

EDITORES:

RENATA F. ANDRADE (COORDENAÇÃO)
MARIANA DE ALMADA JEVEAUX
EDUARDO GASPARINI
PEDRO RONCARATI

AUTORES:

ADRIANA BABI BENETTI DE SOUZA
ALBERT BAYER
ANA FLÁVIA AZEVEDO PEREIRA
ARNALDO QUIRINO DE ALMEIDA
EDMO COLNAGHI NEVES
IURI CAMILO DE ANDRADE
JULIO CESAR CHAVES
LUCAS ALBUQUERQUE AGUIAR
LUIZ FERNANDO MENDES DE PAIVA
MARCELO LAPOLLA
NARIMAN FERDINIAN GONZALES
PEDRO TEIXEIRA LEITE ACKEL
RAISSA SILVA SOUZA
ROSIMARA VUOLO
SÓIRA SOLEDADE A. CELESTINO



COMPLIANCE



ANTICORRUPÇÃO



INOVAÇÃO

**A SUA PRESENÇA
É MUITO IMPORTANTE
PARA NÓS!**

**VENHA FAZER
PARTE DA COMISSÃO
ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE
DA OAB/SP-PINHEIROS!**

**PARTICIPE DOS ENCONTROS E MANTENHA-SE
INFORMADO SOBRE TENDÊNCIAS
E PRINCIPAIS NOVIDADES.**

**PARA PARTICIPAR BASTA
ENTRAR EM CONTATO POR E-MAIL**

CAC.OABPINHEIROS@GMAIL.COM



**COMISSÃO
ANTICORRUPÇÃO
E COMPLIANCE**

Editorial

RENATA FONSECA DE ANDRADE

Advogada – Brasil e Estados Unidos; Mestre pela University of Wisconsin-Madison School of Law, LLM-MLI USA; Presidente da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB/SP Pinheiros e Chief Compliance Officer for Brazil na Willis Towers Watson

A ideia de publicar as principais fontes de conhecimento produzidas pela Comissão Anticorrupção e Compliance – CAC OAB/SP Pinheiros se concretiza na medida em que os frutos produzidos por seus membros são dignos de compartilhamento com a Sociedade.

Muito conteúdo se produz a cada reunião, palestra, estudo ou análise de consulta pública... e porque não registrarmos tudo isso em uma publicação que possa circular e ser acessível em outros fóruns?

Assim a ideia se transformou num projeto que ora se concretiza na 1ª edição da CAC COMTEXTO.

Uma obra coletiva sempre traz à luz discussões e diversidade.

Os temas centrais da CAC COMTEXTO abordarão conteúdos norteados pelos temas: ANTICORRUPÇÃO, COMPLIANCE e INOVAÇÃO.

Nessa 1ª edição, seus autores abraçaram o desafio do pioneirismo da série, e entregam uma obra coletiva de qualidade e referência consagrando os 5 anos da história de sucesso da CAC OAB/SP Pinheiros.



Os autores e colaboradores da CAC COMTEXTO são conhecedores dos temas tratados, ativos protagonistas do Direito e do Compliance em suas Organizações, Escritórios e Instituições. Portanto o viés pragmático dos artigos que, sem dúvidas, nortearão as novas gerações de protagonistas e estudiosos do Compliance.

Agradeço aos autores que dedicaram tempo na construção dessa obra inédita, pois com a dedicação dos estudiosos da ética, e a esperança dos agentes de desenvolvimento político-cultural, poderemos acreditar no futuro desse País.

Nós, da CAC OAB/SP Pinheiros, dedicamos essa edição à Sociedade Brasileira em constante transformação.

Maio, 2019

OAB SP/PINHEIROS

Paulo Sergio Uchôa
Fagundes Ferraz de Camargo
Presidente

Isabel Cristina Sartori
Vice-Presidente

Eliana Montico
Tesoureira

Adriano Scalzareto
Secretário Geral

Aluisio Monteiro de Carvalho
Secretário Adjunto

COMISSÃO ANTICORRUPÇÃO E COMPLIANCE CAC OAB SP/PINHEIROS

Renata F. Andrade
Presidente

Fabyola Rodrigues
Vice-Presidente

Mariana de Almada Jeveaux
Secretária

Eduardo Gasparini
Secretário

Liane Sampaio
Secretária

CAC COMTEXTO

cac.oabpinheiros@gmail.com

A revista eletrônica CAC COMTEXTO
é editada pela Editora Roncarati e
distribuída gratuitamente.

Os textos publicados nesta revista
são de responsabilidade única de
seus autores e podem não expressar
necessariamente a opinião da CAC
OAB/SP – Pinheiros e Editora Roncarati.



EDITORA RONCARATI LTDA

Fone: (11) 3071-1086

www.editoraroncarati.com.br

contato@editoraroncarati.com.br

Índice

3 EDITORIAL
Renata Fonseca de Andrade

5 APRESENTAÇÃO
Paulo Sergio Uchôa Fagundes Ferraz de Camargo

6 PREFÁCIO
Fabyola En Rodrigues

Compliance

8 AS ORIGENS E O PAPEL DO COMPLIANCE
Adriana Babi Benetti de Souza

13 RESPONSABILIZAÇÃO DO COMPLIANCE OFFICER: O QUE É E
COMO SE PROTEGER
Ana Flávia Azevedo Pereira

22 O COMPLIANCE NA FRANÇA E NO BRASIL
Edmo Colnaghi Neves

27 INVESTIGAÇÃO: DILIGÊNCIA DEVIDA EM COLABORADORES E
TERCEIROS
Iuri Camilo de Andrade

34 COMPLIANCE PARA ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA
Marcelo Lapolla

38 ANÁLISE DO COMPLIANCE COMO ESTRUTURA CORPORATIVA
E O ASSÉDIO SEXUAL CONTRA A MULHER
Raissa Silva Souza

47 O COMPLIANCE REGULATÓRIO E SEU ALCANCE
Rosimara Raimundo Vuolo

54 COMPLIANCE TRIBUTÁRIO E “NOS CONFORMES”
Sóira Soledade A. Celestino

Anticorrupção

60 UMA ANÁLISE DOS 5 ANOS DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA
CELEBRADOS COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO
BRASILEIRA EM NÍVEL FEDERAL
Albert Bayer

66 O REGIME DE RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O
PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA LEI ANTICORRUPÇÃO
Arnaldo Quirino de Almeida

76 A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DE
COMBATE À FRAUDE E À CORRUPÇÃO E DO PROGRAMA DE
INTEGRIDADE NAS ESTATAIS
Julio Cesar Chaves
Nariman Ferdinian Gonzales
Pedro Teixeira Leite Ackel

Inovação

86 CONTRIBUIÇÕES DO BLOCKCHAIN PARA IMPLEMENTAÇÃO DE
POLÍTICAS DE COMPLIANCE
Lucas Albuquerque Aguiar
Luiz Fernando Mendes de Paiva

Apresentação

PAULO SERGIO UCHÔA FAGUNDES FERRAZ DE CAMARGO

Presidente da OAB Pinheiros; Advogado empresarial; Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Pinheiros; Conselheiro do Esporte Clube Pinheiros. Foi Presidente da Comissão de Cultura da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Pinheiros. Autor do livro *Dano Moral Coletivo*, pela Editora Almedina.



