais altamente complexas, em organizações com administração descentralizada, fez com que o Estado lançasse mão de meios de investigação invasivos para combater tais tipos de delitos, sendo comum o deferimento judicial de medidas de busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, fiscal ou telemático, além das interceptações telefônicas ou ambientais, e, sobretudo na última década, na larga utilização de colaborações premiadas em investigações corporativas.

Tal ambiente resultou em um permanente estado de assédio no âmbito corporativo (MALAN, 2016, p. 220), capaz de paralisar as atividades empresariais em razão da suspeita de ocorrência de um ilícito penal, trazendo um significativo impacto financeiro e reputacional à companhia, independentemente do resultado final da apuração ou do processo judicial.

Isso porque, diferentemente do tempo de uma investigação ou ação penal, as atividades corporativas demandam ações e respostas em tempo breve, de modo que a mera existência de uma investigação ou processo já tem o condão de representar uma punição à corporação, que se vê na contingência de solucionar o caso com a maior brevidade possível, tornando tentadores os acordos propostos pelos órgãos de persecução públicos, como destacado por Zaclis:

É possível afirmar, em linhas gerais, que o modelo de persecução penal de crimes econômicos no Brasil não torna a condenação de indivíduos por práticas delituosas a sua primeira prioridade. Em verdade, esse modelo, que aposta em medidas investigativas extremamente invasivas (destituídas de contraditório) como um amplo espaço para consenso entre as partes e um déficit teórico em relação à estrutura de delitos societários, acaba por funcionar como instrumento acessório de coação para resolução de demandas não solucionadas em outras áreas do Direito” (ZACLIS, 2023, p. 46).

4. A AUTORREGULAÇÃO EMPRESARIAL

Constatados acima os fundamentos e formas como o Direito Penal se expandiu sobre as atividades empresariais no cenário internacional, em modelo que veio a ser replicado no Brasil com maior ênfase desde os anos 80, chega-se às medidas de gestão e governança adotadas pelas empresas para se adaptar a esse novo e desafiador cenário.

Isso pois, como visto, as dificuldades na prevenção, investigação e punição dos autores de infrações penais no ramo corporativo revelaram a incapacidade de o Estado ser eficiente na repressão a tal tipo de criminalidade, em razão dos elevados custos e dos óbices para se identificar a autoria do delito em meio a complexas e descentralizadas administrações de pessoas jurídicas, cujas tomadas de decisões e respectivas execuções muitas vezes envolvem profissionais e departamentos de diferentes jurisdições e sistemas jurídicos.

Como remédio a tal problema, o Estado, gradativamente, passou a delegar às empresas deveres de fiscalização e prevenção dos riscos de suas atividades, exigindo uma cooperação proativa e preventiva das companhias, que passaram a desenvolver ferramentas de controles internos de suas atividades. Como aponta Saad-Diniz (2014, p.113), “os novos mecanismos de prevenção, orientados em maior ou menor medida pela ‘cultura de *compliance*’, vêm silenciosamente decretando a perda de funções do Estado no enfrentamento dos delitos econômicos, cedendo espaço a um movimento global de ‘autoconstitucionalização’ promovido pelos códigos de conduta corporativos”.

Nota-se, portanto, uma relação de causa-efeito entre a falência do Estado perquirir, com a desejada eficiência, os delitos societários e a crescente transferência de responsabilidades de fiscalização do setor público ao privado, inclusive para fins de prevenção à criminalidade, como visto.

Nesse cenário, o Estado estabelece normas gerais para que as empresas implementem a autorregulação de suas atividades dentro de tais parâmetros legais, e cria normas para sancioná-las em caso de não cooperação. Segundo Zaclis (2023, p. 48),

O controle das condutas desejáveis e a repressão das indesejáveis passam a ficar, em parte, a cargo da companhia, para se ter um impacto positivo em relação ao mercado e às próprias autoridades públicas. Não haveria, assim, uma autonomia regulatória completa da empresa, mas apenas atribuição parcial de certas responsabilidades por parte do Estado.

Sobre o tema, Coca Vila (2013, p. 45) atribui o enfraquecimento do Estado no controle da persecução criminal à globalização, notadamente à complexidade social e acelerado desenvolvimento tecnológico, os quais tornaram o combate à criminalidade mais árduo e sofisticado, de modo que os esforços passaram a centrar-se em mecanismos de prevenção, em atenção à diversas diretrizes internacionais que recomendam a implementação de medidas de cooperação de viés preventivo (RUIVO, 2011, p. 23)

Dessa forma, o novo enfoque preventivo deságua no surgimento do *criminal compliance*, pelo qual o Estado transfere às empresas suas obrigações de vigilância, impondo uma série de medidas destinadas à identificação de fatos criminosos, notadamente aos setores tidos como mais sensíveis, como instituições financeiras, casas de câmbio e corretoras de imóveis, que passaram a ser consideradas *gatekeepers*.

