



FACULDADE NACIONAL DE DIREITO



UFRJ

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**COMPLIANCE COMO MEIO DE PREVENÇÃO DE ILÍCITOS NA
RELAÇÃO PÚBLICO PRIVADA**

JEAN LOUZADA

Rio de Janeiro
2018/2º semestre



JEAN LOUZADA

**COMPLIANCE COMO MEIO DE PREVENÇÃO DE ILÍCITOS NA RELAÇÃO
PÚBLICO PRIVADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de concentração de Direito Penal, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Rio de Janeiro
2018/2º semestre

JEAN LOUZADA

**COMPLIANCE COMO MEIO DE PREVENÇÃO DE ILÍCITOS NA RELAÇÃO
PÚBLICO PRIVADA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na área de concentração de Direito Penal, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Data da Aprovação: ___/___/___.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/2º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo dar uma visão geral sobre como a instituição de mecanismos de Compliance em sociedades empresárias pode ser eficaz para coibir a prática de ilícitos, notadamente àqueles advindos de omissões ou de um não agir, como é o caso dos que se perfazem nos crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção. A contribuição do direito para o fortalecimento e, por que não, da própria existência do Compliance, é inequívoca. O principal objetivo deste trabalho é, portanto, dissecar como se dá essa contribuição das Ciências Jurídicas, quer seja através da análise dos normativos que servem como espinha dorsal da responsabilidade da sociedade empresária na condução dos negócios, quer seja através da análise jurisprudencial, evidenciando como os Tribunais têm tratado o tema. O material utilizado, para tanto, inclui, mas não se limita à: doutrina, legislação comentada e comparada, dissertações, artigos de jornais e julgados. Busca-se demonstrar, desta forma, como a implantação de um programa de Compliance pode servir como ferramenta para estabelecer controles e gerenciar riscos.

Palavras-chave: Compliance. Controles; Crimes Empresariais; Direito Penal Econômico.

ABSTRACT

The present research aims to give an general overview about how the establishment of Compliance mechanisms in business companies can be effective to curb the practice of illegal, especially to those coming from omissions or from not acting, as is the case of those that are crimes of money laundering and corruption. The contribution of the Law is to strengthen and, why not, the very existence of Compliance is unequivocal. The main objective of this work is, therefore, to dissect how this contribution of the Legal Sciences takes place, either through the analysis of the normatives that serve as the backbone of the corporate society's responsibility in conducting the business, or through the jurisprudential analysis, the courts have addressed the issue. The material used to do so includes, but is not limited to: doctrine, commented and comparative legislation, dissertations, newspaper articles and judgments. It seeks to demonstrate, in this way, how the implementation of a Compliance program can serve as a tool to establish controls and manage risks.

Key words: Compliance; Controls; Business Crimes; Economic Criminal Law.

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-----------------------|--|
| BIS (sigla em inglês) | Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia |
| CADE | Conselho Administrativo de Defesa Econômica |
| CGU | Controladoria Geral da União |
| CNEP | Cadastro Nacional de Empresas Punidas |
| COAF | Conselho de Controle de Atividades Financeira |
| FCPA | Foreign Corrupt Practices Act |
| FMI | Fundo Monetário Internacional |
| GAFI | Grupo de Ação Financeira Internacional e o Financiamento ao Terrorismo |
| OCDE | Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico |
| PAR | Processo Administrativo de Responsabilização |
| SUSEP | Superintendência de Seguros Privados |
| MPF | Ministério Público Federal |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO | 9 |
| 2. CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO COMPLIANCE | 11 |
| 2.1 FCPA – Foreign Corrupt Practices Act | 12 |
| 2.2 OCDE e convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas..... | 14 |
| 2.3 Convenção de Palermo..... | 21 |
| 2.4 Lei Sarbanes-Oxley e sua relação com a Lei 12.846/13..... | 22 |
| 3 BASE NORMATIVA | 26 |
| 3.1 Lei 9.613/98..... | 26 |
| 4 LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO | 40 |
| 4.1 Corrupção Passiva | 40 |
| 4.2 Corrupção Ativa..... | 41 |
| 4.3 Lei Anticorrupção | 42 |
| 4.5 Decreto 8420 | 49 |
| 4.6 Parâmetros de implantação de mecanismos de integridade de acordo com o Decreto 8.420..... | 51 |
| 5 IMPLANTAÇÃO E PERSPECTIVAS DA IMPLANTAÇÃO DO COMPLIANCE NO BRASIL | 57 |
| 5.1 Normas especiais e específicas e efetividade do programa | 57 |
| 5.2 Restrições àqueles que não adotam mecanismos de compliance | 59 |
| 5.3 Cláusulas específicas em contratos | 60 |
| 5.4 Maior especialização | 62 |
| 5.5 Garantias fundamentais..... | 64 |
| 5.6 Análise de processos administrativos de responsabilização: | 65 |
| 5.7 Interface de informações | 68 |
| 5.8 Aumento dos custos com conformidade regulatória | 69 |
| 5.9 Estímulo a adoção de programas de compliance sem caráter sancionatório | 70 |
| 5.10 Medidas contra a corrupção e propostas de alterações legislativas para prevenção à corrupção | 71 |
| 5.11 Medidas contra a corrupção | 76 |
| 6. CONCLUSÃO | 80 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 82 |

1. INTRODUÇÃO

O Compliance, na esfera empresarial, consiste na adoção de mecanismos de integridade, dos quais visam adequar à sociedade empresária às leis que a responsabilizam e que impõe à ela deveres objetivos no sentido de se evitar a sua utilização para a prática de crimes. Seu estudo é importante, pois implica em um novo agente que se soma ao combate à diversos deles, sobretudo o de corrupção e lavagem de dinheiro.

Dado isso, o presente trabalho busca apresentar a definição e objetivo de se adotar programas de Compliance, sua base normativa, principais demandas regulatórias com as quais deve buscar conformidade. Além disso, almeja-se analisar como sua implantação pode servir como instrumento de cooperação e prevenção de ilícitos penais e administrativos na esfera empresarial, notadamente aqueles crimes conhecidos como “crimes do colarinho branco”.

Utilizando por base o método indutivo e a pesquisa bibliográfica e análise dos dispositivos legais, bem como buscando oferecer uma visão global acerca do tema, delimitando como a ciência jurídica contribui e materializa muitos dos pressupostos para a instituição do Compliance, o presente se organiza da seguinte forma:

No primeiro capítulo, será feita abordagem acerca da origem do Compliance, contextualizando os fatos que culminaram com a adoção de tal instrumento no Brasil e no mundo, bem como demonstrando quais aspectos foram essenciais para seu advento, quer seja na esfera internacional, através da influência de leis estrangeiras – a exemplo do FCPA americano -, quer seja no direito interno, com destaque para a edição das Leis 9.613/98 e 12.846/13. Será destacado, também, os Compromissos Internacionais que culminaram com suas respectivas edições.

No segundo capítulo, discorre-se acerca da 9.613/18 e seus aspectos regulatórios, tendo por escopo uma análise eminentemente administrativa, já que é uma das principais leis que determinam obrigações a pessoas jurídicas.

No terceiro capítulo, o arcabouço jurídico pátrio acerca da corrupção será abordado, apontando sua tipificação no Código Penal, bem como tecendo considerações acerca da Lei 12.846/13 e do Decreto Lei 8.420/15, que são imprescindíveis na definição da

responsabilidade da pessoa jurídica em atos de corrupção.

No quarto capítulo, discutir-se-á como tem se dado a sua execução no Brasil, bem como as perspectivas e desafios envolvidos, além de como a utilização do Compliance previne tais práticas. Será tratado, também, a responsabilização em decorrência das práticas dos atos descritos na Lei 12.846/13 e as atuações da sociedade civil e de Instituições com o objetivo de empreender modificações regulatórias diversas.

Em seguida, as conclusões do que fora exposto, sintetizando, e por fim, a bibliografia consultada.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO SURGIMENTO DO COMPLIANCE

O Compliance no Brasil tem um histórico recente. Sua adoção massiva deu-se após a edição da Lei 9.613/98 e alterações, de natureza penal, e da Lei 12.846/13, de natureza cível administrativa.

Como demonstra a KPMG¹, uma das maiores empresas de consultoria e assessoria empresarial, na segunda edição da "Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil", em 2016 cinquenta por cento dos programas de Compliance estabelecidos no âmbito empresarial foram implementados em período de até 3 anos, o que indica que a lei 12.846/13 teve importância primordial no estabelecimento do Compliance enquanto setor essencial de sociedades empresárias.

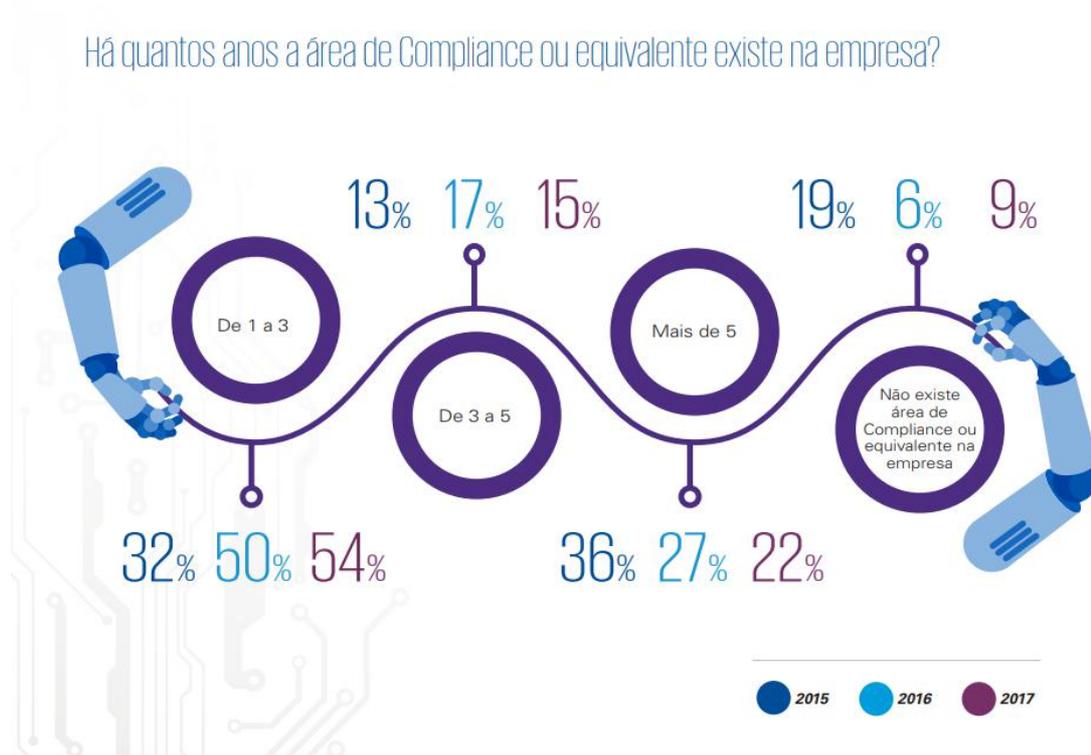


Figura 1: Há quantos anos a área de Compliance ou equivalente existe na empresa?

Fonte: KPMG

Pode-se dizer que o Compliance é adotado principalmente com o objetivo de efetivar

¹ KPMG, Pesquisa maturidade do Compliance no Brasil, 3ª ed. 2017/2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>>. Acesso em 26/07/2018 2018

procedimentos e diretrizes que assegurem conformidade legal e adesão à políticas internas e padrões de conduta.

O termo “Compliance” tem sua raiz etimológica na língua inglesa, e deriva do verbo “*to comply*”, que, por sua vez, significa “cumprir”, “agir de acordo” demonstrando, portanto, sua função precípua, como verifica-se em consulta ao dicionário Cambridge: “Compliance. *Noun*. Formal the act of obeying na order, rule, or request”.

Tendo em vista sua atribuição, destaca-se o importante papel que o Compliance exerce no âmbito corporativo, atuando de modo a evitar ocorrência de práticas ilícitas na sociedade empresária.

A necessidade de compreender o contexto histórico é relevante para assimilar por quais motivos as instituições públicas e privadas aderiram à política de conformidade, como a implantaram e como a regulamentam atualmente.

Acerca da participação das sociedades empresárias no combate à corrupção, é importante destacar uma das primeiras leis surgidas no mundo, cujo objetivo é coibir tal prática, a Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

Tal análise se faz importante, pois seus efeitos não se limitam à corrupção interna, além de ter servido como marco inicial da responsabilização de sociedades empresárias.

2.1. FCPA – Foreign Corrupt Practices Act

O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), promulgado em 1977, foi a primeira lei do mundo contra a corrupção transnacional.

Em linhas gerais, segundo o Guia da FCPA fornece um conjunto de disposições anticorrupção e contábeis, com o objetivo de coibir atos de corrupção em favor de agentes públicos estrangeiros para se obter ou manter negócios.²

² USA. Department of Justice. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Disponível em:

The FCPA contains both anti-bribery and accounting provisions. The anti-bribery provisions prohibit U.S. persons and businesses (domestic concerns), U.S. and foreign public companies listed on stock exchanges in the United States or which are required to file periodic reports with the Securities and Exchange Commission (issuers), and certain foreign persons and businesses acting while in the territory of the United States (territorial jurisdiction) from making corrupt payments to foreign officials to obtain or retain business³

Além de controle com maior rigor às estatais, o FCPA incentivou a criação do Compliance e mecanismos de controle.

Com afirma Larissa L. O. Ramina:

De acordo com as autoridades americanas, a aprovação do FCPA em 1977 encorajou empresas americanas engajadas em negócios internacionais a desenvolver programas de cumprimento da legislação anticorrupção, que incluem procedimentos preventivos para o pagamento de propinas, investigações internas quando alegações de suborno bem ao conhecimento da gerência, e abertura voluntária de resultados das investigações às agências governamentais competentes.⁴

As sanções não se restringiam apenas ao âmbito penal, havia também consequências na esfera civil. Além de compreender que a corrupção não se dava apenas em questões monetárias, tudo aquilo que pudesse beneficiar o funcionário público ou membros da família, como oferta de emprego, viagens, patrocínio e etc, poderia ser interpretado como suborno, além de impor realização de controles contábeis.⁵

Tal medida põe sob encargo da sociedade empresária a obrigação de se adequar e efetivar o combate ao suborno, o que implica que sua falta de colaboração em eventuais investigações de práticas ilícitas acarretaria em sanções ao seu diretor ou representante.

<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

³ USA. Department of Justice. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act. 2012., p 112. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

⁴ RAMINA, Larissa L. O. Ação internacional contra a corrupção. 1. ed. (200). 4ª reimpr. Curitiba: Jaruá, 2009. P. 112.

⁵ USA. Department of Justice. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

A discussão sobre a implementação do FCPA ocorreu a partir da divulgação de escândalos políticos conhecidos como “Watergate”, na década de 70. O impacto das revelações foi tamanho que o presidente em exercício, Richard Nixon, renunciou a seu cargo⁶.

Foi descoberto que a companhia Lockheed Aircraft Corporation tinha uma política de subornos para realizar contratos no exterior, tendo praticado tais crimes em diversos países como Holanda, Itália e Japão⁷

Apesar de não ser a única empresa estadunidense a infringir a norma em outros países, seu agravante vem pelo fato de ser comerciante de aviões militares em plena Guerra Fria e ter aporte financeiro com o apoio do próprio Governo americano.

Em que pese o lado positivo do pioneirismo, o ponto negativo a ser explorado era que, sem a regulamentação dos outros países, as instituições privadas perdiam a igualdade de competições a nível internacional.

Deriva daí, portanto, a necessidade de se coibir tais práticas a nível transnacional.

2.2. OCDE e convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas

A tentativa estadunidense de imposição normas transnacionais que regulamentassem o tema era vista por partes dos demais países como meio de ingerência à soberania nacional em meio ao grande conflito sociopolítico da Guerra Fria. Em 1988, o Congresso americano realizou uma ementa à FCPA e dentre as alterações foi posta a recomendação de retomada à negociação para uniformização global das normas de combate à corrupção⁸.

O fim da União Soviética e a expansão da globalização criaram cenários propícios para a realização de um acordo com maior número de participantes. A expansão econômica passou

⁶ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.) Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

a ser limitada por acordos internacionais anticorrupção. A década de 90 foi primordial ao combate à corrupção em escala mundial. Mesmo sem um tratado internacional até então, houve esforços no Banco Mundial, ao pautar a questão da corrupção como problemática ao desenvolvimento de um país em 1992, e do Fundo Monetário Internacional (FMI) no sentido de afastar o acesso ao crédito de projetos de práticas corruptas à mesma época. Em 1994 o FMI publicou um relatório chamado de “Governança”, termo amplamente utilizado na atualidade quando se fala em Compliance. As diretrizes lançadas buscavam criar mecanismos para colaborar no combate a corrupção⁹

A primeira grande organização no combate à corrupção entre os Estados ocorreu a partir dos anos 90 na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A Organização, com sede em Paris, no intento de colaborar no desenvolvimento econômico global, reúne os países signatários onde realizam debates e alinham suas políticas.¹⁰

Apesar de sua criação ser em 1961, o Brasil só veio participar efetivamente em 1997 quando assumiu junto à Organização o compromisso de se somar nos esforços de combater o suborno de servidores públicos estrangeiros. Ainda que até o momento o Brasil não tenha se tornado membro cativo da Organização, assumiu à mesma época compromissos da Convenção sobre o Suborno em Transações Comerciais Internacionais de 1994.¹¹

Antes da Convenção sobre o Suborno em Transações Comerciais Internacionais, não havia uniformidade jurisdicional a respeito do tema. Cada país efetivava a compreensão de suborno, ou nada fazia da norma que lhe fosse conveniente¹².