Com muita honra recebi o convite para escrever a apresentação nesse primeiro numero da Revista da Comissão Anticorrupção e Compliance da OAB Pinheiros (CAC).

A OAB congrega 6.500 (seis mil e quinhentos advogados) oferecendo diversos serviços que facilitam o dia a dia do advogado, tais como farmácia, livraria, consultório odontológico, posto do Banco do Brasil, Posto de Registro dos Atos das Sociedades de Advogados. E ainda possui 39 Comissões que atuam em diversas frentes, tais como: representação institucional, ação social e estudos temáticos do Direito.

E, dentre as Comissões existentes, destaco que após a edição da Lei Anticorrupção em 2013 foi criada a CAC sob a condução da Dra. Renata Fonseca de Andrade que no decorrer dos últimos 05 (cinco) anos fez um grande trabalho a frente da Comissão.

Atualmente a CAC discute os temas mais importantes sobre anticorrupção e *compliance* e

possui em seus quadros advogados que são referência na área. As reuniões representam o que esperamos da nossa OAB, sempre com um numero significativo de participantes e não raro sendo realizadas em grandes escritórios da região de Pinheiros, ampliando assim a atuação da nossa casa.

E continuando esse trabalho de inovação constante a CAC traz agora a criação da sua própria Revista, iniciativa louvável que democratiza o conhecimento gerado pela Comissão e conta com o apoio da OAB Pinheiros.

E a novidade da revista não poderia ocorrer em melhor momento, uma vez que a OAB Pinheiros esta prestes a concluir seu mais ambicioso projeto que é a conclusão da nova sede.

Certamente teremos um grande futuro juntos com a OAB Pinheiros e CAC, caminhando lado a lado para levarem conhecimento e atendimento de qualidade aos advogados de Pinheiros, realizando uma revista nova e uma sede nova.

Prefácio



FABYOLA EN RODRIGUES

Sócia das áreas Penal Empresarial e de Compliance, Fabyola En Rodrigues lidera o Departamento Criminal Empresarial de Demarest. Possui mais de 20 anos de experiência e alta especialização: doutora em Direito Criminal Empresarial e mestre em Direito Criminal pela PUC-SP e especialista em Crime Empresarial pela FGV. E Vice-Presidente da Comissão de Anticorrupção e Compliance da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Pinheiros (OAB-SP), membro do Comitê de Anticorrupção da American Bar Association (ABA), membro do Comitê de Crimes Transnacionais do International Bar Association (IBA) e membro do Comitê de Compliance do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP)

A necessidade de o homem viver em sociedade sempre esteve presente na história, quer seja por fatores biológicos, segurança ou por afinidade políticas e sociais. Seja qual fosse o século, o continente, ou, o formato, a estrutura de manutenção da relação entre as pessoas pode ser resumida em uma única palavra: procedimento.

Em tempos atuais, nunca analisamos e discutimos tanto a importância de as empresas possuírem procedimentos escritos capazes de retratarem a existência de

políticas, valores e normas internas na gestão da condução dos negócios.

Para tanto, as diretrizes de uma empresa devem ter como ponto focal a implementação, gestão e verificação de ferramentas adequadas para assegurar, evitar, detectar e a oferecer a resposta ou o melhor equacionamento em caso de desvio ou não cumprimento às normas legais. Essas regras objetivas e efetivas devem refletir como um espelho as condutas comissivas e omissivas, do mais alto executivo na empresa

até as de pessoas com funções de menor complexidade.

A última década tem demonstrado uma acelerada tendência mundial em atribuir cada vez mais responsabilidades aos gestores pelos eventuais riscos de seus negócios.

Nesse prisma, o compliance ganha total relevância, sendo considerado pelas autoridades brasileiras e internacionais como o principal conjunto de provas da seriedade e comprometimento de uma empresa e seus executivos com o atendimento das leis e regulamentos.

Nunca estivemos tão atentos em como implementar melhorias nos processos internos dos órgãos fiscalizatórios e sancionadores. Através das normas anticorrupção, essa atuação na fiscalização ganhou reforços com o colegiado das Controladorias do Brasil (da União, dos Estados, do Distrito Federal e das Capitais), que tem se reunido trimestralmente para trocar experiências e práticas exitosas, visando o fortalecimento do controle da Administração Pública.

Os tratados internacionais, com crescente aderência de países de todos os continentes, ganharam intensidade na implementação e execução do cumprimento das obrigações de combate à corrupção e lavagem de dinheiro, sendo a Convenção de Mérida um exemplo da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção em todo o mundo.

Nesse novo cenário, até mesmo mercados que sofrem forte regulação como seguros, bancário e instituições financeiras em geral aumentam cada vez mais suas ferramentas de controle interno para assegurar que não serão penalizados por negligência no estabelecimento e cumprimento de controles de compliance.

Desde a vigência da Lei Anticorrupção, Lei nº. 12.846, de 2013, o Poder Judiciário

nunca esteve tão presente na análise e apresentação de estatísticas, demonstrando um crescimento deveras exitoso do número de buscas e apreensões, cumprimentos de mandados de prisão, delações premiadas e sentenças condenatórias. Nos últimos 5 anos, vislumbramos o crescimento exponencial de 338% no número de operações da polícia federal deflagradas em todo o país.

A Teoria dos Jogos e a Análise Econômica do Direito (*law and economics*) permitiram criar funcionalidades teóricas e práticas como o Dilema do Prisioneiro, que, levados à seara criminal serviram como incentivo para enriquecer a tomada de decisão das Autoridades Policiais e Judiciárias permitindo maior celeridade na avaliação e julgamento de seus casos.

Neste mundo inovador, o Compliance Officer passa então, a ser este novo grande canal entre os executivos e os funcionários de uma companhia, e também um canal para com os prestadores de serviços e terceiros, e, em especial, entre os executivos e as Autoridades.

O resultado imediato é uma sociedade muito menos tolerante à corrupção e a atos em desconformidade com as leis.

O cidadão comum passa a igualmente a se valer dos canais de comunicação para colaborar na apresentação de evidências para que suas garantias individuais sejam asseguradas e os direitos da coletividade sejam respeitados.

A obra coletiva que ora se apresenta retrata muitos dos temas debatidos nas reuniões mensais da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB/Pinheiros, um dos fóruns mais qualificados de incentivo ao amadurecimento da importância do compliance.

São Paulo, junho de 2019

As Origens e o Papel do Compliance



ADRIANA BABI BENETTI DE SOUZA

Mestre em Ciências Sociais – Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC, Pós-Graduada em Administração de Empresas e Graduada em Comunicação Social – Relações Públicas pela Fundação Armando Alvares Penteado, FAAP.

Sócia fundadora da consultoria de Compliance 2IC, atua na área de Compliance desde 2007 com experiência corporativa nas áreas de Governança, Risco e Compliance de empresas multinacionais de grande porte, incluindo a implementação de programas de Monitoramento e Supervisão de Compliance, Integridade (Anticorrupção e Padrões de Conduta), Combate ao Financiamento do Terrorismo e Prevenção à Lavagem de Dinheiro e metodologias de Controles Internos. Também desenvolve e ministra aulas sobre Compliance para associações e entidades voltadas a temática.