Entendeu-se que determinadas atividades econômicas colocam os sujeitos em posição privilegiada, na medida em que têm acesso facilitado aos caminhos e trilhas pelos quais corre o capital oriundo da infração penal, de modo que o Estado lhes impõe não só a obrigação de não concorrer com a prática de ilícitos, mas também o dever de auxiliá-lo nas atividades de vigilância, informando-o de quaisquer atos praticados sob sua égide que tenham aparência de lavagem de dinheiro (BADARÓ; BOTTINI, 2019, p. 37).

Nesse passo, “deve estar a empresa dotada de procedimentos que viabilizem uma investigação para a apuração dos fatos e de sua autoria, bem como deve haver a expressa previsão de sanções, as quais, conforme explicam Schäter e Paetzel, exercem elas próprias uma importante função dissuasiva e preventiva” (JANUÁRIO, 2019, p. 221). Maria João Antunes (2018, p.119) esclarece que “as pessoas coletivas se aliam à administração estadual da justiça penal, já que não negligenciam os benefícios decorrentes de tal aliança”.

Trata-se, pois, de cenário extremamente desafiador às corporações, que de sujeitas passivas das obrigações legais, passaram a assumir responsabilidades de vigilância e fiscalização tipicamente estatais, a despeito de terem limitações legais para exercerem funções públicas, o que despertou debates sobre os óbices jurídicos para condução de entrevistas com seus funcionários e para o monitoramento de suas informações pessoais, por exemplo (ZACLIS, 2023, p. 48). Neste sentido,

en la actualidad, el deber de impedir la elevación del riesgo por encima de lo tolerado o la expansión de los peligros permitidos puede ser, también, transferida al sector privado, en la dirección de requerirles satisfacer, dentro de ciertos cartabones regulatório o deonticos, al instante de desarrollar comportamientos peligrosos o que podrían generar o aumentar un riesgo (BALCARCE; BERRUEZO, 2016, p. 143).

Para estimular as companhias a adotarem políticas preventivas voltadas a assegurar o atendimento às normas legais e minimizarem os riscos de ilícitos em suas atividades, o Estado passou a criar incentivos legais positivos e negativos para as empresas adotarem mecanismos efetivos a tais fins.

Isso porque a adoção de tais políticas para autorregulação corporativa é custosa e demanda permanente monitoramento, além de periódica reavaliação, a fim de adaptar os mecanismos de controle interno aos novos riscos identificados nas atividades empresariais, as quais, não raro, se espalham por diferentes países e continentes, tornando mais complexa a sua análise.

Nesse passo, o Poder Legislativo brasileiro aprovou legislações impondo obrigações de autorregulação a entes privados, estabelecendo sanções pelo descumprimento ou benesses legais para o efetivo atendimento às diretrizes normativas, como se extrai claramente nos seguintes dispositivos da Lei Anticorrupção² e do Decreto que a regulamentou, em que são definidos os critérios para avaliação dos programas de integridade das empresas:

Art. 57. Para fins do disposto no inciso VIII do caput do art. 7º da Lei nº 12.846, de 2013, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa, bem como pela destinação de recursos adequados;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente do cargo ou da função exercida;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos e ações de comunicação periódicos sobre o programa de integridade;

V - gestão adequada de riscos, incluindo sua análise e reavaliação periódica, para a realização de adaptações necessárias ao programa de integridade e a alocação eficiente de recursos;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e a confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e pela fiscalização de seu cumprimento;

² Lei 12.846/13. Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciadores de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas, baseadas em risco, para:

a) contratação e, conforme o caso, supervisão de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários, despachantes, consultores, representantes comerciais e associados;

b) contratação e, conforme o caso, supervisão de pessoas expostas politicamente, bem como de seus familiares, estreitos colaboradores e pessoas jurídicas de que participem; e

c) realização e supervisão de patrocínios e doações;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; e

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, na detecção e no combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013.