Não que não houvesse normas nacionais que visassem o combate à corrupção. Por

⁹ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁰ Ministério da Fazenda. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/ocde> Acesso em 20 nov 2018.

¹¹ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional, 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em 20 nov 2018.

¹² HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

exemplo, na redação original do Código Penal brasileiro (CÂMARA LEGISLATIVA, 2018), havia a previsão de reclusão caso houvesse corrupção ativa, no artigo 333, e passiva, no artigo 317.

Os textos dos artigos 333 e 317 foram alterados posteriormente na lei 10.763/03 em que permaneceram a tipificação das condutas, mas o tempo da pena aumentou.

Embora existissem leis cujo objetivo era coibir práticas corruptas, o método do governo de cada país para contornar o problema era omissivo ou, ainda, havia um incentivo velado à prática de corrupção em outras jurisdições.

A partir do acordo realizado em 1994 na OCDE, é possível dizer que começa a haver o fim da disparidade no tratamento dado à corrupção em diferentes jurisdições, numa tentativa de uniformizar o ordenamento jurídico de cada país.

O acordo objetiva, ainda que de modo embrionário, o avanço econômico global buscando sua capacidade de produzir lucro e não mais nos interesses privados de terceiros, pois o suborno deixa de ser critério na realização de contratos comerciais.

A imprensa tem parte relevante na composição da dinâmica dos fatos quando expôs a corrupção interna dos países desenvolvidos. Os escândalos divulgados fizeram que a opinião pública cobrasse dos políticos a realização de um acordo internacional que combatesse a corrupção¹³.

Até então, para alguns autores, a corrupção era vista como prática típica dos países subdesenvolvidos. Para outros, não apenas típica, como também benéfica.

Samuel Huntington¹⁴ em sua obra acadêmica afirma: "Em função do crescimento

¹³ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁴ HUNTINGTON, S. P. Political Order in Changing Societies. New Haven/London: Yale University Press, 1968, p. 321. Disponível em https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/huntington_political_order_changing_soc.pdf. Acesso em 10 nov 2018.

econômico, a única coisa pior que uma sociedade com uma burocracia rígida, ultracentralizada e desonesta é aquela com uma burocracia rígida, ultracentralizada e honesta". Ou seja, o avanço econômico nos países periféricos se daria, por vezes, pela corrupção no intento de atrair investimentos.

Por outro lado, VitoTanzi *et al.*¹⁵ chegaram a conclusão, por métodos distintos, que tal delinquência inibe investimentos privados, prejudica os setores públicos e diminuía a qualidade de vida da população.

Enquanto não existiu atuação enfática para coibir a corrupção doméstica nos países desenvolvidos, ainda que os estudos acadêmicos apontassem que a corrupção gera inúmeros pactos negativos, os políticos contemporâneos de Samuel Huntington¹⁶ não eram apenas omissos no que tange ao combate da corrupção, como também incentivavam que seus conterrâneos cometessem tais ações em territórios estrangeiros.

O caso simbólico é a Alemanha, que permitia que as empresas abatessem no imposto de renda os subornos realizados em outros países. Conforme aponta Eduardo Hayashi:

A Alemanha, por exemplo, era um dos países que além de não proibir o suborno transnacional inclusive permitia que suas empresas deduzissem as propinas pagas de seus impostos. O povo alemão nutria uma autoconfiança moral de que sua sociedade era uma das menos corruptas da Europa e do mundo¹⁷.

A complacência estatal alemã só foi interrompida em 1996 por meio da ODCE, quando recepcionaram a Recomendação sobre a Dedução Fiscal de Propinas pagas a Funcionários Públicos Estrangeiros.

As tentativas estadunidenses de reprimir a conduta em países estrangeiros tinham como

¹⁵ *Apud* HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

¹⁶ HUNTINGTON, S. P. Political Order in Changing Societies. New Haven/London: Yale University Press, 1968, p. 321. Disponível em https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/huntington_political_order_changing_soc.pdf. Acesso em 10 nov 2018.

¹⁷ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p 68/69.

objetivos equiparar a competição das instituições privadas de seu país para com as demais¹⁸

É importante destacar, nesse sentido, que o FCPA foi a premissa inicial para as ações que se fortaleceram nos anos 90, década importante no combate à corrupção, além da OCDE, que permitiu a equiparação de concorrência das empresas americanas aos demais quando os países signatários acordaram em combater à corrupção de funcionário público a âmbito internacional.

A lavagem de dinheiro, embora intrinsecamente ligada à corrupção, também se tornou tema de outros debates, não necessariamente, contudo, na busca pelo combate ao suborno, mas sim com o intuito de fazer frente ao financiamento ao terrorismo ou enriquecimento decorrente do tráfico de drogas.¹⁹

A Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, em 1988 introduziu além das fronteiras continentais a necessidade de combater a lavagem de dinheiro. O Brasil é signatário de tal Convenção²⁰.

Como aponta Roberto Podval²¹, “o Brasil ratificou a Convenção em 26 de junho de 1991, comprometendo-se a criminalizar a lavagem de capitais oriunda do tráfico ilícito de entorpecentes, tendo estendido o rol de delitos prévios, seguindo exemplo de outras legislações”.

Tal Convenção foi incorporada pelo direito interno, através do Decreto 154/91²². Como

¹⁸ Idem.

¹⁹ GAFI, Padrões Internacionais De Combate Ao Branqueamento De Capitais E Ao Financiamento Do Terrorismo E Da Proliferação: Recomendações do GAFI, 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em 20 set 2018

²⁰ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

²¹ PODVAL, Roberto. Comentários do debatedor sobre a Lei 9.613/98. In: Franco, Alberto Silva (Coord.);Stoco, Rui (Coord). Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 7ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 2098.

²² BRASIL, Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 12 set 2018

sugere o nome da Convenção, sua finalidade era gerir, no âmbito internacional acordos que delimitassem o avanço do uso de drogas e seus comerciantes.

A lavagem de dinheiro começou a ser combatida para restringir aquele tipo de crime, não especificamente para outras práticas criminosas como o suborno de agentes públicos. De qualquer modo, trata-se de um avanço a respeito do tema.

Até então, não havia em vários países do mundo, normas que criminalizassem a prática de lavagem de dinheiro ou ações contundentes para impedi-la, sendo a pioneira a Convenção de Viena, que propôs que os países signatários positivassem em suas normas internas a ilicitude da lavagem de dinheiro.

A tipificação dessa atitude é importante no combate à prática, já que sua não tipificação gerava impunidade da conduta. Como exemplo ilustrativo, podemos citar o caso do mafioso Al Capone nos EUA. Sua prisão não ocorreu pelas suas práticas ilegais, como venda e contrabando de bebidas alcoólicas, mas pela falta de pagamento de imposto de renda. Em 1931, sua condenação foi pela prática sonegação de impostos. Não houve condenação pela lavagem de dinheiro ou mesmo de corrupção. O mecanismo encontrado para sua prisão (sonegação) fora realizado pela ausência de normas como a lavagem de dinheiro (SANTOS, 2018).

De qualquer modo, o combate à lavagem de dinheiro começou a expandir e tomar forma, pois, até a assinatura da Convenção de Viena, o Conselho da Europa tentou implementar algumas normas, mas com pouca efetividade e adesão.

A Convenção de Viena permitiu que outras instituições participassem do debate de maneira independente. O Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (BIS, sigla em inglês), instituição que visa o auxílio entre bancos centrais e demais agências, emitiu um memorando no mesmo ano da Convenção de Viena intitulado de "Prevenção de Uso Criminal do Sistema Bancário Para Fins de Lavagem de Dinheiro", onde teve início a delimitação da responsabilidade na cooperação do combate ao crime de lavagem de dinheiro ²³

²³ CHAVES, K. M.; PRUDÊNCIA, S. S. O livre convencimento motivado no âmbito da criminalidade econômica: soluções para a eficiência da instrução criminal processual. Revista da Faculdade De Direito – UFU,

A medida influenciou ações mais contundentes como a criação do Grupo de Ação Financeira Internacional e o Financiamento ao Terrorismo (GAFI) em 1989²⁴.

As recomendações do GAFI, daquele ano, são relevantes até os dias atuais. No Brasil, como será tratada mais adiante, uma série de medidas foi realizada com influência direta dessa organização, tais quais a distribuição de responsabilidades tanto ao governo quanto às instituições privadas, dando atenção em especial às organizações financeiras, e a criação de um órgão de inteligência responsável por analisar os dados suspeitos.

Destarte, tais ações internacionais são as peças tabulares para a criação normativa no país. Embora já houvesse no Brasil compreensões subjetivas de qual modo o compliance deve agir, até mesmo por adequação aos negócios internacionais, o fim do segundo milênio trouxe normas objetivas, dando corpo ao Instituto.

A imperatividade de comportamentos mínimos necessários à esfera da prevenção de atos ilícitos no Brasil, tais quais a lavagem de dinheiro e a corrupção fez com que o país passasse a assimilar às normas internacionais. Ainda no contexto de internacionalização de investimentos capitais, a redemocratização com nova Constituição trazia o desafio de atrair capital internacional²⁵.

O Governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2001) avançava na privatização e almejava que as normas internacionais sobre transações transnacionais estivessem alinhadas às nossas normas internas para criar segurança jurídica e atrair seus investidores, passo necessário para consolidar o Plano Real²⁶

Havia, até então, normas que combatiam a corrupção no código penal e pouca

Uberlândia, Minas Gerais, 2016. Disponível em:

<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/30364/18512>. Acesso em 18 set 2018.

²⁴ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

²⁵ SALLES, C.M. R. Relações Internacionais e política externa do Brasil nos governos FHC e Lula. Dissertação (mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH, Unicamp, Campinas, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/279401>. Acesso em 15 ago 2018.

²⁶ Idem.

responsabilização do gestor não transparente.

A partir de 1998, com o advento da Lei 9.613 do mesmo ano, passa-se a obrigar que as instituições informem ao Estado a realização de atividades financeiras tidas como suspeitas.

Embora o Brasil tenha assinado a Convenção de Viena em 1988, incorporado, como vimos, por meio do Decreto 154/91, só dez anos depois se criminalizou a conduta “lavagem de dinheiro”, através da Lei 9.613/98²⁷.

É evidente que tal norma é reflexo dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, baseada nas recomendações da GAFI. Embora seja dito pela própria instituição que o Brasil não adotou plenamente por faltar estatísticas especificando o número de investigações e seus desdobramentos por lavagem de dinheiro²⁸, é inegável o avanço que representou a edição da lei.

O Brasil se submete às recomendações por ser membro do GAFI e tem como braço integrante na materialização de suas recomendações o Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF).

2.3. Convenção de Palermo

Outra importante medida tomada durante o governo FHC no combate à corrupção, bem como à sua prevenção, foi a assinatura do Tratado de Palermo, em 2000.

Organizado pela Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, fora mais uma ação que se somou aos inúmeros esforços realizados na troca do milênio.

Exemplo disso é a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção em 2003, onde celebrou-se acordo tabulados por outros acordos multilaterais realizados nos anos anteriores.

²⁷ BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 12 out 2018.

²⁸MPF. Gafi: Brasil cumpre parcialmente padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=169:gafi-brasil-cumpre-parcialmente-padroes-internacionais-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro&catid=10:noticias&Itemid=58 Acesso em 22 nov 2018.

Assim define-se seu preâmbulo:

Tomando nota com reconhecimento dos instrumentos multilaterais encaminhados para prevenir e combater a corrupção, incluídos, entre outros, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos em 29 de março de 1996, o Convênio relativo à luta contra os atos de corrupção no qual estão envolvidos funcionários das Comunidades Européias e dos Estados Partes da União Européia, aprovado pelo Conselho da União Européia em 26 de maio de 1997, o Convênio sobre a luta contra o suborno dos funcionários públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 27 de janeiro de 1999, o Convênio de direito civil sobre a corrupção, aprovado pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu em 4 de novembro de 1999 e a Convenção da União Africana para prevenir e combater a corrupção, aprovada pelos Chefes de Estado e Governo da União Africana em 12 de julho de 2003; Acolhendo com satisfação a entrada em vigor, em 29 de setembro de 2003, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Internacional.

O Tratado de Palermo é grande pertinência, pois se trata do primeiro instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras obrigatórias aos países signatários. Demonstra, assim, a extensão dos esforços para coibir a prática criminal da corrupção. Além disso, foi necessário realizar medidas que coíbem outras condutas criminosas intrinsecamente relacionadas²⁹.

A Convenção de Palermo age em tal sentido, pois internaliza no Direito pátrio a compreensão de Organização Criminosa. A Convenção Contra o Crime Transnacional realizada em Nova York em 2003 ratificou tal compreensão. Coube ao Brasil, ao assumir tal responsabilidade, emitir o Decreto 5015³⁰ de 2004 acatando plenamente o acordo celebrado como exterioriza o artigo 1º.

2.4. Lei Sarbanes-Oxley e sua relação com a Lei 12.846/13

Mesmo já existindo normas internacionais de combate lavagem e corrupção, como exposto, a transparências das sociedades empresárias era deficitária. Escândalos em demonstrações contábeis e transparência deram enfoque novamente ao tema.

²⁹ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

³⁰BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 21/10/ 2018.

O mais emblemático deles envolveu a empresa norte americana Enron, tendo sido descobertas fraudes de informações sensíveis, objetivando atrair investidores. O resultado do escândalo trouxe reações plenamente contrárias: os investidores foram afugentados pela falta de transparência.

É relevante citar tal caso, pois, foi através desse marco, que mudanças acerca da necessidade de transparência e governança corporativa se materializaram.

O problema não era apenas a corrupção entre instituições privadas com as públicas, também havia a necessidade de regulamentar a relação entre entes privados para que pudesse transparecer mais confiança com quem deseja realizar negócios com a sociedade empresarial.

Deste modo, a lei Sarbanes-Oxley (SOX), de 2001, trouxe a obrigatoriedade de divulgação anual de informações que visam aumentar a transparência das instituições privadas.

Além disso, a responsabilização objetiva dos agentes incide não apenas mediante a ocorrência de algum ato ilícito, mas também na conduta de ocultar informação requisitada pela lei, mesmo que não haja um fato típico propriamente dito.

A lei gera efeitos não apenas na fronteira americana, mas também em empresas de outros países que desejam participar do mercado americano.

O Brasil, seguindo tais passos, inspirou-se na norma para positivar no regimento interno em 2013, através da lei anticorrupção, e selecionou cinco pontos pertinentes para realizar sua regulamentação. Cabe destacar, inicialmente, dois pontos da citada lei que se deram em consequência da SOX: o programa de integridade do Compliance e a Responsabilização Administrativa. Decerto dois assuntos de plena relevância ao Compliance.

Ainda que não fosse a vanguarda do combate às condutas ilícitas, o Brasil mantém-se próximo aos acordos internacionais daqueles países que os são.

As próximas páginas trarão observações e críticas à forma na qual se derivam as leis que amparam a aplicação do Instituto de Compliance, quais sejam, a Lei 9.613/98 e a Lei 12.846/13, a respeito do tema e como ela é aplicada no Brasil.

2.5. Convenção de Mérida

Além da Convenção de Viena, de 1988, e da Convenção de Palermo, de 2000, outra contribuição importante se deu a partir da Convenção de Mérida, a qual o Brasil é signatário e a qual foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006³¹, que promulgou a citada Convenção.

O preâmbulo da citada convenção destaca que a Corrupção é uma ameaça à estabilidade das Instituições e à democracia, além de estar relacionada à outras formas de delinquência, notadamente o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, a Convenção tem por objetivo empreender esforços internacionais e cooperação entre os Estados, como exposto no artigo primeiro, abaixo transcrito:

A finalidade da presente Convenção é: a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção; b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos; c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

Para alcançar este fim, os países signatários devem formular e aplicar políticas eficazes contra a corrupção, que devem ser tempestivamente avaliadas.

Não cabe ao presente trabalho discorrer sobre cada um dos importantes artigos da citada Convenção.

³¹ BRASIL, DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm Acesso em 22 nov 2018.

É necessário destacar, contudo, que existe previsão expressa na Convenção destinadas ao setor privado, destacando-se, nesse sentido, a necessidade de que as empresas adotem controles contábeis internos, aptos a detectar atos de corrupção.

No tocante às medidas para prevenção à lavagem de dinheiro, é enfatizada a importância da regulamentação de Instituições Financeiras, como podemos constatar no artigo 14:

1. Cada Estado Parte:

a) Estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas;”

Ainda, é reforçada a necessidade de que a cooperação se dê em escala transacional, como constatado através do item 5 do mesmo artigo:

Os Estados Partes se esforçarão por estabelecer e promover a cooperação em escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, de cumprimento da lei e de regulamentação financeira a fim de combater a lavagem de dinheiro”.