Embora a divulgação massiva de escândalos de corrupção e fraude envolvendo grandes corporações, empresas de consultoria renomadas e estatais estejam promovendo o debate contemporâneo acerca do tema “*Compliance*”¹ a impressão é de que o que se conhece sobre a origem deste conceito é algo recente, o tema de fato apresenta uma certa complexidade em sua

conceituação já que existem diversas teorias e frentes que coexistem e respaldam o surgimento do Compliance.

No Brasil, a promulgação da Lei Anticorrupção² em 2013 e o conjunto de investigações da Polícia Federal iniciadas em 2014 marcaram esse período, mas foi com

¹ Compliance – O termo Compliance tem origem no verbo em inglês *to comply*, e agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras ou uma instrução.

² 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.

o Decreto 8.420³ de 2015 que o conceito de Compliance ganhou notoriedade, o mesmo regulamentou a Lei Anticorrupção e tornou os programas de Integridade fundamentais para as empresas brasileiras, em linhas gerais responsabilizou administrativa e civilmente pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Também regulamentou questões como a responsabilização administrativa, as sanções, os acordos de leniência, o cadastro de empresas inidôneas, suspensas e punidas e, fundamentou as diretrizes para a criação de programas de integridade. Nesse contexto a existência de um programa de integridade apropriado e efetivo passou a ser considerado numa eventual hipótese de responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, logo, os programas de Integridade tornaram-se fundamentais para as empresas brasileiras ampliando sua importância para as empresas estrangeiras presentes no Brasil, muitas das quais já possuíam programas e estruturas para o combate a corrupção e a fraude.

É importante contextualizar a convergência entre os programas de integridade e os programas de *Compliance*, já que muitas vezes ambos se entrecruzam ou fazem parte de uma mesma estrutura, de uma forma simplista os programas de integridade são aqueles voltados para o combate à corrupção e todas as suas formas, estão intrinsecamente relacionados a cultura da integridade, já os programas de *Compliance* estão voltados para conformidade, o agir de acordo com uma ordem, um conjunto de regras, podem contemplar normas específicas da indústria, de um país ou até mesmo acordos e tratados internacionais. Contudo um fator é universal a todos esses programas – a ética, base para

a fundamentação das ações morais através da razoabilidade.

No âmbito além-fronteiras uma das teorias mais prováveis e estimadas é que a origem do *Compliance* se deu após a criação das agências reguladoras, a primeira agência reguladora que se tem notícia foi a Comissão de Comércio Interestadual, *Interstate Commerce Commission* – ICC, criada nos Estados Unidos em 1887 com o propósito de regulamentar as ferrovias e posteriormente as estradas, assim como os demais aspectos inerentes a atividade dos portadores, como transportes rodoviários interestaduais e companhias de telefone. Outras agências importantes foram criadas, entre elas a Comissão Federal de Comércio, *Federal Trade Commission* – FTC, criada em 1914, a Agência Federal do Departamento de Saúde e Serviços Humanos, *Food and Drug Administration* – FDA, criada em 1906, e o sistema de Bancos Centrais, *Federal Reserve System* – FRS, criado em 1913. Nessa época os Estados Unidos ocupavam o posto de potência industrial e representavam uma crescente influência na política mundial, essa posição de prestígio induziu o Brasil a adotar o modelo das agências reguladoras, seguindo a linha norte-americana, logo autarquias como o Banco Central – BC, criado em 1964, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, criada em 1976, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada em 1999 e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada em 2000, entre outras, foram instituídas.

Guardadas as devidas contextualizações e proporções o surgimento das agências reguladoras se traduziu numa alternativa para a defesa dos interesses públicos, criou uma base de confiança e atendeu a demanda por eficiência que os mercados necessitavam para que se estabelecesse um grau mínimo de competição e de liberdade razoável, pré-condições para a existência de um mercado capaz de desempenhar adequadamente o seu

3 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.

papel. O início da regulamentação também representou uma participação ativa do Estado norte-americano na economia, fator de descontentamento por parte da indústria, o que por sua vez fez com que algumas empresas tentassem anular judicialmente a regulação estatal, como consequência o que se viu foi um movimento para a diminuição do poder discricionário das agências reguladoras, como resposta o que se viu foi a reestruturação e a profissionalização das mesmas que passaram a adotar conceitos padronizados, capazes de assegurar a responsabilização e a prestação de contas.

Fatores como a guerra, o declínio das importações, a Crise de 1929, a intensa concorrência, somadas as desigualdades das regras provocaram o enfraquecimento do sistema monetário e financeiro, impactando os diversos setores da economia, essa instabilidade econômica também atingiu a indústria regulatória, e provocou a formatação de uma “nova reforma regulatória” que se materializou na promulgação da Lei de Valores Mobiliários, *Securities Act* (1933), e na de Lei Mercado de Valores, *The Securities Exchange Act* (1934). Esse movimento não só recuperou a notoriedade como também fortaleceu a importância e a atuação das agências reguladoras, e de certa forma colocou os reguladores e a fiscalização em um outro patamar, onde o protagonismo na definição dos padrões e procedimentos passou a ser a referência para as indústrias, setores da economia, e comércio. A importância do fortalecimento do processo regulatório foi percebida por outros agentes e ecoou na esfera internacional, entidades intergovernamentais se estabeleceram, tais como o Banco para Assuntos Internacionais, *Bank For International Settlements* (1930) e a Organização das Nações Unidas, *United Nations* (1945), o primeiro voltado para estabilidade monetária e financeira, e o fomento a cooperação internacional e a segunda objetivava a

melhoria das condições econômicas, políticas e sociais.

A nova atuação dos reguladores estava orientada para a qualidade, isto é, condução de processos mais dinâmicos em função do maior conhecimento técnico e na redução de custos regulatórios, portanto maior concentração dos reguladores em setores mais sensíveis, o que consequentemente alargou o envolvimento direto dos agentes de mercado provocando a conscientização e o interesse das indústrias, setores da economia, e comércio pela participação na edição das normas, o aumento dessa participação desencadeou a busca por alternativas capazes de monitorar a própria adesão aos padrões legais, éticos ou de segurança e resultou no surgimento de movimentos voluntários e de associações que passaram a estabelecer princípios para práticas empresariais éticas e de boa conduta, fundamentando a concepção das entidades auto reguladoras e num segundo momento a padronização da regulamentação internacional. O atendimento a essas demandas provocou na indústria a necessidade de se reestruturar, e de mitigar os eventuais conflitos oriundos da própria interação, consequentemente o “estar em conformidade” tornou-se inevitável, e é nesse momento que temos o surgimento do papel, da função e até mesmo da figura de Compliance na iniciativa privada.