Veja-se que a denominada Lei Anticorrupção foi editada no contexto acima exposto, em que a empresa passa a deixar de ser apenas um sujeito passivo de obrigações legais, na medida em que passar a ter deveres de monitoramento e prevenção de ilícitos para cooperar com o Estado, destacando-se que a lei ainda impôs a responsabilização objetiva civil e administrativa das pessoas jurídicas que praticam atos contra a administração pública nacional ou até mesmo estrangeira, revelando a amplitude do seu escopo.

Neste contexto, aflorou-se a conveniência (ou necessidade legal, a depender do cenário, como nos casos de contratação com determinados entes federativos) de as empresas implementarem programas efetivos de integridade em sua estrutura organizacional, os quais devem se adaptar ao tamanho, nicho de atuação e riscos dos negócios da corporação, sendo possível identificar alguns pontos em comum entre eles, como observa Januário (2019, p. 221), ao classificá-los em quatro categorias:

Atuam, assim, esses programas, em quatro frentes no âmbito empresarial, quais sejam: (I) frente regulatória, com o desenvolvimento das normas e padrões éticos e de conduta que nortearão o funcionamento da corporação, assim como a definição dos âmbitos de competência e dos procedimentos internos da mesma; a (II) frente preventiva, uma vez que o instituto em comento tem como uma das suas principais finalidades a prevenção de ocorrências prejudiciais à empresa, tais como responsabilizações criminais, cíveis, trabalhistas e administrativas; a (III) frente investigativa, assim considerada quando os programas de *compliance* se veem

obrigados a apurar fatos contrários às leis e normativas internas que cheguem ao seu conhecimento; e a (IV) frente repressiva e de melhoramento contínuo, que consiste nos procedimentos reativos destes mecanismos, que vão desde o sancionamento dos eventuais autores dos fatos supracitados e comunicação para com as autoridades, quando necessária, até a identificação de eventuais falhas no programa, a fim de que sejam evitadas novas ocorrências.

No campo do Direito Penal, a Lei de Lavagem de Dinheiro instituiu uma série de obrigações de vigilância, registro e comunicação aos setores tidos como mais sensíveis ao branqueamento de capitais³, como o dever de comunicação de operações suspeitas aos órgãos de controles.

Vê-se, pois, um contínuo aprimoramento do legislador aos novos riscos surgidos no mercado em relação à lavagem de capitais, ampliando, cada vez mais, os setores aos quais se impõe o dever de cuidado com fins de se prevenir o branqueamento de ativos.

Se, em um primeiro momento, o sistema antilavagem destinou-se, primordialmente, ao setor bancário, por sua natural vulnerabilidade à prática criminosa em questão, com o passar do tempo foram identificados novos nichos de atuação dos criminosos que buscam dar aparência lícita ao capital de origem criminosa, como o mercado de comércio de jóias, pedras e metais preciosos, o agenciamento de direitos de transferências de atletas e artistas, e, finalmente, em mudança legislativa ocorrida em 2022, as prestadoras de serviços de ativos virtuais.

Diante deste novo paradigma, as empresas passaram a criar padrões de conduta e instrumentos próprios de governança para padronizar o comportamento esperado de seus gestores, sócios, funcionários e colaboradores em todas as suas esferas de atuação, com finalidade primordialmente preventiva, já que os danos pós fato são significativamente mais custosos às companhias (SILVEIRA e SAAD-DINIZ, 2015, p. 119).

Em um primeiro momento, observou-se a implantação de programas de compliance para empresas que fossem envolvidas em fatos criminosos, buscando a criação de mecanismos para se cumprir o enorme influxo regulatório e legislativo que incide sobre determinadas atividades empresariais.

Em muitas das relevantes investigações no Brasil sobre ilícitos corporativos, como a Operação Lava Jato, Zelotes e Greenfield, a efetiva criação destes programas e seu

³ Vide art. 9º da Lei 9.613/98. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm

monitoramento foram condições impostas pelos órgãos públicos para celebração de acordos de leniência ou de colaboração premiada.

No entanto, as mudanças trazidas pela maior ênfase do Direito Penal sobre as corporações não cessaram na necessidade das grandes companhias desenvolvessem efetivos programas de compliance, com fito de garantir ou minimizar o desatendimento às normas legais vigentes.

Surgiu a necessidade de se alterar a gestão das companhias de forma mais ampla, instituindo-se uma política não somente para assegurar o cumprimento dos deveres legais da companhia, mas também a criação de mecanismos para garantir a padronização de condutas e valores a serem seguidos por todos que integrem a corporação, como destacado por Zaclis (2023, p. 52)

Passou-se a perceber – ainda que com certo atraso no Brasil – que o benefício da implementação de mecanismos internos para prevenir delitos vai muito além de apenas conferir reduções de penas ou isenções de responsabilidade em eventual processo criminal, sendo certo que a imagem passada à sociedade de uma companhia transparente e repressora de condutas antiéticas são, hoje, atributos esperados pelo mercado.