No artigo 26, a Convenção destaca a necessidade de responsabilização da Pessoa Jurídica envolvida nos delitos nela previstos – notadamente, Corrupção e Lavagem de Dinheiro.

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos.

4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

Conseguimos constatar, portanto, que a Convenção estabeleceu importantes nortes, assim como ratificou os compromissos do Brasil na órbita internacional, refletindo em muitas das evoluções normativas as quais serão explicitadas nos próximos capítulos.

3. BASE NORMATIVA

3.1. Lei 9.613/98

Para se entender os desafios e atribuições da implantação do programa de compliance no âmbito das sociedades empresárias, faz-se necessário que compreendamos com um pouco mais de ênfase as leis que, embora não os regulamentem em caráter nominativo, servem como parâmetro para o seu principal instrumento de atuação, já que estabelecem responsabilidades e sanções à sociedade empresária.

O Compliance em âmbito empresarial objetiva materializar práticas que possibilitem cumprimento regulatório.

Nesse sentido, muitas dessas obrigações derivam da Lei 9.613/98³². É imprescindível discorrer sobre ela, pois definem as condutas ilícitas de lavagem de dinheiro e modos nas quais a sociedade privada deve agir para evitar tais omissões.

A busca pela conformidade em relação a essa norma se faz por caráter imperativo. Não cabe à sociedade empresária, por motivo qualquer, optar em não seguir os seus ditames.

É por isso que tal estudo se restringirá ao direito normativo interno brasileiro, já que é possível que a sociedade empresária, espontaneamente, se submeta ao sistema de conformidade de algum país estrangeiro, com o objetivo de atrair investidores internacionais ou participar da Bolsa de Valores de país estrangeiro. Tal adesão, no entanto, não é imperativa e não acarreta sanções.

Ressalta-se que ações autônomas têm caráter auto-regulador, pois a sociedade empresária assume compromissos que não são necessários para o regulamento interno.

Contudo, embora esteja se comprometendo a seguir normas de direito estrangeiro, a

³² BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 12 out 2018.

sociedade empresária não se exime em momento algum da norma brasileira. Desta forma, é enfática a disposição do âmbito de aplicação das citadas leis.

É pertinente a advertência, pois o Compliance ganha duas perspectivas: ele é regulado e auto-regulador. É regulado porque o administrador da pessoa jurídica se submete involuntariamente ao regimento interno e é auto-regulador, pois cria regimentos internos ou se associa à instituições privadas em que se obriga voluntariamente a tomar medidas que buscam a prevenção de ato criminoso.

O objeto de estudo é voltado para compreender o Compliance dentro do direito interno e faz-se necessário, portanto, discorrer sobre uma de suas principais fontes normativas: A Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro.

Positivado uma década após o Brasil se comprometer com o Tratado de Viena, a Lei 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Dinheiro, trouxe inovações delineadoras para tipificar um novo crime.

Até então, se fazia a assimilação do crime de receptação, do artigo 180 do Código Penal³³, e favorecimento real, do artigo 349 do Código citado, como forma de coibir a conduta de ocultar o dinheiro oriundo de crime.

O Direito Internacional compreendia que o esforço não era suficiente para coibir a prática de tal ilícito. Tanto foi assim que inseriu mecanismos de prevenção administrativa à sociedade privadas.

É importante discorrer sobre as três fases da lavagem de dinheiro para compreender o motivo da responsabilização objetiva a quem deixa de realizar um ato obrigatório.

Renato Brasileiro Lima³⁴ aponta, tendo por base as definições do GAFI, aponta para a existência de três fases da lavagem de dinheiro.

³³ BRASIL, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm. Acesso em 09/09/2018.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 290.

Para se concretizar, existe a condição necessária existência um crime patrimonial anterior. Pois é a partir do patrimônio de outrem que surge a primeira fase: a colocação.

De acordo com o doutrinador:

Consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente. Diversas técnicas são utilizadas nesta fase, tais como o fracionamento de grandes quantias em pequenos valores, que escapam do controle administrativo imposto às instituições financeiras. A colocação é o estágio primário da lavagem e, portanto, o mais vulnerável à sua detecção, razão pela qual devem as autoridades a centrar o foco dos maiores esforços de sua investigação nessa fase da lavagem³⁵

Realiza-se a segunda etapa assim que o objeto fruto da subtração é ocultado, a dissimulação do capital. O intuito é realizar transações financeiras que afugentem o ativo da procedência ilícita.

Como aponta Lima:

Nesta fase são realizados diversos negócios ou movimentações financeiras, a fim de impedir o rastreamento e encobrir a origem ilícita dos valores. De modo a dificultar a reconstrução da trilha do papel (*paper trail*) pelas autoridades estatais, os valores inseridos no mercado financeiro na etapa anterior são pulverizados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no Brasil e em outros países, muitos dos quais caracterizados como paraísos fiscais, que dificultam o rastreamento dos bens. São exemplos de dissimulação: transferências eletrônicas, envio do dinheiro já convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo³⁶

A última etapa é a integração, onde legitimam a quantia monetizada de origem ilícita ao mercado formal e simulam as transações financeiras, como se fossem legítimas, como bem explicado por Renato Brasileiro Lima:

[...] com a aparência lícita, os bens são formalmente incorporados ao sistema econômico, geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário ou imobiliário, transações de importação/exportação com preços superfaturados (ou subfaturados), ou aquisição de bens em geral (v.g., obras de arte, ouro, joias, embarcações, veículos automotores). Em alguns casos, os recursos monetários, depois de lavados, são reinvestidos nas mesmas atividades delituosas das quais se

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 290.

³⁶ Idem, p. 291.

originaram, perpetuando-se, assim, o ciclo vicioso³⁷.

Note-se a distinção dos dispositivos anteriormente no Código Penal, pois a recepção de produto ilícito possui a hipótese de o agente usufruir o objeto fruto de ato criminoso sem formalizá-lo para criar a aparência de origem lícita. Também é incabível punir o agente apenas por ocultação, tendo em vista que o ele busca afastar o objeto do crime cometido sem fazer seu uso.

A lavagem é uma ação dolosa que busca aferir aparência de licitude de um objeto de origem criminosa. O judiciário não exige que as três etapas sejam realizadas. É possível que mesmo na primeira etapa ocultação seja concluído que houvesse a lavagem de dinheiro.

Renato Brasileiro Lima confirma tal entendimento, ao destacar que:

A despeito da importância do estudo dessas três etapas para que se possa compreender um ciclo completo de lavagem de capitais, é de todo relevante destacar que não se exige a ocorrência dessas três fases para a consumação do delito. Nenhum dos tipos penais exige, para a consumação, que o dinheiro venha a ser integrado com aparência lícita ao sistema econômico formal. A própria redação do tipo penal de lavagem de capitais autoriza a conclusão no sentido de que não é necessário expressamente o exaurimento integral das condutas do modelo trifásico para a consumação do crime. Por isso mesmo, ao conceituarmos a lavagem de capitais, foi dito que se trata do ato ou conjunto de atos praticados pelo agente com a finalidade de conferir aparência lícita a bens, direitos ou valores provenientes de crime ou contravenção penal antecedente.³⁸

O que poderia trazer polêmica diante da similaridade a primeira fase da lavagem de dinheiro com a ocultação do artigo 349 do Código Penal, Pierpaolo Cruz Bottini pacifica: "Ainda que no plano objetivo seja suficiente a mera ocultação dos bens para caracterização da lavagem de dinheiro, na esfera subjetiva sempre será necessária a intenção de reciclar bens, o desejo de completar o ciclo de reciclagem."

Contudo, a pacificação do tema não é expandida a ponto de compreender qual o bem jurídico tutelado. As doutrinas não são contundentes a respeito das distintas afirmações acerca do bem jurídico tutelado, quais sejam: a ordem econômica ou a administração da justiça, todas são dotadas de razoabilidade.

³⁷ Idem, p. 291.

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 294

De tal modo é necessário debater as considerações mais pertinentes que suas ponderações são justificáveis determinar qual o bem jurídico tutelado

O conceito inicial de bem jurídico compreendia que o bem jurídico lesado no crime era o antecedente como objeto de tutela, mas sua compreensão genérica do fato não distinguiria a lavagem de dinheiro de crimes oriundos de corrupção do tráfico de drogas, por exemplo.

Como será visto adiante, o autor do crime pode ser processado sem que haja condenação da infração penal anterior.

Nesse sentido, podemos citar o Julgamento, pelo STF, do HC 94958 / SP³⁹, cuja ementa é:

HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE, BASTANDO A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO SUFICIENTE PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

Não é inepta a denúncia que, como no caso, individualiza a conduta imputada a cada réu, narra articuladamente fatos que, em tese, constituem crime, descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o contraditório e a ampla defesa. A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro "independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes", bastando que a denúncia seja "instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente", mesmo que o autor deste seja "desconhecido ou isento de pena". Precedentes (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, DJe-152 de 15.08.2008). Além disso, a tese de inexistência de prova da materialidade do crime anterior ao de lavagem de dinheiro envolve o reexame aprofundado de fatos e provas, o que, em regra, não tem espaço na via eleita”

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Processo Penal. *Habeas Corpus*. 94958, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009 EMENT VOL-02347-04 PP-00734 RTJ VOL-00210-03 PP-01186 RMP n. 42, 2011, p. 203-206.

Há a hipótese do bem jurídico tutelado ser a ordem econômica, pois afetaria a capacidade da livre iniciativa e transparência econômica. O agente que pratica a conduta teria melhores condições para atração de capital, de acumulação de bens de produção, e, por conseguinte, de orientar a fixação de preços, de salários e de outros fatores do mercado⁴⁰.

A última hipótese, é que o bem jurídico tutelado é a administração da justiça. Pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça vir a exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação⁴¹.

A conclusão mais razoável é que não é possível descartar os dois entendimentos anteriores. Há, portanto, uma pluralidade de bens tutelados: tanto a ordem econômica quanto a administração da justiça, uma vez que a conduta de maquiar os valores do crime anterior usando, necessariamente como meio, a ordem econômica.

É diante da compreensão do bem tutelado que é possível dizer que a lavagem de dinheiro é um crime permanente, já que, uma vez iniciado as fases da lavagem, continuará havendo a degradação da administração da justiça.

O entendimento é equivalente ao do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 863⁴², onde Relator Ministro Celso de Mello afirmou:

Tratar essa modalidade delitiva como crime permanente decorre da constatação segundo a qual quem oculta a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime, enquanto os mantiver oculto, ou seja, escondidos, permanece realizando a conduta correspondente a esse verbo núcleo do tipo. Ocultar, portanto, não é uma ação que se realiza apenas no momento inicial do encobrimento, mas é ação que perdura enquanto escondido estiver o objeto material do crime, máxime quando o autor detém o poder de fato sobre referido objeto. Por essa razão, a despeito das discussões a respeito do bem jurídico tutelado pelo legislador com a tipificação do crime de lavagem, como a atividade delitiva violadora do bem jurídico tutelado se prolonga no tempo, impende reconhecer que este, o bem jurídico, permanece sendo violado enquanto não cessa a atividade delitiva.

⁴⁰ BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia MonassiMougenot. Lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro, 2 ed, São Paulo, 2008, p. 33.

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro. 3ª ed. 1ª tiragem, 2016, p. 83.

⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 863. NÚMERO ÚNICO: 0000732-48.2007.1.00.0000. Relator Atual: MIN. EDSON FACHIN. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4504330>.

E mantendo a degradação da justiça enquanto não houver interrupção da atividade ilícita, o crime não prescreve. O bem tutelado decerto não é apenas a administração da justiça, mas também é a ordem econômica.

O ordenamento em seu artigo 2º, III; b) § 1º dá competência para julgamento à Justiça Federal a denúncia ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal do agente.

A norma reconhece a capacidade de receber a denúncia pelo ato em si da lavagem de dinheiro mesmo que a ilicitude anterior tenha prescrito ou extinta a punibilidade. Caso o bem tutelado fosse unicamente a administração da justiça, não haveria a possibilidade subsequente da denúncia pois não haveria a necessidade da administração da justiça em tal caso.

A condição necessária é a formalização de produto oriundo de infração penal mesmo que esta não seja passível de punibilidade. Incorre dizer que não havendo produto de origem ilícita, não haverá a tipificação da lavagem de dinheiro.

O artigo 1º da lei 9.613/98 relacionava, antes de sua atualização em 2012, a necessidade de ocultação de bem com a origem de crime. Porém a lei 12.683/12⁴³ esclarece que se trata de qualquer infração penal, isto é, os valores dissimulados ou ocultados provenientes da contravenção também serão considerados como lavagem de dinheiro. Essa foi uma das mais importantes modificações da Lei 12.683/12, vez que ampliou o rol de crimes e infrações antecedentes.

O texto, de tal modo, afasta a hipótese de considerar como lavagem de dinheiro a ocultação de valores oriundo de ilicitudes da esfera cível e administrativa, vez que adjetiva que a infração deve ser penal.

Destarte, o crime estudado precisa de alguma atividade prevista como infração para que haja realização. O que não significa que há a necessidade de punibilidade do crime.

⁴³ BRASIL, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em 15 out 2018.

No item II do artigo 2º das Disposições Processuais Especiais, é destacado que independem do processo e julgamento das infrações penais anteriores a decisão do juiz competente a respeito deste crime de lavagem de dinheiro.

O juiz pode condenar o réu se baseando na convicção das provas apresentadas neste processo, sem precisar, necessariamente, que haja a condenação da infração penal, tendo o julgamento do HC 94958, já citado neste trabalho, o condão de demonstrá-lo.

Pelo menos expressamente, não há qualquer vedação do fato no texto normativo. A vedação advém de doutrinas e entendimentos jurisprudenciais.

O artigo 8º concede ao juiz a capacidade de realizar medidas assecuratórias sobre crime de lavagem de dinheiro praticado no estrangeiro. Essa oração advém dos esforços internacionais para coibir a prática da lavagem de dinheiro.

Por consequência, o sujeito ativo do crime por ser qualquer um, pois não há necessidade de comprovação de crime anterior, fazendo que a classificação seja de crime comum, já que pode ser praticado por qualquer indivíduo.

Devido à alta sofisticação e complexidade do ato, a falta de colaboração internacional faria e faz com que hajam países alheios ao combate da lavagem de dinheiro, que recebem valores oriundos de práticas criminosas. Israel, por exemplo, não possui jurisdição contra a lavagem de dinheiro e, estima-se que lá ingresse cerca de 1 bilhão de dólares por mês de dinheiro sujo⁴⁴.

O Brasil reconhece os efeitos das normas penais estrangeiras quando o agente fere o ordenamento de outro país e tenta maquiagem seus valores no território brasileiro.

O GAFI, por exemplo, produz conhecimento sobre o tema e realiza recomendações a todos os países signatários. O Brasil, desde 2000, é membro do GAFI. Sendo assim, se submete às recomendações proferidas por este grupo. Um exemplo destacado é a criação de

⁴⁴ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed, São Paulo, atlas, 2013, p. 143.

Unidade de Inteligência Financeira exposta na Recomendação 26, materializada, no Brasil, pela criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), por meio do artigo 14 da lei 9.613/98. Esta norma foge do Direito Penal e alcança a esfera do Direito Administrativo, muito embora trate-se de órgão necessário para consolidação e análise de dados suspeitos, atividade essencial à detecção da prática de lavagem de dinheiro.

Essa Unidade de Inteligência Financeira é um reconhecimento de que há uma necessidade de cooperação das entidades privadas. O artigo 9º em seu primeiro texto já concebia aqueles que deveriam contribuir no combate à lavagem de dinheiro. Em 2012 houve uma amplitude no rol dos agentes.

As pessoas físicas que façam a intermediação ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécies e as juntas comerciais e registros públicos também foram delegados a responsabilidade de combater a lavagem de dinheiro pela lei.

O COAF se relaciona com tais agentes citados no artigo anterior, pois é deles que acolhe as informações para realizar Relatórios de Inteligência Financeira. O COAF, no entanto, tem caráter administrativo, atuando com interface junto ao Ministério Público, subsidiando-os com dados necessários à persecução e investigação penal.

A atuação do conselho é de natureza administrativa, de inteligência e de supervisão administrativa. O que faz com que não possua a capacidade de realizar medidas cautelares, quebra de sigilo ou capacidade de instaurar processo penal, respeitando, deste modo, o princípio da legalidade e do juiz natural, sendo este o único com competência para impor tais medidas⁴⁵.

Cabe às pessoas referidas no artigo 9º, a exemplo das instituições financeiras, identificar os clientes, realizar a manutenção dos registros e comunicar as operações financeiras, previstas no artigo 11, ao COAF sob pena de sanção.

E é de tal modo que, sob a responsabilidade também administrativa, as sociedades empresárias difundiram um setor específico para assegurar-se de estar em conformidade com

⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro. 3ª ed. 1ª tiragem, 2016 p. 48.

norma: o Compliance.

Embora Gustavo Henrique Bardaró afirme que o inciso III do artigo 10⁴⁶ realiza a criação do compliance, não é possível determinar que seja dito explicitamente isso, referindo-se, nesse caso, a questão de nomenclatura. Embora nominalmente não seja criado o Compliance, existe uma delegação de capacidade para se adequar às medidas atribuídas em decorrência da lei, mas nada obstará em que essas funções fossem distribuídas por distintos setores da sociedade empresária.