Ao compreender essa dinâmica é possível vislumbrar as “origens” do Compliance, ou seja, dependendo dos agentes e mercados envolvidos a “origem” pode ter como fator propulsor uma variável ou inúmeras. Um bom exemplo são os programas de Prevenção a Lavagem de Dinheiro e Combate ao Financiamento do Terrorismo, que despontaram a partir da criação do Grupo de Ação Financeira Internacional, *Financial Action Task Force* (1989), organismo intergovernamental que estabeleceu padrões e promoveu a implementação efetiva de medidas legais, regulatórias e operacionais para

combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e outras ameaças relacionadas à integridade do sistema financeiro internacional. Nessa conjuntura é possível afirmar que a atribuição de *Compliance* surgiu como uma ferramenta para que a iniciativa privada pudesse assegurar o cumprimento e a aderência as normas internas e externas, atendendo reguladores, auto reguladores e organismos internacionais, assim como, viabilizando e zelando pela existência de sistemas de controle capazes de medir e gerenciar adequadamente os diversos riscos inerentes ao negócio.

A incumbência pelo *Compliance* deve estar na raiz da empresa e se relacionar diretamente com a estrutura de governança permanecendo alicerçada em dois níveis: em conformidade com as regras externas, que são impostas a uma organização como um todo, e em conformidade com sistemas internos de controle, que são impostos para alcançar a conformidade com as regras impostas externamente (no âmbito nacional ou até internacional). Este processo deve ser endossado por uma cultura corporativa de *Compliance* capaz de envolver a alta liderança da empresa, tal comprometimento é o motor propulsor para o sucesso, dada a assunção ao compromisso destes dirigentes, o mesmo deve ser cascadeado para os demais colaboradores e partes relacionadas de forma a garantir que os valores sejam perpetuados e mantidos. Além de ratificar a escolha do responsável pelas atribuições, a alta administração deve assegurar que a função possa ser exercida de forma independente, disponibilizando os recursos necessários para o adequado desempenho. Nesse contexto, todos são responsáveis pela conformidade, sendo a principal atribuição da função de *Compliance*, trabalhar em parceria com as demais áreas para identificar e gerir as não conformidades, provendo ferramentas que suportem efetivamente as áreas

de negócios, operacionais, colaboradores e parceiros de forma que estes cumpram com as leis, normas, e regulamentos pertinentes.

Entre as ferramentas mais usadas estão as políticas e os procedimentos – essenciais para garantir a efetividade e a melhoria contínua do programa de *Compliance*, as principais políticas devem estar acessíveis a todos os interessados, ser definidas em linguagem clara e amplamente divulgadas, já que permitem a avaliação da adequação e do cumprimento das regras. Além disso, devem refletir a realidade e as características da organização sempre convergindo com as diretrizes do código de conduta. A comunicação e o treinamento também são ferramentas centrais – auxiliam no processo de educação e conscientização do público interno e externo, tais como colaboradores e partes relacionadas. Por último, mas não menos importante o monitoramento – crucial para avaliar a efetividade e a melhoria contínua do programa, pode ter suas informações subsidiadas por relatórios e indicadores-chave, possibilitando a integração de informações importantes e auxiliando a medição e o reporte dos riscos de toda a organização para áreas impactadas e principalmente para a alta administração.

Obviamente essas não são e nem serão as únicas ferramentas disponíveis, também não são os únicos indicadores de supervivência das empresas, a globalização, assim como a necessidade por maior transparência exigem a constante reestruturação no atendimento prestado aos reguladores e auto reguladores, contudo ao cumprir as etapas aqui listadas certamente encurtamos o caminho para a perpetuação e a sustentabilidade de qualquer negócio. A maturidade dos programas, assim como o papel do *Compliance* estão intrinsecamente relacionados a dinâmica da empresa, e acabam sendo objeto de discussão dos diversos agentes no âmbito nacional e internacional, e à medida que

a dinâmica corporativa das empresas é impactada e sofre alterações os programas devem ser revistos e adequados.

É possível afirmar que o surgimento das agências reguladoras e auto reguladoras não só acelerou o desenvolvimento da regulação prudencial voltada para a segurança sistêmica e para o estabelecimento de medidas estruturais capazes de priorizar de forma proativa o monitoramento e a supervisão das indústrias, setores da economia, e comércio, como também provocou nestes a necessidade de se reestruturar, e de mitigar os eventuais conflitos oriundos da própria interação, resultando

na origem do Compliance na iniciativa privada. Logo projetar esforços para perpetuar um programa de *Compliance* com uma cultura estável e vívida, aliado a ferramentas de gestão apropriadas podem fazer a diferença na sustentabilidade de qualquer negócio, e além de fomentar uma cultura transparente e ética, tendo como alicerce o respeito aos princípios e a legislação, permite o uso eficiente e consciente dos recursos, viabilizando a gestão adequada dos riscos que podem ser minimizados ou até eliminados, sem dúvida a prevenção é certamente o plano de negócios mais sábio, e é isso que o Compliance deve propiciar.

Responsabilização do *Compliance Officer*: o que é e como se proteger

ANA FLÁVIA AZEVEDO PEREIRA

Advogada de Compliance Anticorrupção e Investigação. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Formada pela Faculdade de Direito da UFMG (2015). Possui pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal (IDP).



1. Introdução

Administradores, conselheiros e diretores tem, com base na Lei de Sociedades Anônimas, o dever de empregar, no exercício de suas atribuições, o cuidado e diligência que se esperaria de um homem ativo e probo na condução dos seus próprios negócios. O cumprimento de suas atribuições é verificado não pelos resultados de suas ações ou omissões, mas pelos meios empregados em seu processo de tomada de decisão, pois sua obrigação é de meio, e não de fim.

O administrador não será pessoalmente responsabilizado por resultados negativos de sua gestão quando agir de forma diligente, bem informada, refletida e desinteressada, sem desvio de conduta ou omissão no exercício de suas atribuições e decidir com boa fé e respeitando as normas internas (*business judgment rule*). No entanto, o administrador responde pelos prejuízos que causar a terceiros quando proceder com culpa ou dolo ou quando violar a lei ou o contrato/estatuto social da empresa.

No que tange especificamente à responsabilização do *Compliance Officer*, não está

claro na legislação os contornos de suas obrigações profissionais e as consequências em caso de descumprimento. Diante disso, o presente artigo se debruça sobre a importante tarefa de tentar delinear tais obrigações e sugerir certas precauções para limitar os riscos de responsabilização do *Compliance Officer*.

2. Atribuições e poderes do *Compliance Officer*

As atribuições e poderes do *Compliance Officer* dentro de empresa dependem da distribuição de competências e responsabilidades pelo Conselho de Administração ou pela Assembleia Geral e devem estar previstas no estatuto da empresa. Entretanto, sob nenhuma hipótese, pode outorgar-se ao *Compliance Officer* atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração.

Na maioria das empresas, o responsável pelo *Compliance* está em nível hierárquico inferior ao Conselho de Administração e à Diretoria Estatutária e não tem poder decisório ou disciplinar, mas um papel de aconselhamento. O administrador delega competências e responsabilidades ao *Compliance Officer*, mas não pode eximir-se delas e mantém o dever de acompanhar adequadamente o seu trabalho.