De fato, foi visível o impacto gerado nas corporações com a mudança de concepção de que não bastava se atender às normas legais vigentes, e sim instituir mecanismos eficazes para controle dos riscos internos, além de se estabelecer os comportamentos e valores esperados de seus funcionários e colaboradores.

Nesse aspecto, houve um aprimoramento de mecanismos eficazes para prevenção, monitoramento e repressão de ilícitos legais ou disciplinares no âmbito corporativo, evitando-se a conveniência de se criar estruturas meramente formais para se atender aos requisitos legais, caso a empresa seja envolvida em condutas irregulares, como explica Montiel (2013, p. 224), ao advertir que *“de hecho la experiencia ha demostrado que muchas veces el establecimiento de compliance programas sirve para dar una mera aparência de transparencia y para distraer la atención pública de los eventuales ilícitos cometidos en el marco empresarial”*.

Foi possível observar, neste contexto, o aprimoramento de mecanismos de controle nas pessoas jurídicas, com a instituição de manuais de conduta, compilando os comportamentos esperados e os não toleráveis em situações de maior risco, como no relacionamento com agentes públicos e órgãos fiscalizadores, por exemplo, a fim de balizar as condutas de seus gestores e colaboradores.

No âmbito de fiscalização e monitoramento, surgiu a figura do *compliance officer*, profissional responsável, primordialmente, por “gerir as regras internas de conduta, supervisionando as atividades dos demais colaboradores, bem como garantir o respeito aos procedimentos internos da empresa” (ZACLIS, 2023, p. 62).

Além disso, houve necessidade de se criar instrumentos seguros para estimular a denúncia de malfeitos por funcionários e colaboradores, com a implantação de canais de denúncia que assegurem o anonimato do denunciante, para evitar represálias, além de eventuais incentivos àqueles que relatarem a prática de condutas irregulares, também conhecidos como *whistleblowers*.

Outra alteração gerada pelos incentivos à autorregulação empresarial foi a estruturação de Comitês de Ética ou Disciplina, com integrantes internos e externos à pessoa jurídica, a fim de atuar de forma consultiva ou investigativa, assegurando-se sua independência para o adequado desempenho de suas funções de divulgação dos valores e condutas desejados, prevenção à ilícitos e repressão aos seus eventuais autores.

Ainda no campo da fiscalização corporativa, não se pode deixar de registrar a importância na realização de auditorias independentes, sejam elas externas ou internas, com escopo de detectar a regularidade do funcionamento dos diferentes setores envolvidos na atividade empresarial.

Por fim, no que tange à remediação da empresa às práticas ilícitas identificadas por seus gestores, funcionários e colaboradores, solidificou-se a importância das investigações internas corporativas, como etapa necessária à aplicação das sanções cabíveis aos envolvidos, bem assim para correção dos procedimentos de controles internos.

Trata-se, pois, do conjunto de mecanismos e ferramentas da empresa para apurar a natureza, extensão e autoria de condutas irregulares no âmbito corporativo, destinadas a confirmar a verossimilhança das suspeitas e a amparar eventuais medidas de remediação.

Destaque-se, neste ponto, o elevado grau de dificuldade que tais medidas trouxeram às empresas, já que “a ausência de uma legislação que forneça balizas à investigação interna deixa a cargo da autorregulação das empresas seu procedimento de acordo com o caso concreto” (BARRILARI; D’ANGELO, 2023, p. 7), de modo surgem diversos e relevantes pontos de dúvida sobre os limites da investigação corporativa, diante da possibilidade de usurpação dos poderes estatais investigativos e do exercício do direito de investigados, nos quais se destacam os seguintes temas:

Qual o prazo para o encerramento das investigações? Qual o prazo para apresentação de defesa? É possível produzir que tipos de provas? É possível tutelar o direito ao confronto entre investigado e o informante? Admite-se a investigação defensiva pelo denunciado? Qual o órgão na empresa responsável por decidir sobre os atos de investigação principalmente quando se tratar de caso em que o denunciado é detentor de cargo de direção e o informante seu subordinado? Qual o papel do advogado da empresa, caso por ele seja conduzida a investigação? (BARRILARI; D'ANGELO, 2023, p. 5/6)

Em que pesem os desafios citados, fato é que, como resposta às exigências legais e do próprio mercado, as empresas passaram a constituir comissões independentes para investigar malfeitos, ou a constituir investigadores externos, para assegurar a imparcialidade e lisura da apuração, de forma que as investigações corporativas passaram a ter reconhecida importância para se aperfeiçoar a administração da companhia.