No entanto, a necessidade de diligências contínuas fez com que, naturalmente, houvesse a criação de um setor específico para lidar com todas essas obrigações regulatórias.

Sendo este o marco para a criação do Compliance ou não, o fato é que a culpabilidade por omissão da pessoa jurídica ensejou a criação de alguns modelos. Dentre eles cabe destacar os propostos por Coimbra e Manzi⁴⁷, onde o Compliance pode: estar integrado à gestão de riscos, atuando de modo descentralizado com cada segmento da empresa tendo sua própria estrutura; estar integrado ao departamento jurídico, podendo haver conflito de interesses entre setores e; ter a independência formal dos demais setores, em que se reportaria diretamente ao Presidente ou Conselho de Administração.

É importante que o Compliance seja autônomo e independente dos demais setores. A necessidade de evitar a punição por atos praticados dentro sociedade empresária precisa controle centralizado, objetivando diminuir os riscos de omissão, e sem subversão de motivações, uma vez que submisso a qualquer setor, o Compliance poderia deixar de realizar condutas necessárias a evitar sanção diante de possível de possível geração de receita por desempenho do setor seja ligada ao desempenho das áreas de negócios.

Tal compreensão, por exemplo, é partilhada pelo Banco Central do Brasil (Bacen).

⁴⁶Deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes. BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9613.htm> Acesso em 21 de novembro de 2018;

⁴⁷ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi, Manual de Compliance. São Paulo, Atlas, 2010, p. 33.

Através da Resolução 4.595 de 2017⁴⁸ que dispõe sobre a política de conformidade (Compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar por esta Autarquia, além de definir a divisão clara das responsabilidades das pessoas envolvidas na função de conformidade, obrigou que a remuneração dos responsáveis pelo Compliance deva ser distinta das demais áreas de negócios, para que não haja conflito de interesses.

De qualquer modo, é sob a ótica da Lei 9613/98⁴⁹, alterada por meio da Lei 12.683/12, que se estabelece parâmetros para o combate a lavagem de dinheiro. Sua tripla natureza, penal, processual penal e administrativa, cerceia não apenas a conduta ilícita, mas também busca sua prevenção.

A prevenção se dá, principalmente, com a distribuição de responsabilidades sobre os agentes que de algum modo podem ser autores, partícipes ou mesmo facilitadores, ainda que não tenha ação dolosa para tal, do crime de lavagem.

Sob a ótica dos partícipes e facilitadores, convém destacar a possibilidade da criminalização da participação dos advogados nos crimes de lavagem de dinheiro. Como estabelece o parágrafo II, do inciso 2º, do artigo primeiro da lei 9613/98:

Incorre, ainda, na mesma pena quem participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

Marcelo Batlouni Mendroni⁵⁰ expõe que não se trata de quebra ao sigilo profissional, mas ressalva que tal direito, assim como qualquer outro, não é absoluto. Isto é, inserção do escritório na norma advém justamente do abuso do sigilo profissional.

⁴⁸ BACEN, Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em:

https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf. Acesso em 20 nov 2018.

⁴⁹ BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm. Acesso em 08 jul 2018.

⁵⁰ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed, São Paulo, p. 233.

De qualquer forma, compreende tal possibilidade em duas formas onde o advogado:

1) admite consciente o recebimento do dinheiro de origem ilícita e faz o uso de sua prerrogativa profissional para branquear o dinheiro sob falsa premissa de honorários advocatícios; e 2) o recebe a título de honorário advocatícios ciente que os valores são de origem ilícita.

O primeiro caso deflagra o dispositivo citado e pode este ser co-autor do crime. O segundo caso deflagra que a conduta, independentemente do exercício de sua profissão, pode ser tipificada nos termos do artigo 1º, §1º, II.

A colocação da possibilidade de punição ao escritório não se trata criminalização da advocacia, mas um contraponto ao mau exercício da profissão. Destacando, assim, que:

Isso nos faz refletir em direção da decantação do entendimento de que o advogado, sempre essencial ao exercício da justiça, não admita ser usado por agentes criminosos como mecanismo ou instrumento de lavagem de dinheiro. O nobre e imprescindível direito de sigilo profissional dos advogados não pode acobertar atividades criminosas, tornando, nesse caso, passível de determinações judiciais de quebra de sigilo – de comunicações e movimentações financeiras, evidentemente, com a finalidade de viabilização da busca da verdade real⁵¹.

Medroni⁵² ainda destaca que, por meio de Diretivas de Conselhos da União Européia, foi elaborado em sua terceira edição em 2013 a obrigatoriedade de comunicação por parte de profissionais liberais sobre qualquer operação superior a 15 mil euros à Unidades de Inteligência Financeira de seu respectivos países. Inclui-se nesse rol comerciantes de artigos de luxo, auditores fiscais e advogados.

A definição oferecida por Renato Brasileiro Lima⁵³ é: "aqueles que devem colaborar para a proteção de bens jurídicos pela denegação de auxílio ou colaboração com potenciais criminosos."

Renato Brasileiro também expõe sua compreensão a respeito do limite do sigilo

⁵¹ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed, São Paulo, p. 234

⁵² MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed, São Paulo.

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 306.

profissional inerente à advocacia. Os advogados em defesa de seu cliente em processo judicial ou em consultoria jurídica vinculada a um processo judicial têm o pleno direito de não comunicar ao COAF ou à Ordem dos Advogados do Brasil, pois tal ato afetaria o artigo 133 da Constituição Federal e a relação de confiança entre o cliente e defensor.

A razoabilidade na preservação da indispensabilidade do advogado é o caminho mais adequado para preservar os limites da prática profissional sem que ofereça o risco da criminalização da advocacia.

O motivo dessa inclusão deve-se ao fato de serem uma das diversas técnicas utilizadas. Pelo objeto de estudo se voltado ao ambiente tradicional, será destacado aqueles que compõem o cotidiano de uma sociedade empresária do mercado financeiro.

Centro off-shore: esse meio não necessariamente ilícito, pois também recorrem aos *off-shores* aqueles que querem investir dinheiro com taxas baixas. O processo de lavagem de dinheiro decorre a partir da falsificação de planilhas de rendimentos para distribuir altos valores por performance. A dificuldade em conseguir traduzir a falta de veracidade das informações ocorre pela complacência dos governos e anuência de legislação frouxa no combate à lavagem de dinheiro.

Bolsa de Valores: não há apenas uma técnica em tal meio. Podem ocorrer por fraudes à corretoras, onde os agentes realizam a transferência do capital com diversas vendas e compras em entre si para diminuir a atenção do branqueamento; por *pumpanddump*, implantando informações falsas no mercado para realizar venda de ações no auge da valorização; e o incentivo por meio de pagamento informais ao corretores para vender ações debaixo custos ao clientes que gerem valorização de tais sociedades.

Mercado de futuros: realiza a venda de commodities por meio de grupos empresários e, de tal modo, dificulta-se a retirada do anonimato do cliente.

Renato Brasileiro Lima⁵⁴ atenta ao uso da internet como em dos meios que avançaram

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016

nas técnicas de branqueamento de dinheiro. A globalização e a volatilidade das transações financeiras necessitam da colaboração de entidades que fazem parte de tais negócios

Companhias seguradoras: com a falsa informação de sinistro, os valores do dinheiro ilícito tornam-se lícito ao segurado. A simplicidade do ato acarreta na dificuldade em conseguir desvendar a fraude.

A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) diante do fato, já elaborou normas a respeito no intento de coibir e prevenir a lavagem de dinheiro. Obriga a sociedade empresária do setor não apenas dispor a identificação de clientes e a manutenção de registros, mediante a Circular 200 de 2002, e obrigar que as empresas do setor os divulguem transações caracterizadas na circular 89 de 1999 como possíveis atos de lavagem de dinheiro. Também delimita atenção necessária por atividades sensíveis.

A Circular 445 de 2012 faz ressalva especial ao agente público que desempenha ou tenha desempenhado a função por cinco anos anteriores como forma de prevenção à lavagem de dinheiro.

Esse comportamento zeloso busca, não apenas evitar sanções, mas preservar sua reputação no mercado. O termo difundido no Compliance "*KnowYour Business Partner*" é um meio de satisfazer os dois intentos anteriores e uma forma da própria seguradora não ser lesada, pois tal fraude gera custos às empresas.

A imperatividade em notificação à Susep não é caso atípica, aqueles que atuam sob autorização do Banco Central também devem realizar a mesma conduta tendo em vista a Circular 3542 de 2012.

Ao que tange a devida comunicação, seja ao órgão competente pelo setor, seja ao COAF, assemelha-se assim os órgãos, pela obrigatoriedade de serem informados pelos agentes privados determinadas movimentações financeiras, à citada UIF da Europa⁵⁵.

⁵⁵ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 2ª ed, São Paulo, atlas, 2013, p. 234.

4. LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO

Outra função precípua do Compliance é atuar de forma a implementar mecanismos que visem coibir atos ilícitos diversos realizados por agentes da relação empresária, tais como sócios, administradores e funcionários em sua relação com agentes públicos.

Nesse sentido, aduzem Sérgio Salomão Shecaira e Pedro Luiz Bueno de Andrade:

A abrangência dos programas de compliance alcança diferentes esferas da atividade empresarial. Vai dos códigos de prevenção em matéria ambiental ou em defesa do consumidor a um arsenal de medidas preventivas de comportamentos delitivos referentes ao branqueamento de capitais, lavagem de dinheiro, atos de corrupção, marcos regulatórios do exercício de atividades laborais etc. Tais programas intraempresariais prevêm exercícios permanentes de diligências para detectar condutas delitivas; promoção de instrumentos de cultura organizativa para incentivo de condutas éticas tendentes a cumprir compromissos com o direito; o controle na contratação de pessoal sem antecedentes éticos duvidosos (“fichas sujas”); a adoção de procedimentos padronizados propagados aos funcionários da empresa; a adoção de controles e auditorias permanentes; a punição de envolvidos com práticas aéticas; e a adoção de medidas preventivas de cometimento de novos delitos, quando um tenha sido eventualmente identificado⁵⁶.

Ora, é notório que, sendo a corrupção um ato que causa prejuízos sociais diversos e para ser praticado, pressupõe a conduta de dois agentes. Portanto, a fim de entendermos melhor acerca do papel do Compliance para evitar a sua prática, é necessário discorrer um pouco sobre o tipo penal envolvido.

4.1. Corrupção Passiva

Disposto no artigo 317, trata-se de um crime próprio em que o funcionário solicita ou recebe vantagem indevida ou sua promessa mesmo que o agente não tenha assumido o cargo.

Em tal caso, o sujeito ativo é o funcionário público que põe como sujeito passivo o Estado, pois o intento é lesar a Administração Pública.

Já a Concussão é crime muito similar a Corrupção Passiva, distingui-se apenas que este se trata não apenas de solicitar ou receber, mas do sujeito ativo funcionário público exigir

⁵⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal. Boletim IBCCRIM, vol. 222, 2011. p. 2.

vantagem indevida para si.

O artigo 316 expõe a distinção, pois este, segundo Rogério Greco⁵⁷, "há uma determinação, uma imposição do funcionário para obtenção da vantagem indevida; enquanto na corrupção passiva, existe uma solicitação."

Nas demais características, os crimes são equivalentes. Também são dolosos e instantâneos.

4.2. Corrupção Ativa

O artigo 333 do Código Penal delimita outro agente ativo da corrupção. Neste caso, a oferta ou promessa de vantagem indevida ao funcionário público não passa de crime comum, onde qualquer pessoa pode cometer o ilícito, em que, segundo Greco, até mesmo pode ser praticado por outro funcionário público. Entretanto permanece próprio o sujeito passivo, pois continua sendo o Estado.

É neste artigo que pode se enquadrar a ação dos dirigentes de uma sociedade empresária no âmbito penal. Não se altera o bem jurídico tutelado ou mesmo o objeto material das demais, que é a vantagem indevida.

Mais especificamente sobre a Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional, o artigo 337-B trata da corrupção ativa no âmbito internacional. Inserido pela Lei nº 10467/2002, da qual introduziu o conceito de funcionário público estrangeiro. É importante destacar que a Convenção de Mérida exerceu importante papel nessa inserção, uma vez que prevê expressamente que tais alterações devessem se figurar no âmbito do direito interno de cada membro signatário. O crime comum de sujeito ativo mantém próprio no sujeito passivo Estado e a pessoa física e jurídica prejudicada na transação comercial.⁵⁸

Na Parte Especial do Código Penal existem outros dispositivos dispersos que se

⁵⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Especial. Curso de Direito Penal, volume IV, parte especial (art. 250 a 361 do CP), 2ª ed, niteroiim rj, impetus, 2007

⁵⁸ Idem.

assemelham com o tema, contudo fogem do objeto de estudo, que visa compreender a origem da responsabilização da pessoa jurídica.

O conceito de vantagem indevida é indeterminado na esfera administrativa, e a atuação administrativa do Compliance nesta esfera é essencial na condução da sociedade empresária, no sentido de materializar e afastar a “vantagem indevida”, já que, apesar de políticas internas não terem caráter de lei, serve para nortear a atuação dos agentes.

No tocante ao conceito de vantagem indevida, pelo Código Penal, trata-se de elemento do tipo, sendo indevida qualquer vantagem não autorizada pela lei.

No entanto, não obstante haver a responsabilização dos agentes enquanto pessoas físicas, o tipo penal, naturalmente, não abarcava responsabilização dos atos praticados em prol da sociedade empresária.

Deste modo, em virtude, inclusive, de tratados internacionais, necessário se fez uma ampliação do arcabouço jurídico para lidar com o tema, como veremos a seguir.

4.3. Lei Anticorrupção

A lei 12.846/2013⁵⁹ introduziu de modo enfático o combate à corrupção e a responsabilização da sociedade empresária. Contudo, cumpre salientar a existência normativa para coibir tal prática dentro do ordenamento brasileiro antes de assumir compromissos dos Tratados internacionais. Quanto ao último, o Código Penal de 1941 já dispunha de dispositivos legais que puniam a prática de suborno, como a corrupção ativa e passiva.

A previsão nos acordos internacionais se trata de mera ratificação quando se trata de punibilidade à pessoa física, pois alguns países não tipificam determinadas práticas até o momento de assinatura da Convenção de Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

⁵⁹ BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 09 set 2018.

Destaca-se também que a capacidade punitiva no Código Penal se alastra apenas à pessoa física. A pessoa jurídica é inimputável em tais casos, o que não impede que seus administradores sejam responsabilizados pelo seu ato ilícito.

Por ser tratar de outro ramo, o Direito Penal, as normas possuem características diferentes. Cabe destacar a Corrupção Passiva, Concussão e Corrupção Ativa como o cerne principal do combate à corrupção.

Tal lei trouxe outras reflexões no combate à corrupção. Numa análise sob seus os aspectos administrativos, é notório que as normas vigentes até então não eram suficientes para acompanhar a globalização e nem os acordos internacionais firmados, como os assumidos em decorrência da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, realizada em Paris e concluída em 17 de dezembro de 1997 e internalizada por meio do decreto de número 3678/2000.

O decreto não tinha o conteúdo material e formal que tipificasse a conduta ilícita de corrupção, apenas continha em si o reconhecimento que deveria elaborar normas que imputassem tal prática.

Além da previsão de sanções a serem estabelecidas e a necessidade de criar normas de natureza processual para o tema em questão, o decreto reconhecia que haveria a responsabilização de pessoas jurídicas no combate à corrupção, mesmo que de acordo com os princípios jurídicos de cada país signatário.

O indivíduo da relação empresária já tinha capacidade de responsabilização por ato de Improbidade Administrativa, de acordo com previsão expressa do artigo 3º da lei 8429/93, pois mesmo aquele que não é agente público que induza ou concorra ao ato de improbidade ou dele se beneficie, pode ter a lei aplicada.

Há um vácuo normativo, pois a responsabilização da pessoa jurídica não é expressa na norma, ao mesmo tempo em que trata apenas da relação de corrupção com o agente público. Por consequência, não seria possível sancionar a sociedade empresária por corrupção quando

realizada com o funcionário público estrangeiro.

A lei 8.429, em seu artigo primeiro, é expressa que suas punições aplicáveis são a quem lese os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

A Convenção do Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais possui perspectivas mais extensas, pois está diante do combate do suborno transnacional. Além disso, estabelece a prestação de assistência jurídica internacional e considera que a corrupção de um funcionário público estrangeiro é um delito passível de extradição.

Por conseguinte, os principais objetivos, segundo a Controladora Geral da União, da Convenção da OCDE são:

Estimular a adoção pelos Estados-Parte de mecanismos para prevenir e reprimir a corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera das transações comerciais internacionais;
Estabelecer a responsabilização das pessoas jurídicas que pratiquem atos de corrupção em transações comerciais internacionais;
Impor sanções penais, cíveis e administrativas a pessoas condenadas por corrupção de funcionários públicos estrangeiros;
Estabelecer a prestação da assistência jurídica recíproca de forma efetiva e rápida entre os Estados-Parte;
Combater a concorrência desleal gerada pela corrupção.⁶⁰

De qualquer modo, mesmo diante do reconhecimento da necessidade de adesão ao combate do suborno transnacional, o Governo brasileiro ficou inerte por mais uma década. A efetivação do compromisso firmado pelo decreto só fora realizada em 2013.