Ao assumir a gestão delegada, o *Compliance Officer* tem o dever de agir com diligência e vigilância adequadas, considerando o universo de informações às quais tem acesso. Caso contrário, também será responsabilizado pela prática do ato ilícito, por ter sido omissor. Por isso o *Compliance Officer* deve entender o mapa de responsabilidades da empresa e como as atribuições foram distribuídas entre os diretores e certificar-se que ele próprio e seus funcionários compreendem bem as áreas específicas pelas quais é responsável.

Recomenda-se que o Programa de Integridade e a gestão de riscos da empresa não sejam de responsabilidade apenas da área de *Compliance*, mas de todos na empresa, especialmente aqueles que participam da verificação de clientes e fornecedores (KYC e KYS); de licitações; de campanhas de marketing (doações, brindes, hospitalidades) etc. Um *Compliance Officer* diligente deve saber compartilhar responsabilidades, absorvendo e/ou delegando tarefas.

3. Responsabilização do *Compliance Officer*

Os deveres de cumprir as leis; vigiar e prevenir atos ilícitos e de evitar que causem danos aos bens jurídicos de terceiros incumbem, em última instância, aos acionistas e diretores estatutários da empresa. O *Compliance Officer* cujo papel seja meramente consultivo, não está obrigado a impedir a ocorrência de um ato ilícito¹.

Entretanto, na medida em que a organização da atividade econômica se torna mais complexa, poderes e atribuições são delegados aos administradores e órgãos da estrutura corporativa que então delegam àqueles responsáveis pela implementação do Programa de Integridade. Tal delegação modifica a posição jurídica do delegante, liberando-o do dever de vigiar, prevenir e evitar prática de atos ilícitos para assumir o dever de vigilância e supervisão sobre as atividades do delegado, o *Compliance Officer*.

Em geral, quando identificado um ato ilícito praticado pela empresa, seus administradores podem ser responsabilizados caso:

¹ A legislação anticorrupção brasileira não exige um programa de integridade capaz de prevenir todos os atos lesivos. O Decreto Regulamentador da Lei Anticorrupção (Decreto nº 8.420/2015) avalia a efetividade do programa de integridade especificamente com relação ao ato lesivo praticado para fins de redução de multa administrativa e o Manual da CGU estipula a redução da multa administrativa desde que haja “um bom nível de efetividade”.

(i) o ato tenha sido praticado por deliberação do Conselho; (ii) tenha havido falha na fiscalização dos atos de gestão executiva delegados; e/ou (iii) tenha havido falha na adoção de medidas efetivas para evitar/corrigir irregularidades.

Conforme será detalhado a seguir, o *Compliance Officer*, por sua vez, pode ser responsabilizado administrativa, civil e penalmente pela prática de ato ilícito; por quebra de dever fiduciário e prejuízos causados em virtude dessa quebra (caso se trate de cargo estatutário); por induzir o Conselho a erro invencível caso não proveja o órgão diretivo com conhecimento necessário para tomada de decisão; se omitir do dever de informar ao órgão diretivo sobre irregularidades de que sabia; e/ou se omitir em adotar medidas que estavam incluídas nas suas atribuições e que, pelo menos em tese, poderiam ter evitado a ocorrência do ato ilícito.

a. Responsabilidade Administrativa

Administradores, Diretores e Conselheiros de empresas que operam no mercado de capitais podem ser responsabilizados perante a CVM que, no exercício de seu poder sancionador, adverte, multa, inabilita para o exercício do cargo e proíbe ou suspende autorização para atuar no mercado de valores mobiliários.

Essas sanções visam a evitar a desestimular violações à legislação de mercado de capitais e garantir o desenvolvimento e adequado funcionamento do mercado. A multa, por exemplo, é sanção pecuniária e não se presta a indenizar prejuízo causado a terceiros. À exceção da multa e da advertência, as demais sanções somente poderão ser impostas em caso de infração grave, que se refere a descumprimento do dever fiduciário de diligência e lealdade.

A Lei nº 13.506/2017 regulamentou o processo administrativo sancionador na esfera de atuação da CVM e previu que membros

do comitê de auditoria poderão ser sancionados em razão da prática de atos ilícitos. Há precedente recente da CVM considerando a prática de atos de corrupção como quebra de dever fiduciário².

b. Responsabilidade Civil

Além do processo administrativo disciplinar, o *Compliance Officer* em cargo estatutário responde pelos prejuízos causados em virtude da violação de seus deveres fiduciários. O dever de indenizar surge a partir da existência de: (i) dano; (ii) conduta ilegal; (iii) falha, intencional ou não; e (iv) conexão causal entre a conduta e o dano. Esta análise deve ser feita caso a caso, considerando sempre as suas atribuições³.

Alguns juristas consideram este um caso de responsabilidade objetiva, que existiria apesar da ausência de dolo e presença de culpa. No entanto, é mais aceito que se trata de responsabilidade baseada em culpa com uma mudança do ônus da prova. Portanto, é responsabilidade do *Compliance Officer* provar a inexistência de dano, falha ou conexão causal entre eles⁴.

Também é importante observar as esferas de responsabilidade às quais o *Compliance Officer* está sujeito: (i) perante a própria empresa, prescrita no artigo 158 da Lei das S.A.s.; (ii) perante os acionistas e as perdas causadas a eles diretamente; e (iii) perante as partes interessadas da empresa afetadas pela conduta do *Compliance Officer*, como previsto pelo Artigo 155, §3º da lei⁵.

2 A CVM inabilitou por cinco anos um diretor que praticou ato de corrupção e fraudou controles internos e inocentou um diretor que assinou de boa-fé um contrato fraudulento, por acreditar na lisura da operação.

3 GOMES, Orlando. Responsabilidade dos administradores de sociedades por ações. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro n. 8. São Paulo: RT, 1972.

4 LONGHI, Caio Scheunemann. Deveres e Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades por Ações. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. p.113-116.

5 VON ADAMEK, Marcelo Vieira. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas, São Paulo: Saraiva, 2009.

c. Responsabilidade Penal

A Lei Anticorrupção brasileira trata da responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, enquanto o Código Penal trata da responsabilidade de pessoas físicas. A responsabilidade penal é subjetiva e personalíssima, ou seja, só responde pelo crime aquele que efetivamente o praticou, participou na consecução ou de alguma forma concorreu para a prática.

Ainda assim a Lei Anticorrupção menciona genericamente a responsabilidade de dirigente ou administrador, na medida da culpabilidade; e de qualquer pessoa física autora, coautora ou partícipe do ato lesivo. Entretanto, o simples cargo de gerência, sem indícios de participação no crime, impede a responsabilização penal. Mesmo assim, diante da dificuldade de individualizar condutas, muitas vezes as autoridades investigam todas as pessoas físicas que detinham cargo estatutário à época dos fatos investigados⁶.

A conduta criminosa pode ser comissiva, quando o indivíduo pratica a conduta descrita na lei; omissiva, quando se omite e assim concorre para o resultado criminoso; ou comissiva por omissão, quando possui posição de garante e deixa de tomar decisões e medidas para evitar uma conduta delituosa da qual tinha conhecimento.