Isso porque, além da importância das apurações corporativas à identificação dos autores e extensão dos ilícitos empresariais, elas se mostraram relevantes instrumentos para aprimoramento dos controles dos riscos internos, de modo que possui destacada relevância não somente na remediação, mas também para contínua melhora e adaptação aos novos riscos identificados nas investigações internas.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar os impactos na governança e na administração das companhias gerados pelo notório crescimento do Direito Penal sobre as atividades corporativas, causando uma mudança de concepção na gestão de seus riscos e na estrutura das organizações.

Com a expansão da legislação penal sobre setores altamente regulados, como a tutela penal no mercado de capitais e na proteção ao meio ambiente, por exemplo, aguçou-se a percepção da incapacidade de o Estado perquirir e punir os autores de ilícitos, de modo que suas funções típicas de vigilância passaram a ser gradativamente transferidas aos particulares, e sancionadas em caso de não atendimento.

Neste cenário, observa-se uma privatização penal de funções que eram de exclusiva titularidade estatal, tornando as empresas não somente cumpridoras das obrigações legais e regulatórias dos setores em que atuam, mas também destinatárias de deveres de vigilância e reporte de ilicitudes aos órgãos de controle. Assim, a necessidade de se estabelecer uma cultura de proatividade na prevenção a ilícitos corporativos alterou a estrutura na gestão de risco e nos controles internos das companhias, que passaram a estabelecer mecanismos para assegurar a

eficácia de seus controles internos, alterando-se a forma como conduzem seus negócios, na medida em que deixaram de ser meros cumpridores dos deveres legais para propulsionar os valores éticos e morais esperados de todos que integrem ou se relacionem com a organização.

Nesse intuito, observou-se uma crescente demanda para que as companhias autorregulassem suas ferramentas de prevenção, monitoramento e remediação a ilícitos corporativos de toda natureza, com a valorização de profissionais que exerçam a função de *compliance officer*, auditorias periódicas independentes, comitês de ética e disciplina, estruturação dos canais de denúncia, com proteção ao anonimato, bem assim o aprimoramento das investigações internas corporativas, em medidas que impactaram diretamente a governança e gestão dos riscos das atividades empresariais.

6. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 4 mar. 1998.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2 ago. 2013.

ANTUNES, Maria João. Privatização das investigações internas e compliance criminal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 28, n. 1, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo. Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

BALCARCE, Fabián; BERRUEZO, Rafael. Criminal Compliance y personas jurídicas. Montevideú, IBdeF, 2016.

BARRILARI, Claudia Cristina; D'ANGELO, Andréa Cristina. As investigações internas no âmbito empresarial e os programas de *compliance*: alguns desafios processuais. Boletim IBCCRIM, Ano 31, nº 369, São Paulo, agosto de 2023.

COCA VILA, Ivó. La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (Dir.); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord.). Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas. Barcelona, Atelier, 2013.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Rio de Janeiro, Ed. 34, 1992.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis, Vozes, 1987.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Criminal compliance e corrupção no fenômeno desportivo: particularidades e reflexos na responsabilidade penal em face da Lei 50/2007, de 31 de agosto de 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. O ônus da prova da existência e eficácia dos programas de compliance no âmbito do processo penal das pessoas jurídicas: um estudo com base no ordenamento jurídico espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 160, 2019.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: *ne bis in idem* como medida política sancionadora integrada. Tese de livre-docência. Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

MALAN, Diogo. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizadas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 2, n. 1, 2016.

MARTÍN, Adán Nieto. Investigações Internas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. (Coords.). Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas. 2ª ed. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019.

MONTIEL, Juan Pablo. Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales. *In*: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Íñigo (Orgs.). Compliance y teoría del derecho penal. Madrid, Marcial Pons, 2013.

RIGAKOS, George. The new parapolice: risk markets and commodified social control. Toronto, Toronto University Press, 2002.

RUIVO, Marcelo Almeida. Criminalidade Financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. A criminalidade empresarial e a cultura do compliance. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, ano 2, v. 2, dez. 2014.

SANCHEZ RÍOS, Rodrigo. Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

SILVEIRA, Renato de Mello; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo, Saraiva, 2015.

ZACLIS, Daniel. Investigação interna corporativa: reflexos no Processo Penal. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2023.