É de se observar que, embora retardatário na concretização do acordo, o Governo brasileiro se apressou em formalizá-la. Apesar da demora, sua elaboração e aprovação advêm do debate interno.

⁶⁰ASCOM, Convenção da OCDE, 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde> Acesso em 15 out 2018.

Inicialmente produzida em 2010, o Projeto de Lei (PL) 6.826 não evoluiu no Congresso até o ano de 2013. Transformou-se em PL 39 e foi apreciada e aprovada em caráter de urgência.⁶¹ Os protestos daquele ano, conhecidos como “Jornadas de Junho”, levaram o PL 39 a ser aprovado, culminando na promulgação da lei 12.846/13. Era uma resposta governamental diante do clamor popular.

As críticas que serão expostas na conclusão têm relação com a imprudência de transformar em norma jurídica um tema de cara relevância às pessoas jurídicas.

O ordenamento é da seara do Direito Administrativo, o que lhe dá a capacidade ao julgador realizar a sanção pelo mero descumprimento objetivo da norma, o debate se houve dolo ou culpa no ato é inócuo. Não que seja totalmente descartado o caráter subjetivo na aplicação de pena. O entendimento da subjetividade da ação decorre para medir a extensão da sanção aplicável ao autor, como por exemplo a análise da situação econômica do infrator, mas não à sua inocência. Como destaca o professor Renato de Mello Jorge Silveira em *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*:

Nota-se, v.g., que o art. 7º, da Lei Anticorrupção leva em conta alguns critérios para a aplicação da proporcionalidade no momento da atribuição de responsabilidade administrativa: gravidade da infração; vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; consumação ou não da infração; grau da lesão; efeito negativo produzido pela infração; situação econômica do infrator; cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidade a aplicação efetiva dos códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica; o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica como o órgão ou entidade pública lesados.

Apesar do conteúdo subjetivo, afasta-se da natureza do Direito Penal. Justamente pelo debate jurídico da capacidade do Direito Penal em julga pessoa jurídica.

O professor Felipe Eduardo Hideo Hayashi acredita que, por meios do artigo 225⁶², 3§

⁶¹SENADO FEDERAL, Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2013 - Lei Anticorrupção. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113244> Acesso em 17 out 2018.

⁶²"As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 20 out 2018

da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei 9605/98⁶³ autorize o indiciamento da pessoa jurídica em casos de delitos criminais, apenas⁶⁴.

Contudo, a respeito da corrupção, não há qualquer respaldo na Constituição Federal para a persecução penal a ente coletivo ou personalidade jurídica.

A possível punibilidade advém, de tal modo, no âmbito civil e administrativo, permitindo, assim, que o mesmo ato tenha reflexos nas esferas penal e administrativa de forma independente.

Justamente por sua origem, não necessita do Ministério Público para abrir inquérito, mas há a necessidade, segundo o artigo 15, de dar conhecimento ao Ministério Público após a conclusão do procedimento. A competência para a realização do processo administrativo pode ser vir da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme expressamente disposto no art. 8º da Lei 12.846/13.

Contudo a capacidade de condução do processo tem limites legais que necessitam da aprovação do Judiciário à sua continuidade para produção de provas. O 1º do artigo 10 permite que o ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, requeira medidas judiciais necessárias à investigação e processamento de infrações.

De tal modo, é colocado uma penumbra ao que de fato o ente público administrativo pode fazer, além de poder gerar ineficácia de medidas cautelares pela perda de oportunidade e celeridade em sua realização.⁶⁵

⁶³“As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.” BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 22 out 2018.

⁶⁴ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.)Temas atuais de direito penal ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁶⁵ “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 21 out 2018.

A autoridade máxima, prevista no supracitado art. 8º da Lei 12.846/13, ainda pode celebrar acordo de leniência, como previsto no artigo 16, caso haja elaboração efetiva pela pessoa jurídica responsável que os demais envolvidos na infração e ofereça a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Resalta-se, acerca do acordo de leniência, que deriva ele dos artigos 16 e 17 da Lei 12.846/13, havendo previsão de que a cabe à autoridade máxima, já definida no presente trabalho, celebrar acordo com as pessoas jurídicas responsabilizadas pelas práticas prevista na lei, desde que elas colaborem com as investigações instauradas por força do procedimento administrativo.

Como aponta Marrara ⁶⁶: “o chamado ‘acordo de leniência’ designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção”.

Ademais, existem requisitos para a celebração de tal acordo, consubstanciados em⁶⁷: a) seja ela a primeira a manifestar do interesse em cooperar; b) cessar as práticas dos ilícitos a partir da data de propositura do acordo; c) admitir a participação nos ilícitos e cooperar com as investigações e processo administrativo de maneira plena e irrestrita;

A finalidade de celebração do acordo de leniência visa, neste caso, obter a cooperação da sociedade empresária e ter acesso a fatos e provas que, de outro modo, seria de impossível ou difícil obtenção pela administração pública.

Cabe destacar que, conforme previsão do artigo 16, III, § 10, compete à CGU a celebração de acordos de leniência no âmbito do Poder executivo Federal.

⁶⁶ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo: USP, v. 2, n. 2, 2015, p. 512.

⁶⁷ BRASIL, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm Acesso em 22 out 2018.

Parte da norma original, quando se fala em especial dos acordos de leniência, já foi alterada e melhor minuciada no decreto 8.420/15, que regulamenta a Lei 12.846/13 e dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A pessoa jurídica pode ter reduzida em até 2/3 o valor da multa aplicável, muito embora não exima a pessoa jurídica de reparar integralmente o dano causado.

O legislador se mantém omissos na criação do Compliance enquanto setor obrigatório da sociedade empresária. Não há, de forma expressa na lei 12.846/13, a obrigação da existência desse setor, no entanto, existe a ressalva de que levará em consideração na aplicação da sanção 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", no inciso VIII do artigo 7º.

Permanece tímida a positividade normativa da criação de um setor de Compliance, da mesma maneira como foi a lei de lavagem de dinheiro, não há sua definição expressa. Não obstante inexistir essa previsão. No entanto, embora não seja obrigatória a criação de um setor específico, existe um dever objetivo de realização de diligências que busquem práticas de integridade da sociedade empresária. A alegação do inciso do artigo 7º não faz referência expressa que todas as ações necessárias devem estar centralizadas a único setor ou se é possível que as medidas de integridade possam ser dispersas em setores diversos setores da empresa.

No caso da lei anticorrupção compreende-se, doutrinariamente, que o inciso em questão refere-se ao Compliance, centralizando as funções descritas a fim de formar um setor. Entende-se ainda que se trataria de atenuante à sociedade empresária quando houver aplicação de sanção.

A norma não é expressa se a existência de procedimentos seria fator atenuante ou agravante. Mas é compreensível que se a pessoa jurídica transparece aos colaboradores que não apoia práticas nocivas, é porque quem as pratica não tem apoio de seus dirigentes.

O parágrafo único deste artigo estabelece que os parâmetros de avaliação de

mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII serão regulamentados pelo Poder Executivo, o que veio a ser o Decreto 8420 de 2015.

4.5. Decreto 8420

O Decreto 8420⁶⁸ veio da necessidade de complementar o vácuo normativo que a lei 12.846/13 apresentou, como por exemplo, a atribuição o da competência Controladoria-Geral da União no artigo 13. Cabe destacar que a edição do decreto já estava prevista no art. 7º ,Parágrafo único, da supracitada lei.

Cabe destacar que também houve a regulamentação dos critérios da responsabilização administrativa à pessoa jurídica, sendo ela a multa e publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora.

Diante do exposto, a inserção de parâmetros sobre as sanções, no artigo 17, trouxe garantia jurídica às sociedades empresárias uma vez que sua punição passou ter previsibilidade sobre o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR).

Ao retirar a capacidade punitiva discricionária da autoridade competente quando expôs quais requisitos deveriam se formar a sanção, a norma estabeleceu a isonomia e a segurança jurídica diante da previsibilidade da sanção.

O artigo 18 aponta não apenas o que poderá ser reduzido da norma, como também o percentual a ser abatido conforme faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluído os tributos.

No inciso V do artigo em questão demonstra a relevância de um programa de integridade, compreendido ser o Compliance, onde se pode subtrair da multa o valor de um por cento a quatro por cento caso haja a comprovação e aplicação do um programa de

⁶⁸ BRASIL, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 15 set 2018.

integridade efetivo.

A não consumação da infração, a colaboração com a investigação, a comunicação espontânea e a comprovação de ressarcimento dos danos a que tenha causado também são fatores atenuantes à pessoa jurídica diante da sanção.

Contudo, o programa de integridade é destacado dos demais por ser a única das atenuantes com Capítulo a parte no Decreto 8420 estabelecendo seus parâmetros mínimos.

O artigo 4 define que o programa de integridade é no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Isto é, a definição de programa de integridade é a forma e ação em que a sociedade empresária deve realizar seus procedimentos que combatem a má prática no âmbito econômico.

Embora o Parágrafo Único do artigo em questão saliente que é necessário haver estruturação para os procedimentos, ele não faz alegação positiva na norma que é necessário a existência de um setor centralizado dentro da sociedade empresária que é o Compliance. Seu entendimento é tácito.

O Compliance, como afirma Eduardo Saad Diniz, seria o fruto de combinações normativas e grande parte delas advém do Capítulo IX do Decreto em questão, onde se há parâmetros mínimos necessários para a comprovação de sua existência.

O Decreto 8.420 antevê outros complementos à lei 12.846/13. A norma executiva finda debates no acordo de leniência produzido anteriormente na lei anticorrupção com nova regulamentação. Destaca-se que os aspectos do acordo não são objeto do presente estudo, no entanto, deve-se ressaltar o referido decreto trouxe importantes contribuições na concretização no acordo de leniência na sociedade empresária envolvida.

Também estabelece parâmetros do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) que estava previsto no artigo 22 da lei 12.846/13. O capítulo V do Decreto 8420 contém informações referentes às sanções administrativas impostas a pessoas físicas ou jurídicas e as sanções aplicadas de modo fundamentado. Também prevê a forma na qual se dará a exclusão dos dados e informações expostas. Sua medida alude o princípio da publicidade que rege o Direito Público.

4.6. Parâmetros de implantação de mecanismos de integridade de acordo com o Decreto 8.420

O capítulo IV do Decreto 8.420 traz dispositivos que tratam sobre os parâmetros para a implantação de mecanismos de integridade.

A seguir, iremos discorrer sobre eles:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; Esse ponto destaca a necessidade de que a adoção de mecanismos de Integridade conte com o apoio irrestritos dos membros executivos e conselhos, a fim de lhe conferir legitimidade.

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; Os padrões de conduta devem ser adotados por todos e ter caráter abstrato e geral. Tal tem o condão de garantir isonomia na esfera corporativa.

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; Tal se dá em virtude de aumentar uma diligência mútua nas pessoas que fazem parte das relações próprias do mercado, buscando que as diversas contrapartes adotem, de igual forma, uma conduta ética, materializando a chamada “knownyour business partner” (conheça seu parceiro de negócio).

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; A realização de treinamentos regulares e atualizados é essencial para a difusão e sedimentação de uma cultura de integridade e ética empresarial.

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; O programa de Compliance é dinâmico e mutável, devendo se adaptar a estrutura e negócio da empresa. Portanto, a análise periódica dos riscos serve para que as ações adotadas para mitigá-los sejam eficazes.

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

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; Tal se dá em virtude da necessidade de transparência e credibilidade das sociedades empresárias, já que é através de documentos contábeis precisos que os órgãos reguladores podem detectar atipicidades e indícios de práticas irregulares.

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, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; A previsão de procedimentos de que trata o item acima tem por função designar a forma como a interação com a administração pública se dá, sobretudo no sentido de materializar o conceito de “vantagem indevida”, evitando, desta forma, que esta interação seja eivada de práticas ilícitas. Tem o condão, além disso, de demonstrar, em caso de tal prática pelo agente da relação empresária, que não seguiu os padrões de conduta recomendados pela sociedade empresária.

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; A independência é pressuposto de um Compliance efetivo, já que, por muitas vezes, a atuação deste setor pode esbarrar em conflitos de interesse ou em estruturas de poder interno, chocando-se frontalmente com objetivos meramente monetários.

Dessa forma, garantir que o Compliance se reporte diretamente à alta diretoria ou conselho de administração (caso haja) reforça a sua atuação e diminui a chance de que as possíveis práticas irregulares detectadas não sejam reportadas.

Exemplo disso é o julgamento da Ação Penal 470⁶⁹, em que Carlos Godinho, não obstante ser o responsável pela área de Compliance do Banco Rural, disse em depoimento que “se sentiu compelido assinar um relatório com sentido contrário a seu parecer inicial, para garantir seu emprego, pois era meramente subordinado à terceiros, que eram os responsáveis pelo Comitê de Prevenção à Lavagem de Dinheiro”

O Compliance, sendo assim, não gozava da capacidade de coibir práticas delituosas, posto que subordinado à um Comitê de Prevenção a Lavagem, ao invés de ter acesso direto aos altos escalões da estrutura societária.

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; Estabelecer canais de denúncia é de extrema importância e já foi objeto de recomendações no âmbito da Sarbanes-Oxley Act (Sox) e pela Instrução CVM 509/2011.

O canal de denúncias é eficaz, sobretudo, ao estabelecer um canal de comunicação em que denunciante possam reportar ao Compliance práticas irregulares, em desconformidade com os padrões de conduta estabelecidos, para que este possa realizar as apurações necessárias. A proteção aos denunciante, contudo, perfaz-se em importante pressuposto para a efetividade do canal de denúncias.

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; Para que sejam eficazes as determinações estabelecidas no programa de integridade-, é importante haver um sistema de medidas disciplinares, com graduações proporcionais, caso haja violações. A ausência de medidas disciplinares estimula indiretamente as práticas irregulares, já que o agente não seria responsabilizado.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 470. Relator : Min. Joaquim Barbosa Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/relatoriomensalao.pdf>. Acesso em 18 out 2018 2014.

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; Deve haver um plano de ação para os casos em que, apesar de previsões expressas e treinamentos no sentido de evitar práticas irregulares, esta acabam por se dar. As ações devem ser capazes de cessar as práticas bem como reparar os danos advindos como consequência.

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; Materializa-se em políticas próprias de “*knownyour business partner*”, através do qual a sociedade empresária, por meio de critérios, aplica diligências diversas, com vistas a identificar quem são os diversos agentes que se relacionam com a sociedade empresária e medir os riscos advindos dessas interações, buscando, com isso, estimular que tais relações se dêem sempre dentro de determinados padrões de conduta.

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; Os processos de fusões, aquisições e reestrututações são especialmente sensíveis, visto que os passivos e ativos, inclusive regulatórios, são incorporados. Nesse sentido, a realização de diligências e haver procedimentos que visem detectar os riscos é essencial.

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; O monitoramento tem por objetivo verificar se os paradigmas estabelecidos pela política de conformidade são de fato observados, e pressupõe a verificação de testes periódicos.

Além disso, visa também o aperfeiçoamento da política, identificando se existe uma correspondência entre as previsões e as práticas cotidianas.

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. A doação a partidos políticos é especialmente sensível. No entanto, tendo o

Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade do financiamento empresarial⁷⁰, este item não é mais aplicável.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

- I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;
- II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;
- III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;
- IV - o setor do mercado em que atua;
- V - os países em que atua, direta ou indiretamente;
- VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;
- VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e
- VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Os fatores acima devem ser levados em conta na estruturação do programa de Compliance, de modo a conferir a robustez e consistência necessária para alcançar a finalidade a que se destinam.

A Cartilha expedida pela CGU (Controladoria Geral da União), além disso, simplifica os requisitos do programa de Compliance, através dos 5 pilares dos programas de integridade, conforme visto abaixo:



Figura 2: Pilares que norteiam um Programa de Integridade:

⁷⁰ ESTADÃO, Supremo proíbe doação eleitoral de empresas a partidos e candidatos. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/ao-vivo/stf-doacoes-eleitorais>. Acesso em 15 out 2018.

Fonte: CGU ⁷¹

A necessidade de adotar mecanismos de integridade tem como foco, segundo a CGU:

medidas anticorrupção adotadas pela empresa, especialmente aquelas que visem à prevenção, detecção e remediação dos atos lesivos contra a administração pública nacional e estrangeira previstos na Lei nº 12.846/2013. Empresas que já possuem programa de Compliance, ou seja, uma estrutura para o bom cumprimento de leis em geral, devem trabalhar para que medidas anticorrupção sejam integradas ao programa já existente. Mesmo empresas que possuem e aplicam medidas dessa natureza, sobretudo para atender a legislações antissuborno estrangeiras, devem atentar-se para a necessidade de adaptá-las à nova lei brasileira, em especial para refletir a preocupação com a ocorrência de fraudes em licitações e na execução de contratos com o setor público

De se notar, deste modo, que esses “pilares”, de caráter geral, devem servir como parâmetro mínimo para se diferenciar programas de integridade atuantes e efetivos daqueles que são constituídos nominalmente.

A Cartilha da CGU e o Capítulo IV do Decreto 8.420 servem, portanto, para nortear as sociedades empresárias acerca das diretivas dos mecanismos de Compliance, que, inclusive, são objetos de análise da CGU quando da instauração de PAR (Processo Administrativo de Responsabilização)

⁷¹ CGU, Programa Integridade. Diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 22 nov 2018.