Sendo assim, mesmo sem praticar uma conduta comissiva, o *Compliance Officer* pode ser responsabilizado penalmente. Contudo, não poderá ser responsabilizado por um crime já consumado no interior da empresa, pois não é crime deixar de denunciar às autoridades. Ele somente será responsabilizado se, antes da consumação

do crime, tiver ciência da possibilidade de sua ocorrência⁷.

A conduta omissiva, se dá quando o *Compliance Officer* deixa, por negligência, de adotar medidas concretas que estavam incluídas nas suas atribuições e que, pelo menos em tese, poderiam ter evitado a ocorrência do delito⁸. A conduta comissiva por omissão, por sua vez, pressupõe o dever de garante de vigiar, controlar e evitar resultados lesivos.

Tais deveres incumbem primordialmente aos acionistas e diretores estatutários, mas podem ser delegados ao *Compliance Officer*. Assim, ele assume o controle dos riscos e transforma-se em uma espécie de garante solidário pelo desenvolvimento e manutenção do Programa de Integridade; controle e prevenção de violações; supervisão da obediência por parte dos Colaboradores; e comunicação de irregularidades aos órgãos executivos da empresa.

A posição de garante faz com que o *Compliance Officer* responda criminalmente como se tivesse agido positivamente (comissivo) nas situações em que se omitiu das suas obrigações (por omissão). Entretanto, a responsabilidade penal só pode derivar dos deveres efetivamente assumidos dentro do alcance real e material da delegação. Se não existir, na estrutura de delegação de deveres, o dever específico, o *Compliance Officer* não terá sido concretamente encarregado de tais atribuições e, portanto, não haverá responsabilidade penal⁹.

6 CARA, Marília de. A aplicabilidade do seguro de responsabilidade civil de administradores e diretores no âmbito da administração das companhias. 2013. 55 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 26.

7 SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade. São Paulo: Liber Ars, 2016. p. 57.

8 Nos Estados Unidos a *Securities and Exchange Comissions* (SEC) responsabilizou pessoalmente o *Compliance Officer* por atos lesivos apesar de ter adotado medidas mitigatórias, investigado os fatos e resolvido a questão, por entender que não implementou políticas e procedimentos capazes de preveni-los.

9 SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade. São Paulo: Liber Ars, 2016. p. 56.

A conduta comissiva por omissão se dá quando o *Compliance Officer* ciente da possibilidade de um ato ilícito ocorrer (i) encarregado apenas de informar ao órgão diretivo sobre irregularidades de que sabia, se omite no seu dever (cúmplice); (ii) encarregado de prover o órgão diretivo com conhecimento necessário para tomada de decisão, faz com que este incorra em erro invencível que leva à prática de um ato de gestão que constitui um delito (autor mediato); ou (iii) dolosamente não age para impedir conduta delitiva que por suas atribuições poderia evitar (coautor)¹⁰.

Quanto à possibilidade de evitar a ocorrência do delito, é preciso que este esteja na iminência de se consumar; que o *Compliance Officer* deliberadamente tenha se omitido do dever de abrir investigação e/ou informar os órgãos internos responsáveis ou que, tenha sido negligente na implementação e desenvolvimento do Programa de Integridade.

4. Como limitar riscos de responsabilização do *Compliance Officer*

Para limitar os riscos de responsabilização pessoal recomenda-se duas medidas centrais: precaver-se na condução do programa de integridade e na gestão de riscos e providenciar um seguro ou contrato de indenidade com cobertura adequada para os riscos associados às suas atribuições e poderes.

a. Precauções na condução do Programa de Integridade

Governança corporativa e Programa de Integridade provêm diretrizes importantes

para a conduta administrativa do *Compliance Officer*, que deve adotar estratégias prudentes em operações; promover a transparência dos negócios e processos decisórios; e não coadunar com negligência no tratamento de irregularidades.

A empresa deve adotar mecanismos que confirmem ao *Compliance Officer* as condições necessárias para o cumprimento legítimo de suas obrigações em conformidade com as políticas internas da empresa e as leis aplicáveis. Tais condições envolvem: (i) qualificação técnica e conduta apropriada e idônea; (ii) cultura organizacional que lhe confira respaldo para exercer suas atribuições com independência profissional e representatividade; (iii) clareza dos seus deveres e atribuições: como está autorizado a agir, seu âmbito de decisão e o que é esperado pela empresa; (iv) poder de deliberação, operação e controle de resultados adequados para a área de *Compliance*; (v) transparência e legalidade da empresa; e (iv) capacidade de avaliar a aderência às políticas internas da empresa e leis aplicáveis¹¹.

Para atender às suas atribuições, o *Compliance Officer* deverá: (i) participar regularmente nas reuniões do Conselho de Administração, aconselhando-o de forma independente, sempre considerando o interesse da empresa (não pessoal), e reportando casos sensíveis que demandem providências; (ii) se informar sobre os negócios e condutas comerciais e corporativas da empresa; (iii) estar preparado para operacionalizar os procedimentos de controle e apuração de denúncias; (iv) inquirir os gerentes e funcionários sempre que enfrentar problemas ou questões em potencial; (v) manter canal de interlocução aberto e transparente com os diretores das demais áreas da empresa, especialmente

¹⁰ SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade. São Paulo: Liber Ars, 2016. p. 58.

¹¹ ABRAPP. A Governança e o cumprimento do Dever Fiduciário. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/TrabalhosComissao/2009_CTN%20Governanca.pdf>.

as mais sensíveis, como contratações, licitações e relações institucionais; (vi) manter em sigilo todas as questões envolvendo a empresa que ainda não tenham sido divulgadas ao público; (vii) nunca enganar ou desinformar os acionistas e diretores estatutários e fornecer-lhes todas as informações materiais necessárias para permitir uma decisão informada; (viii) ser proativo na condução de suas atribuições; e (ix) documentar todo processo de troca de informações e tomada de decisão.

Além disso, o *Compliance Officer* deve se atentar a algumas obrigações adicionais específicas do exercício de suas atribuições. Primeiramente, é preciso documentar a divulgação de informações sobre o Programa de Integridade e a realização de treinamentos. O *Compliance Officer* deve acompanhar quem recebeu qual informação, se a leu e compreendeu e constantemente arquivar documentos que provem a eficácia do Programa de Integridade para mitigar riscos de responsabilização pessoal. A documentação é importante para explicar às autoridades exatamente como o *Compliance Officer* lida com as situações de riscos e integridade e por quê¹². Adicionalmente, ferramentas tecnológicas podem ser usadas para avaliar a eficiência do Programa de Integridade a partir da coleta e processamento de dados sobre número de violações, políticas violadas, etapa do procedimento não está sendo seguida, departamentos envolvidos em irregularidades etc..

Em segundo lugar, é importante estabelecer um canal de comunicação direto com o Conselho de Administração para a hipótese de alguma violação ser identificada. Esse canal é especialmente relevante para os casos em que a irregularidade ou denúncia envolva pessoa que administra os negócios diariamente, como CEOs e membros

da liderança da empresa. Em terceiro lugar, é indispensável gerenciar riscos e operacionalizar o processo de controle: produzir avaliações de risco, implementar controles efetivos e monitorar esses controles com métricas significativas.