5. IMPLANTAÇÃO E PERSPECTIVAS DA IMPLANTAÇÃO DO COMPLIANCE NO BRASIL

5.1. Normas especiais e específicas e efetividade do programa

A adoção de mecanismo de Compliance ainda suscita debates justamente pela sua vigência recente. As consequências dos efeitos da lei anticorrupção para casos de imprudência dos atos permanecem abertos.

A norma, por exemplo, não faz declaração expressa da existência do setor Compliance. Seu entendimento de necessidade de implementação vem de doutrinas e por portarias das autarquias de fiscalização.

A falta de clareza pode gerar uma multa à sociedade empresária em que dificilmente haveria reversão da sanção.

Podemos verificar que uma das recentes tendências, quando falamos em Compliance, é o surgimento de normas especiais a fim de conferir uma maior efetividade na interpretação e dirimir as lacunas.

Destaca-se a edição da resolução 4595 do Bacen em agosto de 2017, que cita nominalmente o termo compliance, ao adjetivar a política de conformidade, e estabelece os parâmetros mínimos necessários para implementação de boas práticas por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central. Nota-se, com isso, uma tendência a que outros órgãos regulamentadores, de igual forma, expeçam normativos com maior especialidade, determinando os elementos mínimos de um programa de integridade aplicáveis a cada mercado.

O arcabouço realizado confere mais segurança que a própria lei anticorrupção, como a divisão clara de responsabilidades, a definição de medidas necessárias para garantir independência do setor, a imposição de livre acesso à diretoria, conselho de administração e comitê de auditoria para obter relatos pertinentes ao tema e a garantia de recursos suficientes para o desempenho das atividades, bem como determina que o setor deve ser compatível ao

porte da instituição financeira em questão.

É evidente que apesar de toda positividade normativa esbarra na falta de efetivação do programa. Isto é, há empresas que perpetuam a má conduta e realizam a implementação do setor apenas formalmente, sem que seja conduzida na prática.

O Banco Rural, no julgamento da Ação Penal 470, foi exemplo disso, posto que, diante da posição de hipossuficiência do trabalhador ante a instituição, as pessoas responsáveis por assegurar a conformidade regulatória foram omissas, face à possibilidade de perderem seus empregos e fonte de subsistência. Dai decorre a necessidade de garantir uma atuação independente e com reporte direto à alta administração, para que certos imperativos não constituam-se óbices ao exercício regular da função.

O Compliance trata não apenas de imperativos normativos, mas também de facetas culturais de como as sociedades empresárias se relacionam com o poder público e entre si, e como conduzem seus negócios. É evidente que há a necessidade da positividade de uma norma regulamentadora, mas sem o interesse mútuo daqueles que participam do mercado, é difícil conferir eficácia ao Instituto, já que mesmo as sanções previstas na lei 12.846 de 2013 não parecem ser o suficiente para coibir a corrupção de fato.

A corrupção é um fator gerador de lucro à empresa. Um estudo produzido pela Universidade de Cambridge e Universidade de Hong Kong apontou que, para cada 1 dólar investido em corrupção, gerou-se 10 dólares de retorno à empresa. A conclusão advém do estudo feito a partir de 166 casos, incluindo o Brasil.⁷²

Fica evidente que a corrupção é um gerador de riqueza cronicamente viável e o estabelecimento de limite à multa permite perpetuar um lucro exorbitante à sociedade empresária. A multa, nesse sentido, mostra-se, ainda, insuficiente para coibir a prática, muito embora, evidentemente, represente um avanço em relação às normas até então existentes.

Deflagra a pouca punibilidade ainda se for realizado por meio de acordo de leniência,

⁷²SSRN, Why you should create a free SSRN Account. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1772246> Acesso em 17 de novembro 2018.

podendo o autor de crimes se afastar da hipótese de prisão, reduzir as multas cabíveis e continuar realizando atividades comerciais com o Estado, ainda que seus atos culpáveis tenham impacto direto na sociedade e contra o próprio Estado.

Em que pese haver a questão de manutenção de empregos, geração de renda e o know-how que certas empreiteiras podem ter e que, a primeiro momento pode demonstrar ser um obstáculo para o rompimento de contratos administrativos, há que se levar em conta que, se as instituições públicas possuem demandas nas quais buscam contratar entidade privadas, independente de quem presta o serviço, haverá geração de empregos e renda. O que ocorre é manutenção, principalmente, de dirigentes assumidamente incompetentes para trabalhar com Administração Pública e respeitar os seus princípios norteadores.

Deflagrando, de tal modo, que tal tolerância por parte do Estado é um completo desincentivo às empresas que atuam de forma idônea, uma vez que poderia haver execução dos contratos por tais empresas.

5.2. Restrições àqueles que não adotam mecanismos de compliance

O Estado, ao combater a corrupção, deve direcionar seus esforços em sentido de incentivar a sociedade empresária que possui boas práticas. Um exemplo positivo que é possível citar é o caso do Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), que passou a exigir, como condição básica para a concessão de crédito às empresas solicitantes, que elas adotem mecanismos de controle que contemda existência do setor de Compliance⁷³

A intenção é benéfica, pois é uma política de fomento às boas práticas, possibilitando uma prática de juros menores no mercado ao empresário que busca a realização de lucro com limites éticos, ao passo que, também, confere maior segurança ao próprio BNDES, já que empresas envolvidas com práticas tais quais corrupção e lavagem de dinheiro, em decorrência do chamado risco de imagem, tendem a sofrer perdas, o que pode agravar o risco de inadimplência.

⁷³ RONCARATI EDITORA, BNDES condiciona concessão de financiamento à Programa de Compliance. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/bndes-condiciona-concessao-de-financiamento-a-programa-de-compliance.html>. Acesso em 22 nov2018.

Práticas como a do BNDES reforça o mecanismo que se convencionou chamar de “*Know Your Partner*” (conheça o seu parceiro, em livre tradução), em que é criada uma extensa rede de “fiscalização” mútua entre os particulares que relacionam-se entre si, em sobretudo através do procedimento de “*due dilligence*” (diligências), em que busca-se verificar se a contraparte da relação contratual é ou não idônea, se adota mecanismos de conformidade e se conta com setores como o Compliance.

Outra medida inédita adotada também merece destaque: O Estado do Rio de Janeiro, objetivando estimular as boas práticas e a adoção de mecanismos de conformidade, promulgou a Lei 7.753/2017⁷⁴.

A Lei 7.753/17, pioneira em suas disposições e imperativos, é de extrema importância, pois aponta para a necessidade de que as empresas que celebram contratos com o referido Estado adotem programas de Compliance, quando os valores envolvam certos patamares.

No mesmo sentido, o Distrito Federal editou a Lei 6.111/2018, em fevereiro de 2018, que também tem por objetivo tornar obrigatória a instituição do Compliance em sociedades empresárias que estabeleçam contratos com este Ente.

Tais medidas têm por objetivo mitigar os riscos e garantir que a execução dos contratos se dê conforme os parâmetros legais e de acordo com princípios da administração pública, sendo, inclusive, estabelecidos parâmetros fiscalizatórios, a fim de afastar o “Compliance de fachada”.

5.3. Cláusulas específicas em contratos

Ainda, nota-se que, no âmbito das relações particulares, a adoção de cláusulas específicas acerca de mecanismos de conformidade também já se materializa como

⁷⁴ ALERJ, Lei nº 7753 de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em:

http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=2&url=L0NPTIRMURUkuTINGL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVIZjYwMzI1NjRlYzAwNjBkZmZmLzBiMTEwZDAxNDBiM2Q0Nzk4MzI1ODFjMzAwNWl4MmFkP09wZW5Eb2N1bWVudA== Acesso em 12 nov 2018.

necessária, e embora não constante nos contratos de trabalho, se encontra disposta em políticas internas e códigos de ética e conduta de sociedades empresárias, cuja observância é obrigatória e se relaciona diretamente com um dos elementos da relação de emprego, materializado, nesse caso, pela “subordinação”, vez que o funcionário deve se abster de práticas vetadas pelo seu empregador. Nesse sentido, é essencial não apenas a existência de cláusulas específicas, a exemplo de uma cláusula anticorrupção, mas que o departamento responsável pelas medidas de conformidade tenha ingerência sobre esses contratos e interações e que também esteja previsto a resolução do contrato, com conseqüente responsabilização, nos casos de descumprimento.

Além disso, deve-se atentar para o fato de que a alegação de que funcionários ou prepostos são os responsáveis pelas condutas e que a sociedade empresária não estimula tais práticas não isenta estas de ser responsabilizadas objetivamente. Deste modo, é imprescindível que sejam ministrados treinamentos e explicitado, bem como que haja comprometimento da alta direção.

A contratação de pessoas que tenha ou já tenha tido relação com o poder público deve ser visto com cuidado. As assim chamadas “Pessoas Politicamente Expostas” são definidas pela Circular do Bacen e outros normativos como:

§ 1º Consideram-se PEP os agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiros, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo.

A necessidade de se avaliar tal contratação com parcimônia decorre do não oferecimento de vantagem indevida (o vínculo empregatício), assim como evitar que ela possa se valer de qualquer tipo de tratamento diferenciado ou acesso facilitado à esfera governamental, já que os atos dos empregados são considerados como responsabilidade da empresa.

Percebe-se, com isso, que as sociedades empresárias, quer seja na relação com o poder público, quer seja com particulares ou empregados, deve atuar integrando e assimilando uma

cultura de “Compliance.”

5.4. Maior especialização

Nota-se, ainda, uma maior necessidade de se desenvolver um Compliance que não refira-se meramente a um setor que garanta conformidade. Uma tendência, inclusive já aplicada em países com uma cultura de conformidade mais desenvolvida, é que o Compliance se ramifique nas diversas áreas, a fim de conferir uma maior especialidade.

Deste modo, conseguimos destacar o relevante papel de diversas subáreas do direito, tais como o Compliance Criminal, Tributário, Trabalhista, dentre outros.

O escopo de atuação é diferente. Nas palavras do delegado da Polícia Federal Márcio Adriano Anselmo:

Criminal compliance, por sua vez, compreende-se o sistema de contínua avaliação das condutas praticadas na atividade da empresa, tendo como objetivo evitar a violação de normas criminais, prática de crimes contra a empresa ou mesmo práticas danosas sob a perspectiva criminal ⁷⁵.

Igualmente, o Compliance Tributário ou Trabalhista será mais capaz de dirimir, aplicar e observar as normas emanadas acerca das respectivas áreas.

Importante contribuição, inclusive, se dá através da utilização do Compliance enquanto protetor da ordem econômica, atuando preventivamente, evitando práticas anticoncorrenciais. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), inclusive, já publicou, em 2016, um Guia para Programas de Compliance constituídos com essa finalidade.

Foi divulgado, por exemplo, que quatro empreiteiras, dentre elas a Odebrecht, tiveram homologado pelo CADE acordo que ultrapassa a soma de R\$ 800 milhões objetivando o fim dos processos administrativos a que respondia até então junto a este Órgão.

⁷⁵ANSELMO, M. A. Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa. Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acesso em xx xx 2015.

Nesse sentido, as práticas anticoncorrenciais derivam diretamente da formação de cartel em licitações diversas, sobretudo em que figurava a Petrobras.⁷⁶

Podemos ver, diante disso, os custos que um “não Compliance” materializa. Portanto, é notório o avanço e a especialidade, devendo as sociedades empresárias estar atentas a essas especificidades diversas.

Interessante debate é a necessidade do Compliance em órgãos da administração pública. Se, segundo o princípio da legalidade, aos agentes públicos cabe agir de acordo com as “permissões” e diretivas legais, intrinsecamente já não haveria um dever de “compliance” natural e inerente?

Embora possa parecer conflitante, entendemos que a adoção de mecanismos de Compliance tem o condão de evitar prática de atos contra a administração pública e danos ao Erário. Além disso, a adoção e divulgação de canal de denúncias efetivo por parte dos órgãos públicos serve como estímulo para reportes de não conformidades e má condutas dos seus agentes.

De acordo com a Cartilha da Controladoria Geral da União (CGU) publicada em setembro/2018⁷⁷:

a adoção de abordagens tradicionais de combate à corrupção, baseadas na criação de mais regras, conformidade mais rigorosa e cumprimento mais rígido têm eficácia limitada. Nesse sentido, a integridade pública emerge como uma resposta estratégica e sustentável à corrupção que desloca o foco das políticas de integridade ad hoc para uma abordagem dependente do contexto, comportamental e baseada em risco, com ênfase em cultivar uma cultura de integridade em toda a sociedade.

A portaria CGU 1089/2018, inclusive, tem o objetivo de estabelecer parâmetros para a adoção e execução de programas de integridade na esfera pública, visando, com isso, gerenciar o que qualifica como “riscos de integridade”, a saber: “riscos que configurem ações

⁷⁶ CADE, Assessoria de Comunicação Especial. Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>. Acesso em 22 nov 2018

⁷⁷ CGU; MINISTÉRIO da transparência. Guia prático de gestão de riscos para integridade. Orientações para administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2018, p. 5. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em 10/11/2018

ou omissões que possam favorecer a ocorrência de fraudes ou atos de corrupção”.

Os riscos, no entanto, são outros, diferentes daqueles enfrentados pelas pessoas jurídicas de natureza privada.

Podemos concluir, deste modo, que a adoção de mecanismos de Integridade também oferece benefícios para a administração pública.

5.5. Garantias fundamentais

O Compliance, além disso, como guardião dos valores éticos corporativos, possui funções precípuas que podem por vezes entrar em conflito com o direito de sigilo e privacidade. Tal pode se dar, por exemplo, nos procedimentos internos de investigação, a qual cabe, via de regra, ao setor de Compliance.

Nesse sentido, nota-se uma verdadeira “delegação” do Estado, para a sociedade empresária, de apurar práticas irregulares de funcionários, sócios e demais sujeitos das relações privadas.

Como aduz Rodrigo de Oliveira Camargo:

Ao determinar que corporações estabeleçam práticas de Compliance dentro do ambiente empresarial, o Estado parece compartilhar com entes privados as responsabilidades pela investigação que porventura ocorram em meio ao ambiente corporativo e que envolvam atos de corrupção. O poder público passa a determinar que entidades privadas e seus funcionários o auxiliem nessa tarefa, criando mecanismos que incentivem a colaboração de entes privados para o combate e investigação de atos ilícitos⁷⁸.

É importante, portanto, que, nesses procedimentos internos, seja dado ao suposto agente garantias mínimas, tal qual o contraditório e a legítima defesa. Como atingir um equilíbrio razoável, contudo, se mostra desafiador, já que muitas dessas “provas”, a exemplo de conteúdos de e-mail corporativo, podem esbarrar no direito ao sigilo. Inexistem disposições

⁷⁸CAMARGO, R. O. Compliance, investigação e direitos fundamentais. LEC, Legal Ethics Compliance, 2014. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2014/11/17/compliance-investigacao-e-direitos-fundamentais/> Acesso em 15 out 2018.

legais que estabeleçam parâmetros para a condução de investigações internas. Caso essas investigações, no entanto, denotem elementos materiais relacionados à práticas delitivas, deve haver necessário envolvimento do Ministério Público, tratando-se de crimes cuja ação penal é pública, já que, institucionalmente, é o legitimado para propositura da respectiva ação.

5.6. Análise de processos administrativos de responsabilização:

Com o objetivo de alcançar a finalidade social a que se destina, a aplicação de restrições por descumprimento dos ditames da Lei Anticorrupção, cuja competência é da CGU, tem aumentado desde o advento da citada lei.

Em 2014 (figura 3), é possível observar, segundo dados fornecidos pela CGU⁷⁹, que não foram aplicadas sanções em decorrência da Lei Anticorrupção:



Figura 3: Sanções aplicadas em decorrência da lei anticorrupção em 2014

Fonte: CGU

⁷⁹ Painel de Corregedorias. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em 8 ago 2018

Em 2015 (figura 4), de igual modo, podemos notar que não houve aplicação de restrições legais:



Figura 4: Sanções aplicadas em decorrência da lei anticorrupção em 2015

Fonte: CGU

Em 2016 (figura 5), teve início as sanções decorrentes de descumprimentos objetivos:



Figura 5: Sanções aplicadas em decorrência da lei anticorrupção em 2016

Fonte: CGU

Podemos notar que a tendência se manteve em 2017 e 2018, conforme auferível nas figuras 6 e 7:



Figura 6: Sanções aplicadas em decorrência da lei anticorrupção em 2017

Fonte: CGU



Figura 7: Sanções aplicadas em decorrência da lei anticorrupção em 2018

Fonte: CGU

Muito embora a aplicação das sanções ainda seja tímida, diante dos desafios que se consubstanciam em responsabilizar as sociedades empresárias, ao compararmos o número de sancionados inicialmente – 3 – com o número de sancionados, em 2018, qual seja, 27,

conseguimos constatar um aumento de cerca de 900% em 2 anos, o que indica que, a longo prazo, a tendência deve se manter.

5.7. Interface de informações

Fazer frente à corrupção e a lavagem de dinheiro requer recursos, agentes, comprometimento, e, sobretudo, interface de informações.

Como descrito no Relatório de Atividades do COAF, de 2017⁸⁰, “a cooperação e a troca de informações com as autoridades competentes são de grande importância para viabilizar ações rápidas e eficientes na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.”

A troca de informações entre o COAF e o Ministério Público advém da titularidade deste último das ações penais instauradas para apurar a responsabilidade dos agentes, além de expressa previsão legal, contida na Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro.

Por vezes, contudo, o recebimento e análise dos dados pelo COAF fica prejudicado, sobretudo por pressupor uma “inércia inicial”, já que é necessária uma comunicação prévia dos agentes obrigados, ato este que por vezes não ocorre, ou, caso se dê, não conta com a celeridade necessária.

Nesse sentido, em outubro de 2018, o COAF firmou acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU), objetivando uma maior rapidez e eficiência na troca de informações entre os dois Órgãos, possibilitando acesso mútuo às bases. Desta forma, aumenta-se o volume de dados os quais o COAF pode utilizar para compor seus relatórios financeiros, que, por sua vez, servem de base para o Ministério Público⁸¹.

⁸⁰ COAF, Relatório de Atividades, 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/relatorio-de-atividades/arquivos/relatorio-de-atividades-coaf-2017.pdf>. Acesso em 15 nov 2018

⁸¹ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Coaf e TCU firmam acordo de cooperação para troca de informações sobre lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos. Notícias Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/outubro/coaf-e-tcu-firmam-acordo-de-cooperacao-para-troca-de-informacoes-sobre-lavagem-de-dinheiro-e-desvio-de-recursos-publicos>. Acesso em 30 out 2018.

Nota-se, portanto, que a manutenção e construção de uma ampla e vasta rede de dados pode ser benéfica no sentido de detectar a prática desses ilícitos.

5.8. Aumento dos custos com conformidade regulatória

Para que as modificações regulatórias cumpram de fato o objetivo de se estabelecer áreas de controle que funcionem na sociedade empresária, faz-se necessário um aumento de custos, suportados pela sociedade empresária, objetivando estruturar e manter as áreas de controle, devendo estas ser compatíveis com a estrutura da sociedade, conforme disposto no Decreto 8.420.

A partir das contribuições da análise econômica do direito, é necessário destacar que as sanções aplicadas – materializada em multas e punições – devem representar em um valor maior do que os possíveis benefícios decorrentes da não conformidade.

Nesse sentido, Shilder aponta que, para cada U\$ 1,00 gasto, são economizados U\$ 5,00 com a mitigação de processos legais, danos à reputação e perda de produtividade⁸².

Tais fatos são corroborados por Bráulio Cavalcanti Ferreira, Bruna Pamplona de Queiroz e Everton das Neves Gonçalves em que conclui-se que

[...] denota-se que a implementação de um programa de prevenção no âmbito empresarial, aumentará, logicamente, os custos de prevenção, diminuindo a probabilidade de acidente (ou de infração à legislação) e, por consequência, os custos esperados do evento danoso.

[...]

Ademais, o mesmo estudo aponta para o fato de que a Lei 12.846/13 é eficaz ao prever que as punições sejam rígidas.

[...]

Quando os Custos de Prevenção são superiores aos Custos do Eventual Dano, qualquer agente racional tende a optar por cometer o ato ilícito, indenizando a parte lesada ou suportando os ônus da sanção prevista em Lei. Nesse sentido, a Lei n.º. 12.846/13 segue a lógica da Análise Econômica do Direito ao prever sistema de punição rígida para os atos que envolvem a corrupção, bem como, incentiva os agentes econômicos a adotarem Programas de Compliance diminuindo as atividades delitivas em detrimento das produtivas e com isso promovendo o desenvolvimento

⁸² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi, Manual de Compliance. São Paulo, Atlas, 2010, p. 120.

econômico do País⁸³.

Além do custo das multas e sanções, há que se levar em conta, além disso, os riscos imateriais, consubstanciados, sobretudo no risco de imagem e perda de valor da empresa.

Como aponta Araújo *et al.*,

[...] o combate à corrupção e a divulgação de fatos apurados pela Operação Lava Jato resultou em perda de valor de mercado para as companhias citadas, e em ganho de valor de mercado para as empresas do mesmo segmento de companhias citadas. Em outras palavras, a divulgação de operações anticorrupção contribui para a redução de discrepâncias de precificação inerentes à corrupção praticada pelas empresas envolvidas nas respectivas operações. Tal ajuste de precificação pode estar associado à correção feita pelo mercado mediante os prejuízos trazidos pela concorrência desleal à competitividade⁸⁴.

Nesse sentido, é possível constatar que a Petrobras, por exemplo, em 4 meses, perdeu R\$ 150 bi em valor de mercado em 2015⁸⁵ e que, passados 3 anos desde então, ainda não recuperou as perdas decorrentes⁸⁶

Conclui-se, portanto, que a adoção de mecanismos de integridade não devem ser vistos meramente como custosas, visto que podem servir para resguardar as sociedades empresárias de vultuosas perdas futuras.

5.9. Estímulo a adoção de programas de compliance sem caráter sancionatório

Para além das leis, que carregam consigo um caráter coercitivo inequívoco, existem outras ações que, embora não dotadas em imperatividade, podem ser adotadas pelas sociedades empresárias.

⁸³ FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de Prevenção. EALR, vol. 9, nº 1, Jan-Abr, 201. 8 p. 14.

⁸⁴ ARAÚJO, Eduardo Carvalho Correa de; RODRIGUES, Victor Rangel Dos Santos; MONTE-MOR, Danilo Soares; CORREIA, Rogério Dias. Corrupção e valor de mercado: os efeitos da operação lava jato sobre o mercado de ações no brasil. Revista Catarinense da ciência Contábil, Florianópolis, SC, vol. 17, nº. 51, maio/ago. 2018. p. 41-58

⁸⁵ NUNES ,F.; PITA, A. Em 4 meses, estatal perdeu R\$ 150 bi em valor de mercado. Estadão, 2015. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-meses-estatal-perdeu-r-150-bi-em-valor-de-mercado-imp-,1627797> Acesso em 25 nov 2018.

⁸⁶ ROSA, B. Ações da Petrobras ainda não recuperaram perdas da Lava-Jato. O Globo, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/acoes-da-petrobras-ainda-nao-recuperaram-perdas-da-lava-jato-22255824> Acesso em 26 nov 2018.

Nesse sentido, a CGU lançou o selo “Empresa Pró-Ética”⁸⁷, que, segundo este órgão, conferem benefícios tais quais: a. o reconhecimento público do comprometimento com a prevenção e combate à corrupção; b. gera publicidade positiva para a empresa, havendo a possibilidade de utilização do selo pró-ética.

A busca pelo selo, certamente, reforça o comprometimento das sociedades empresárias, já que existe uma ação autônoma, com manifestação de vontade própria.

Além do Selo da CGU, outra importante contribuição se dá através da International Organization for Standardization (ISO), instituição internacional que tem por objetivo estabelecer padrões internacionais diversos, por meio de suas Instruções 19600-2014 e 37001-2016⁸⁸.

A ISO 19600 estabelece os padrões relativos à controles específicos de Compliance, conjugando-os a implantação de mecanismos de conformidade com a gestão de riscos empresariais, embora não seja passível de certificação. A ISO 37001, por sua vez, admite a certificação, com reconhecimento, inclusive, internacional, e traduz recomendações para que as empresas lidem com os riscos de suborno e tenham pré-determinados procedimentos que mitiguem os riscos.

A obtenção da certificação ISO 37001 traz benefícios à sociedade empresária, principalmente pelo sucesso obtido por meio de uma “cultura de controle”, além de pesar positivamente em relação à imagem e nível de confiança alcançado, mediante a certificação.

Para que sejam eficazes as certificações e selos, faz-se necessário realizar diligências periódicas, no sentido de averiguar se as boas práticas se perpetuam, vez que a conformidade é um esforço cotidiano das sociedades empresárias e as estruturas são dinâmicas.

5.10. Medidas contra a corrupção e propostas de alterações legislativas para prevenção à corrupção

⁸⁷ Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica>. Acesso em 25 nov 2018

⁸⁸ ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ISO 37001 - Sistemas de Gestão Antissuborno. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/noticias/4949-iso-37001-sistemas-de-gestao-antissuborno>. Acesso em 25 nov 2018

Criado em 2015 pelo Ministério Público Federal (MPF), o projeto “10 Medidas Contra a Corrupção” tinha por objetivo “aprimorar a prevenção e o combate à corrupção e à impunidade”⁸⁹, através de mudanças legislativas a fim de abarcar uma maior eficiência nas persecuções penais derivadas da prática de corrupção.

As 10 medidas propostas pelo Ministério Público são:

- Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; Tal se dá principalmente através do fomento à transparência das organizações e eficiência dos órgãos essenciais à justiça, estabelecendo duração dos processos penais em função das práticas de corrupção. Além disso, de acordo com o MPF, seria necessária a realização de “testes de ética” simulados junto à funcionários públicos, objetivando confirmar sua lisura.

- Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; Tal proposta evitar a impunidade do agente corrupto e que este aufera bens em decorrência de suas práticas, sendo necessária, para tanto, criar um novo tipo penal.

- Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; O aumento da pena, neste caso, deriva, sobretudo, da necessidade de se evitar a prescrição, assim como retirar a possibilidade de que sejam concedidos benefícios ao réu, tais qual o indulto ou comutação.

- Eficiência dos recursos no processo penal; Com vistas a tornar célere o processo penal por práticas de corrupção, o entendimento do MPF é que a pena possa ser executada imediatamente, caso declarado pelo Tribunal Competente que os recursos interpostos pelo réu tem função protelatória, tão somente. Diversas são as medidas propostas no âmbito dos recursos, inclusive extinguindo-se alguns, a exemplo dos embargos de declaração sobre embargos de declaração. Outro recurso objeto de modificações profundas, no entender do Ministério Público, é o Habeas Corpus. Além disso, é destacada a necessidade de se estabelecer prazos para a duração do processo.

⁸⁹ MPF, Objetivo geral das propostas. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/objetivo-geral-das-propostas> Acesso em 15 nov 2018.

- Celeridade nas ações de improbidade administrativa; Adotando a Reforma do Código de Processo Penal como parâmetro, no entender do Ministério Público tal decorre da ineficiência das ações de improbidade para apurar a responsabilidade do agente, devendo ser afastada a dupla etapa de apresentação de defesa. Além disso, aduz o Ministério Público que se faz necessária “criação de varas, câmaras e turmas especializadas para julgar ações de improbidade administrativa e ações decorrentes da lei anticorrupção”, permitindo, ainda, que seja prevista a possibilidade de acordo de leniência, de competência do Ministério Público.

- Reforma no sistema de prescrição penal; O instituto da prescrição, no direito, relaciona-se diretamente com a segurança jurídica, já que a primeira decorre desta última. Objetivando evitar o que chama de “impunidade” decorrente da permissividade legislativa, entende o MPF que deve alterações diversas a fim de mitigar sua aplicação, aumentando o prazo prescricional para os crimes de corrupção, assim como impedindo a “fluência da prescrição enquanto pendem de julgamento os recursos especial e extraordinário”, assim sedimentar, por via legislativa, entendimento jurisprudencial de que “a execução da pena só pode ocorrer após o trânsito em julgado”.

- Ajustes nas nulidades penais; Classificada como “pequenas alterações”, são propostas pelo MPF:

1) ampliar as preclusões de alegações de nulidades; 2) condicionar a superação de preclusões à interrupção da prescrição a partir do momento em que a parte deveria ter alegado o defeito e se omitiu; 3) estabelecer o aproveitamento máximo dos atos processuais como dever do juiz e das partes; 4) estabelecer a necessidade de demonstração pelas partes do prejuízo gerado por um defeito processual, à luz de circunstâncias concretas; e 5) acabar com a prescrição com base na pena aplicada em concreto, evitando a insegurança jurídica em relação à pretensão punitiva estatal.

- Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; A proposta prevê expressamente a responsabilização objetiva dos partidos políticos quanto à prática de “Caixa 2”, vez que apenas os indivíduos pessoas físicas eram passíveis de responsabilização, em simetria às alterações promovidas pela Lei Anticorrupção em relação às sociedades empresárias.

- Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; As medidas aqui materializadas denotam preocupação com a lavagem de dinheiro, visando evitar a dissipação

dos recursos obtidos de maneira ilegal, tratando-se, no entanto, de medida a ser adotada quando da ineficácia das demais de caráter cautelar.

Embora seja proposta alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, com o objetivo de “os dados de movimentações financeiras sejam processados de modo eletrônico e célere, facultando a imposição de multas quando os bancos não cumprem as ordens judiciais de fornecimento de dados em prazo razoável”.

- Recuperação do lucro derivado do crime; Por fim, propõe o MPF que os bens de origem comprovadamente ilícita devem ser retirados do patrimônio do agente, assim como haja a previsão legal da chamada “Ação Civil de Extinção do Domínio”, em que seria possível “dar perdimento a bens sem origem lícita, independentemente da responsabilização do autor dos fatos ilícitos”.

O primeiro fato que cabe destacar, em relação às medidas sugeridas pelo MPF como aptas a diminuir a corrupção, é que a maioria se refere às modificações legislativas no sistema penal e processual penal, muitas vezes contrárias aos princípios e garantias fundamentais, inclusive constitucionais, no sentido de majorar os tipos penais já existentes, ou, ainda, de criar novos, abarcando a criminalização de condutas as quais, muitas vezes, muito embora não exista tipo penal próprio, são passíveis de tipificação ou restrições nas esferas cíveis e administrativas.

Ao que parece, essas modificações visam materializar função social da pena, sobretudo aplicando-as com o objetivo de uma “prevenção geral negativa”.

Acerca disso, dispõe Batista *et al.*:

As teorias de prevenção geral negativa (...) de aproximam das absolutas, quando pretendem a) dissuadir b) assegurar os bens daquelas que poderiam ser futuras vítimas de outros, postos em perigo pelo risco de imitação da c) lesão aos direitos da vítima e d) por isso carentes de retribuição na medida da injustiça e da culpabilidade pelo ato. Elas se acham mais próximas em uma segunda versão que aspira à a) dissuasão para b) introduzir obediência ao Estado, c) lesionado por uma desobediência objetiva d) apenada na medida adequada à retribuição do injusto. Distanciam-se elas das teorias absolutas em uma terceira versão na qual a) a discussão persegue b) tanto a obediência ao estado quanto a segurança dos bens daqueles que não são vítimas, c) o delito é um sintoma de dissidência (inferioridade

ética) e d) a medida da pena deve ser a retribuição por essa condução desobediente da vida⁹⁰.

Para além das críticas que podem ser feitas em relação à aplicação de uma teoria utilitarista e da própria função da pena como apta a produzir os efeitos sociais desejados pelo MPF,

Nesse sentido, apontam Batista *et al.* que:

No plano político e teórico, essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porque não se consegue nunca a dissuasão total, como demonstra a circunstancia de que os crimes continuam sendo praticados. Assim, o destino final desse caminho é a pena de morte para todos os delitos, mas não porque com ela se obtenha a dissuasão, mas sim porque esgota o catálogo de males crescentes com os quais se pode ameaçar uma pessoa. O intimidatório discurso exemplarizante, desenvolvido corretamente até as últimas consequências, desemboca no privilégio de valores como a ordem e a disciplina sociais ou em um generalizado direito do estado à obediência dos seus súditos. Em um esquema dissuasivo levado até seus últimos limites, o delito perde sua essência de conflito no qual se ferem os direitos de uma pessoa e reduz-se a infração formal ou lesiva de um único direito subjetivo (do estado que exige obediência), com total esquecimento de que o estado é um instrumento de vida, e não um carcereiro ou um verdugo⁹¹.

A crítica se faz necessária, visto que é notório o fato de que propõe o MPF, em síntese, um “agigantamento” do Estado frente ao indivíduo, sobretudo frente à garantias fundamentais assentadas na Constituição Federal.

Mais interessante ainda é notar que, das 10 medidas, poucas se referem à responsabilização das Instituições (com exceção da previsão de responsabilização objetiva dos partidos políticos por crime de caixa 2 e da aplicação de multas a bancos que não respondam com celeridade os ofícios judiciais), e chama atenção as poucas medidas direcionadas ao setor privado, especificamente.

Ao passo em que é previsto institutos como os chamados “testes de integridade” junto aos funcionários públicos, inexistem previsões acerca de como otimizar, por exemplo, a aplicação da lei anticorrupção, ou previsões para melhor persecução penal dos corruptores ou regulação do lobby.

⁹⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

⁹¹ Idem, p. 109

De toda sorte, embora a análise mais aprofundada das medidas propostas pelo MPF, que já são, inclusive, fruto de deliberação junto ao Congresso Nacional, não seja objeto do presente trabalho, é importante destacar que a falta de previsões voltadas à responsabilização dos diversos agentes que compõe as práticas delitivas prejudica uma efetividade de fato do bem jurídico que se pretende tutelar.