Em quarto lugar, o *Compliance Officer* deve se preocupar em compartilhar a responsabilidade pela operacionalização do programa de integridade com demais áreas, entendendo o mapa de distribuição de competências da empresa. Por exemplo, os procedimentos de *background check*, *due diligence* e contratação de Terceiros; a interação com agentes públicos (participação em licitações, obtenção de licenças etc.); e campanhas de marketing (distribuição de brindes, presentes e hospitalidades) exigem um relacionamento próximo com diversos departamentos.

Por último, o *Compliance Officer* deve refletir criticamente sobre a mentalidade da empresa. Um programa de integridade não deve ser *pro forma*, mas ajustado ao comportamento das pessoas para que sejam éticas em seus negócios. O *Compliance Officer* deve se questionar também sobre o seu comportamento frente ao seu papel dentro da empresa: se perguntar se tomou todas as medidas que são necessárias para evitar o ato ilícito; se fez seu trabalho conforme suas atribuições e se foi proativo na busca por soluções.

b. Cobertura securitária

É comum empresas de grande porte proverem aos seus Administradores e Diretores seguros de responsabilidade civil (seguro D&O, do inglês "*Directors and Officers Insurance*") ou contratos de indenidade, como forma de atrair e reter profissionais qualificados e incentivar práticas corporativas inovadoras.

Para protegê-los, uma primeira opção é celebrar contrato de indenidade, em que a empresa se responsabiliza por parte do

¹² Nos Estados Unidos, a demora do *Compliance Officer* em oferecer informações às autoridades pode ser entendida como indicativo de que não estão existindo ou não estão sendo armazenadas adequadamente.

pagamento, reembolso ou adiantamento de recursos necessários em investigações, defesas ou condenações, em processos arbitrais, judiciais ou administrativos. Diferente do seguro, em que a empresa paga o prêmio para que a seguradora arque com os custos do Administrador, no contrato de indenidade a própria companhia assume parte do risco financeiro individual do Administrador.

A CVM teceu recomendações sobre a celebração desse contrato no Parecer de Orientação nº 38, de setembro de 2018. A CVM recomenda que não sejam indenizáveis as despesas decorrentes de atos dos administradores praticados em violação aos padrões de conduta legais a que estão sujeitos, quais sejam: (i) fora do exercício de suas atribuições; (ii) com má-fé, dolo, culpa grave ou mediante fraude; ou (iii) em interesse próprio ou de terceiros, em detrimento de interesse social da companhia.

A CVM recomenda, ainda, que tais excluídas da indenização estejam previstas no contrato e sua incidência no caso concreto seja averiguada antes da decisão sobre sua concessão. Caso a empresa decida adiantar as despesas do administrador antes da decisão final do processo, o Administrador fica obrigado a devolver os valores adiantados caso reste comprovado que o ato praticado não é passível de indenização.

Antes de iniciar as negociações de um contrato de indenidade, cabe ao *Compliance Officer* procurar saber se há previsão estatutária sobre a indenidade e, em caso positivo, seus termos. Ao negociar, deve se preocupar em prever no contrato as seguintes informações: (i) a existência ou não de valor-limite, e qual esse valor; (ii) o período de cobertura; (iii) se seu cargo está abarcado; (iv) as hipóteses excludentes; (v) as despesas incluídas; e (vi) os procedimentos relativos ao pagamento.

Uma segunda opção são os seguros de Responsabilidade Civil D&O (Seguro RC

D&O) contratados por uma pessoa jurídica (tomador) em benefício de (i) Diretor, Administrador, Conselheiro, ou outro cargo executivo, eleito e/ou nomeado; (ii) pessoa física em cargo de gestão; (iii) pessoa física contratada por estes últimos para darem assessoria. Tais seguros protegem o patrimônio individual do segurado contra o risco de eventuais prejuízos causados a terceiros por atos praticados pelo segurado. O seguro protege também o tomador e seus acionistas, considerando que eventualmente poderão ser chamados a ressarcir seus Administradores por danos pessoais.

As apólices dos seguros cobrem os custos individuais do segurado e, em geral, envolve custos de defesa, com processos e advogados; indenizações e acordos; e condenações derivadas de ações civis de ressarcimento de danos movidas por acionistas.

A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) estabeleceu diretrizes para operação desse tipo de seguro através da Circular 553 de maio de 2017. A Circular vedou referências à legislação estrangeira, como por exemplo o Foreign Corruption Practice Act (FCPA) norte-americano, quando o âmbito geográfico de cobertura da apólice for o território nacional. Por isso, deve-se atentar à necessidade de estender a cobertura a jurisdições internacionais.

A Circular previu que, via de regra, o seguro protege contra atos ilícitos culposos. A garantia do seguro não se aplica nos casos em que os danos causados a terceiros decorram de atos ilícitos dolosos, isto é, praticados pelo segurado comprovadamente com dolo¹³ ou culpa grave¹⁴. Previu ainda direito de regresso da seguradora

13 A Circular definiu ato doloso como “ações ou omissões voluntárias, que violem direito e/ou causem dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”.

14 A Circular definiu culpa grave como “aquela que, por suas características, se equipara ao dolo, sendo motivo para a perda de direitos por parte do Segurado. A culpa grave deverá ser definida pelo Judiciário ou por arbitragem”.

sobre custos de defesa e honorários advocatícios, caso posteriormente o segurado reconheça sua responsabilidade ou constata-se que os danos foram causados em decorrência de atos ilícitos dolosos. Ou seja, nos casos de corrupção, aquele que admitir sua participação dolosa por meio de delação premiada, ou for condenado pela Justiça por atos dolosos, perderá a cobertura do seguro e terá que reembolsar a seguradora caso ela tenha adiantado os custos da defesa judicial.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a cobertura securitária não inclui atos dolosos, principalmente se cometidos para favorecer a própria pessoa do Administrador em detrimento do patrimônio da sociedade. Na visão do Tribunal, tal restrição se justifica para evitar redução no grau de diligência ou a assunção de riscos excessivos pelo gestor, o que comprometeria tanto a atividade de *compliance* da empresa quanto as boas práticas de governança corporativa¹⁵.

Ainda, a Circular previu expressamente que em caso de acordo, a seguradora deverá aprovar sua celebração previamente. De forma semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou no sentido de que acordos de colaboração premiada ou leniência firmados sem aprovação prévia das seguradoras podem inviabilizar a cobertura securitária¹⁶.

Sendo assim, a cobertura da apólice pode ser vastamente negociada tanto antes quanto depois da contratação do seguro, caso seu uso se faça necessário. Por isso, estar bem assessorado é importante para garantir que a cobertura não possui falhas que exponham o segurado a riscos e custos desnecessários.

Alguns aspectos relevantes para serem discutidos durante a negociação com a seguradora são (i) os limites de cobertura da apólice; (ii) as hipóteses de exclusão de cobertura; e (iii) momento de materialização do sinistro.