5.11. Medidas contra a corrupção

Com o mesmo nobre objetivo de empreender mudanças legislativas e, por conseguinte, culturais, da corrupção, a Transparência Interacional, organização que tem por objetivo dar suporte à sociedade civil, visando construir uma sociedade com menores níveis de corrupção, em conjunto com as Escolas de Direito Rio e São Paulo da Fundação Getulio Vargas, coordenaram um projeto que se materializou nas “70 Medidas Contra a Corrupção”

Segundo prefácio de lançamento das medidas, tal decorre, pois:

o debate público iniciado pelo conjunto de propostas conhecido como “Dez Medidas Contra a Corrupção” foi precocemente encerrado no Congresso Nacional, antes que outras contribuições de organizações sociais, acadêmicas e de especialistas pudessem se somar ao mais importante debate dos últimos anos no país. Preocupados com os níveis de corrupção no país e com seus efeitos sobre a sociedade brasileira, um grupo de especialistas comprometido em contribuir com a agenda anticorrupção, liderado pelos proponentes, iniciou a retomada da reflexão sobre reformas sistêmicas. As propostas que assim nasceram buscaram revisar alguns pontos já discutidos, assim como agregar novas perspectivas e conteúdo para uma agenda renovada de reformas anticorrupção⁹².

Não é objeto do presente estudo dissecar cada uma das medidas sugeridas, mas é de se notar, no entanto, que a abertura ao debate e exposições parece mais democrática do que a promovida pelo Ministério Público. De acordo com o Guia, para se chegar às 70 medidas publicadas, foram consultadas 373 Instituições, com a colaboração de mais de 200 especialistas e de 912 participantes, através de consulta pública.

Ademais, diferentemente do que ocorria em relação as 10 Medidas propostas pelo MPF, é de se destacar a existência de previsões específicas destinadas à iniciativa privada, a saber:

⁹² Transparência Internacional; FGV. Novas medidas contra a corrupção. Disponível em: <https://unidoscontraacorrupcao.org.br/sumario-novasmedidas.pdf> Acesso em 20 nov 2018.

- Identificação de beneficiários finais. A identificação dos beneficiários finais já é obrigatório em Instituições Financeiras e no Mercado Mobiliário por força da Circular 3.461 do Bacen e Instrução 301 da CVM, relacionando-se diretamente com a prevenção à lavagem de dinheiro.

Com essa proposta, visa-se levar aos mais variados mercados a transparência acerca dos reais beneficiários de sociedades empresárias, evitando-se, com isso, manutenção de negócios com pessoas inidoneas ou se que escondem atrás da personalidade jurídica da sociedade empresária como forma de dar cabo a prática delituosa.

- Limitação do Uso de Dinheiro em Espécie. Como se sabe, a utilização de dinheiro em espécie para a realização de transações, sobretudo em alto volume, é indicativo de possível prática de lavagem de dinheiro, vez que impossibilitam o rastreamento de sua origem. Deste modo, a proposta visa limitar operações desse tipo, obtendo, com isso, maior controle por parte de Instituições Financeiras e mais fácil acesso à dados quanto a origem dos recursos.

- Adoção de Mecanismos de Governança em Empresas com Participação Minoritária do Estado. De acordo com o Guia, “a ausência desses mecanismos de governança e compliance incentiva gestores mal intencionados. As investigações conduzidas no âmbito da Operação Lava-Jato indicam que essas participações podem, de fato, facilitar a malversação de recursos públicos.”

Ou seja, a implantação e adoção de programas de Compliance, ainda que a participação do Estado seja minoritária, faz-se necessária em decorrência da existência de recursos públicos nessas sociedades.

- Regulamentação do lobby. O lobby, por si, tem função lícita. No entanto, uma vez que carece de regulamentação, falta-lhe “transparência e a probidade necessárias e garantir a lisura das interações desses atores com autoridades públicas”, gerando, com isso, uma zona especialmente sensível entre os agentes públicos e privados.

- Exigência de Compliance em Grandes Licitações. Em linha com as alterações legais

promovidas pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Distrito Federal, a exigência de Compliance decorre da necessidade de “mitigar desvios de recursos públicos” e de “fomentar boas práticas no setor privado”.

- Incentivar a adoção a programas de Integridade na Lei Anticorrupção. Segundo o guia, o Compliance é essencial na prevenção do envolvimento de agentes privados com corrupção.

- Devolução de Bônus e Incentivos recebidos pelos Executivos. Proposta que soa bastante arrojada, que consiste em se estabelecer que os executivos que recebam bônus como consequência de resultados financeiros obtidos por meios escusos e ilegais restitua às sociedades empresárias quando comprovado que seu auferimento se deu em virtude de prática criminosa.

Neste sentido, visa preservar a empresa que, embora, muitas vezes, adote mecanismos de integridade, vê seus executivos envolvidos, em discordância à suas políticas internas, com crimes.

- Responsabilidade das Empresas por Corrupção Privada. Tal já é uma realidade no Reino Unido, por força do United Kingdom Bribery Act/2010. A proposta tem por objetivo profícuo reconhecer que a corrupção não é exclusividade da relação público privada, sendo também praticada entre os particulares. Tal conduta, entretanto, não é tipificada pela lei penal brasileira. É de se destacar, outrossim, que tal prática prejudica a ordem econômica e livre iniciativa, devendo, como conclusão, a empresa ser responsabilizada objetivamente nos âmbitos civil e administrativo.

- Criminalização da Corrupção Privada. Em uma tentativa de manter a simetria em relação ao que ocorre com o crime de corrupção e a lei anticorrupção, a criminalização da corrupção privada teria condão de responsabilizar criminalmente a pessoa física do agente responsável pelas práticas lesivas.

Diante disso, resta inequívoca que as chamadas “70 medidas contra a corrupção” contam com previsões destinadas também ao agente corruptor, assim como reforça a necessidade de incluir de maneira mais enfática a participação das Instituições e Empresas

com a prevenção à corrupção.

Nesse sentido, podemos notar um movimento de Instituições e da Sociedade Civil para que hajam alterações legislativas aptas a implementar modificações regulatórias diversas, objetivando, com isso, prevenir a prática de corrupção, seja na esfera individual – através de mudanças de punição dos agentes – seja nas Institucionais – conferindo maior poder à CGU e criando responsabilizando sociedades empresárias e partidos políticos.

6. CONCLUSÃO

O Compliance, embora por muitas vezes não definido pela lei enquanto um setor autônomo e independente na estrutura da sociedade empresária, se tornou uma necessidade por força de diversas obrigações legais a quais deve se submeter a referida sociedade.

As obrigações legais referidas tiveram por origem questões sócias econômicas e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e internalizados no ordenamento jurídico nacional por meio de Decretos, com destaque para as Convenções de Viena de 1988, a Convenção de Palermo de 2000 e a Convenção de Mérida em 2003.

Notadamente, tais compromissos materializaram uma estrutura jurídica mais robusta, consubstanciada pela edição da Lei 9.613/98, cujo objetivo profícuo é fazer frente ao delito de lavagem de dinheiro e sua posterior alteração, em 2012, através da Lei 12.683/12, que, dentre as diversas alterações, ampliou o rol de crimes antecedentes à lavagem, além do advento da Lei 12.846/13 e seu Decreto Regulamentar em 2015, que iniciou um marco regulatório no sentido de responsabilizar objetivamente as sociedades empresárias envolvidas em atos de corrupção.

Além disso, o Decreto 8.420/15 teve o condão de estabelecer os elementos mínimos do funcionamento e parametrizar os programas de conformidade das sociedades empresárias, que são, inclusive, considerados atenuantes no âmbito do processo administrativo de responsabilização, conduzido pela Controladoria Geral da União.

Os diversos apontamentos denotam que o Compliance toma forma como uma realidade, sendo incorporado às sociedades empresárias, quer seja por meio de ações autônomas e por um direcionamento uniforme do mercado em geral, no sentido de avaliar de maneira mais criteriosa os diversos agentes com os quais existem relações, pressupondo uma cadeia pautada cada vez mais em valores éticos e transparentes, quer seja por haver, por parte do poder público, previsão de pesadas multas em caso de descumprimento objetivo, multas essas que, se comparadas aos custos da implementação do Compliance, não lhe fazem frente.

Constatamos, além disso, que a tendência é que exista um aumento no número de

processos por responsabilidade das sociedades empresárias e que a constituição de um Compliance seja pressuposto para a realização de diversos negócios jurídicos, quer seja na esfera pública, quer seja na privada.

Concluimos, portanto, que o Compliance é uma importante ferramenta de cooperação entre a sociedade empresária e o Estado, e sua implantação decorre diretamente da necessidade de integrar as sociedades empresárias no combate à lavagem de dinheiro e à corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Eduardo Carvalho Correa de; RODRIGUES, Victor Rangel Dos Santos; MONTE-MOR, Danilo Soares; CORREIA, Rogério Dias. Corrupção e valor de mercado: os efeitos da operação lava jato sobre o mercado de ações no brasil. **Revista Catarinense da ciência Contábil**, Florianópolis, SC, vol. 17, nº. 51, maio/ago. 2018. p. 41-58

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro. Lavagem de dinheiro. 3ª ed. 1ª tiragem, 2016

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 114-115.

BONFIM, Edilson Mougenot; BONFIM, Marcia MonassiMougenot. **Lavagem de dinheiro**, 2 ed, São Paulo, 2008.

CALLEGARI, André Luís. Participação (punível?) de agentes financeiros no delito de lavagem de dinheiro. In. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 44, jul-set/2003, pp. 198- 211

CHAVES, K. M.; PRUDÊNCIA, S. S. O livre convencimento motivado no âmbito da criminalidade econômica: soluções para a eficiência da instrução criminal processual. **Revista da Faculdade De Direito – UFU**, Uberlândia, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/30364/18512>. Acesso em 18 set 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi, **Manual de Compliance**. São Paulo, Atlas, 2010

DAVIGO, Piercamilo. Per non dimenticare. In: Barbacetto, Gianni e outros. **ManiPulite: La vera storia**, 20 anni dopo. Milão: Chiarelettere editore. 2012.

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; QUEIROZ, Bruna Pamplona de; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de Prevenção. **EALR**, vol. 9, nº 1, Jan-Abr, 201. 8 p. 259-276

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. Curso de Direito Oenal, volume IV, parte especial (art. 250 a 361 do CP), 2ª ed, niteroim rj, impetus, 2007

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. Indiciamento da pessoa jurídica em inquérito policial por crimes ambientais. In: BONATO, Gilson (org.) **Temas atuais de direito penal ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HUNTINGTON, S: P. **Political Order in Changing Societies**. New Haven/London: Yale University Press, 1968. Disponível em

https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/huntington_political_order_changing_soc.pdf. Acesso em 10 nov 2018.

KPMG, Pesquisa maturidade do Compliance no Brasil, 3ª ed. 2017/2018. Disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-pesquisa-maturidade-do-compliance-3ed-2018.pdf>>. Acesso em 26/07/2018 2018

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único I Renato Brasileiro de Lima- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: JusPODIVM, 2016.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo: USP, v. 2, n. 2, 2015.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 2ª ed, São Paulo, atlas, 2013.

PODVAL, Roberto. Comentários do debatedor sobre a Lei 9.613/98. In: Franco, Alberto Silva (Coord.);Stoco, Rui (Coord). **Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial**, vol. 2, 7ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMINA, Larissa L. O. **Ação internacional contra a corrupção**. 1. ed. (200). 4ª reimpr. Curitiba: Jaruá, 2009.

SALLES, C.M. R. **Relações Internacionais e política externa do Brasil nos governos FHC e Lula**. Dissertação (mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas – IFCH, Unicamp, Campinas, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/279401>. Acesso em 15 ago 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. Compliance e o Direito Penal. Compliance e o Direito Penal. **Boletim IBCCRIM**, vol. 222, 2011.

VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of 'Mani Pulite': A critical analysis of Italian Corruption and AntiCorruption policies. In: **Bulletin of Italian Politics**, vol. 1, nº. 2, 2009.

LEIS, JULGADOS, RESOLUÇÕES, PROVIMENTOS E DEMAIS SITES

CONSULTADOS

ABNT, Associação Brasileira de Normas Técnicas. ISO 37001 - Sistemas de Gestão Antissuborno. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/noticias/4949-iso-37001-sistemas-de-gestao-antissuborno>. Acesso em 25 nov 2018

ALERJ, Lei nº 7753 de 17 de outubro de 2017. Dispõe sobre a instituição do programa de integridade nas empresas que contratarem com a administração pública do estado do Rio de Janeiro e dá outras providencias. Disponível em: http://www2.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=2&url=L0NPTIRMURUkuTINGL2M4YWEwOTAwMDI1ZmVIZjYwMzI1NjRIYzAwNjBkZmZmLzBiMTEwZDAXNDBiM2Q0Nz

k4MzI1ODFjMzAwNWl4MmFkP09wZW5Eb2N1bWVudA== Acesso em 21 out 2018.

ANSELMO, M. A. Criminal compliance e a investigação de crimes contra a empresa. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-08/criminal-compliance-investigacao-crimes-empresa>. Acesso em 15 set 2018.

ASCOM, Convenção da OCDE, 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/articulacao-internacional/convencao-da-ocde> Acesso em 05 nov 2018.

BACEN, Resolução nº 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf. Acesso em 02 set 2018.

BRASIL, Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. 30/09/2018. Acesso em 09 set 2018.

BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 09 ago 2018.

BRASIL, Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 09 set 2018.

BRASIL, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm. Acesso em 01 jul 2018.

BRASIL, Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em 19 ago 2018.

BRASIL, Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 12 set 2018.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em 18 jul 2018

BRASIL, Lei nº 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. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9613.htm> Acesso em 21 nov 2018

BRASIL, Lei nº 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. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm. Acesso em 30 out 2018.

BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei da Câmara nº 39, de 2013 - Lei Anticorrupção. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113244> Acesso em 21 nov 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 470. Relator : Min. Joaquim Barbosa Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>. Acesso em 08 ago 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ap 863. Número Único: 0000732-48.2007.1.00.0000. Relator Atual: Min. Edson Fachin. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4504330>. Acesso em 05 set 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. *Habeas Corpus* 94958, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 09/12/2008, Dje-025 Divulg 05-02-2009 Public 06-02-2009 Ement Vol-02347-04 Pp-00734 Rtj Vol-00210-03 Pp-01186 Rmp N. 42, 2011, P. 203-206.

BRASIL, Lei nº 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. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm. Acesso em 25 ago 2018.

CADE, Assessoria de Comunicação Especial. Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>. Acesso em 22 nov 2018

CAMARGO, R. O. Compliance, investigação e direitos fundamentais. LEC, Legal Ethics Compliance, 2014. Disponível em: <http://www.lecnews.com/artigos/2014/11/17/compliance-investigacao-e-direitos-fundamentais/> Acesso em 07 jul 2018.

CGU, Programa Integridade. Diretrizes para empresas privadas. Brasília, 2015. Disponível

em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em 15 out 2018.

CGU; MINISTÉRIO da transparência. Guia prático de gestão de riscos para integridade. Orientações para administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manual-gestao-de-riscos.pdf>. Acesso em 20 nov 2018.

COAF, Relatório de Atividades, 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/relatorio-de-atividades/arquivos/relatorio-de-atividades-coaf-2017.pdf>. Acesso em 09 set 2018.

GAFI, Padrões Internacionais De Combate Ao Branqueamento De Capitais E Ao Financiamento Do Terrorismo E Da Proliferação: Recomendações do GAFI, 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em 20 set 2018.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Coaf e TCU firmam acordo de cooperação para troca de informações sobre lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos. Notícias Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/outubro/coaf-e-tcu-firmam-acordo-de-cooperacao-para-troca-de-informacoes-sobre-lavagem-de-dinheiro-e-desvio-de-recursos-publicos>. Acesso em 15 out 2018.

Ministério da Fazenda. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/ocde> Acesso em 20 nov 2018.

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção da OCDE contra o suborno transnacional, 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>. Acesso em 20 nov 2018

MPF, Objetivo geral das propostas. 10 medidas contra a corrupção. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/objetivo-geral-das-propostas> Acesso em 25 set 2018.

MPF. Gafi: Brasil cumpre parcialmente padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=169:gafi-brasil-cumpre-parcialmente-padroes-internacionais-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro&catid=10:noticias&Itemid=58 Acesso em 22 nov 2018.

NUNES ,F.; PITA, A. Em 4 meses, estatal perdeu R\$ 150 bi em valor de mercado. Estadão, 2015. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-4-meses-estatal-perdeu-r-150-bi-em-valor-de-mercado-imp-,1627797> Acesso em 01 set 2018.

Painel de Corregedorias. Disponível em: <http://paineis.cgu.gov.br/corregedorias/index.htm>. Acesso em 08 ago 2018

RONCARATI EDITORA, BNDES condiciona concessão de financiamento à Programa de

Compliance. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Artigos-e-Noticias/Artigos-e-Noticias/bndes-condiciona-concessao-de-financiamento-a-programa-de-compliance.html>. Acesso em 12 out 2018.

ROSA, B. Ações da Petrobras ainda não recuperaram perdas da Lava-Jato. O Globo, 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/acoes-da-petrobras-ainda-nao-recuperaram-perdas-da-lava-jato-22255824> Acesso em 15 nov 2018.

SSRN, Why you should create a free SSRN Account. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=1772246 Acesso em 17 nov 2018.

Transparência Internacional; FGV. Novas medidas contra a corrupção. Disponível em: <https://unidoscontraacorrupcao.org.br/sumario-novasmedidas.pdf> Acesso 21 nov 2018

USA. Department of Justice. Department of Justice and Securities and Exchange Commission. A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act. 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>. Acesso em 26 set 2018.