Os limites de cobertura dizem respeito, principalmente, a (i) custos abarcados; (ii) datas e prazos de vigência da apólice; e (iii) tipo de responsabilidade, especialmente a criminal. As indenizações ao segurado podem envolver despesas com: advogados e recursos de defesa; investigações privadas; condenações (arbitrais, judiciais e administrativas), que vão desde multas e outras penalidades, reparação de danos causados a pessoas e entes privados ou também a entidades públicas, e valores negociados em acordos de colaboração premiada ou leniência.

As datas e prazos envolvem a discussão de data limite de retroatividade da cobertura, prazo complementar ou suplementar para apresentar reclamações¹⁷, e a cobertura de administrador mesmo depois de deixar o cargo. Quanto ao tipo de responsabilidade, a Circular da SUSEP estipulou como cobertura básica principal do seguro cláusula versando sobre a defesa em juízo cível, trabalhista, penal e/ou administrativo e/ou arbitral e também cobertura de multas e penalidades cíveis e administrativas. Entretanto, a indenização por multas pecuniárias de origem criminal deve ser contratada em extensões específicas de cobertura.

A causa mais comum de exclusão de cobertura, quando o Administrador perde o direito de acionar o seguro para arcar com seus custos, é pela prática de ato ilícito com dolo ou culpa grave. Nesses casos, a exclusão da apólice serve como uma

15 REsp 1601555 SP 2015/023154107. Órgão Julgador 3ª Turma. Publicação DJe 20/02/2017. Julgamento? 14/02/2017. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas.

16 APC 1011986-32.2017.8.26.0100, TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

17 Na definição da Circular, reclamações são notificações que comunicam a instauração de processo administrativo, judicial ou arbitral, pleiteando reparação (pecuniária ou não) e/ou responsabilização em decorrência de ato, pretensamente danoso, praticado pelo segurado no exercício de suas funções no tomador do seguro.

punição pela conduta desonesta ou criminosa do segurado que intencionalmente causou danos e indevidamente lhe gerou ganhos ou favoreceu.

Cabe negociar no contrato a definição de ato ilícito culposo e doloso, se inclui ações e omissões, quebra do dever fiduciário, conduta criminosa etc.; e se abarca condutas sob investigação em inquérito policial, condutas denunciadas ou condenadas (em qual instância ou transitada em julgado).

É importante negociar também qual será o gatilho para materializar o sinistro ou cancelar a cobertura do seguro: citação em colaboração premiada, intimação para testemunhar, busca e apreensão, condução coercitiva etc.. Caso o gatilho inicial seja o envolvimento do segurado em processo judicial, administrativo ou arbitral, deve ser definida qual a fase processual implicará em quebra do seguro: se a mera abertura de procedimento investigativo, aceitação de denúncia, abertura de processo e em qual órgão

(CADE, TCU, CGU, apenas para citar alguns), ou condenação e em qual instância.

5. Conclusão

No cenário brasileiro atual, exercer cargo de *Compliance Officer* se mostra um desafio cada vez maior e que implica riscos crescentes. Ao mesmo tempo, desde a deflagração da Operação Lava Jato a mobilização pelo combate à corrupção se expande e se torna cada vez mais relevante e necessária. Sendo assim, a alternativa que resta à empresa e ao *Compliance Officer* é conhecer muito bem as responsabilizações a que estão sujeitos; tomar as precauções necessárias na condução de Programas de Integridade e na gestão de riscos; e providenciar um seguro ou contrato de indenidade com cobertura adequada para os riscos associados às suas atribuições e poderes.

O Compliance na França e no Brasil



EDMO COLNAGHI NEVES

Diretor Jurídico de multinacionais durante dez anos; Doutor em Direito do Estado PUC SP; Autor do livro Compliance Empresarial, dentre outros; Presidente do IBDEE – Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial; Professor e Palestrante em Universidades e entidades: PUC, FIA, ESA, EPD, FDV, INTELJIUR, Câmaras Francesa, Canadense, Italiana e Suíça; Consultor no Escritório Viseu Advogados.

A corrupção é um fenômeno que atinge as mais diferentes culturas de todo o planeta desde os tempos mais remotos. Atualmente, no entanto, este impacto é bem diferenciado dependendo do país ao qual nos referimos e neste contexto é importante considerar como as iniciativas legais e administrativas para o seu combate, bem como para promoção da observância da lei em geral e de princípios de ética nos negócios, de cada localidade, também se diferencia.

Assim sendo, nos limites do que esta breve análise nos permite, propomos fazer uma análise comparativa do Compliance na França e no Brasil, usando este tema não somente como sinônimo de “conformidade”, mas como o conjunto das atividades rotineiras e práticas que buscam fomentar a legalidade e a ética de uma empresa, um órgão público ou qualquer outro tipo de associação ou entidade.

Em termos de normas jurídicas sempre é bom lembrar que desde a década de setenta

já existia o denominado FCPA – Foreign Corruption Practice Act nos Estados Unidos, aplicável não somente às empresas norte-americanas, como também àquelas empresas inscritas na Bolsa de Nova York, às empresas que atuaram no território norte-americano e empresas que fizeram negócios envolvendo bancos norte-americanos.

Além disto, a influência do FCPA nas jurisdições estrangeiras e nas práticas do Compliance é mais efetiva ainda se considerarmos que grandes conglomerados norte-americanos ou inscritos na referida Bolsa passam a fazer exigências de seus fornecedores tais como assinatura de contratos com cláusula de Compliance, assinatura e comprometimento de seus Códigos de Conduta ou ainda, em alguns casos, a participação em treinamentos. Assim sendo, o FCPA não é uma norma distante que se estuda somente a título de Direito Comparado. De forma diversa, faz parte de nosso dia – a dia.

O FCPA estabelece normas relativas a pagamentos indevidos, corrupção passiva e corrupção ativa e estabeleceu que a simples oferta de um pagamento indevido já caracteriza o ilícito. De outro lado, também vincula a caracterização do ilícito à oferta de benefícios econômicos que geram a expectativa de concretização de contratos e negócios com o Governo.

Outra parte importante do FCPA diz respeito aos livros e registros “books and records”. O histórico do surgimento do FCPA está relacionado ao escândalo envolvendo o presidente dos Estados Unidos Richard Nixon e negócios firmados entre empresas privadas e órgãos governamentais que não foram devidamente e completamente contabilizados, dentre outras coisas. Certamente uma contabilidade precisa e completa inviabiliza pagamentos indevidos, sendo assim ambos os temas (pagamentos indevidos e registros contábeis e financeiros) diretamente relacionados.

A norma é aplicada conjuntamente pelo DOJ (Department of Justice) e pela SEC (Security Exchange Committee), responsável pela fiscalização das empresas que atuam na bolsa de valores, algo semelhante à CVM – Comissão de títulos e valores mobiliários do Brasil.

Referidos órgãos tem aplicado penas altíssimas às empresas do mundo inteiro que se envolveram em pagamentos indevidos a funcionários públicos estrangeiros e outros casos de corrupção, além da imposição da adoção de programas de compliance que são objeto de monitoramento contínuo por determinado tempo além da nomeação, em alguns casos mais extremos, de um monitor dentre dos estabelecimentos da empresa, com acesso a todos os seus negócios.

Veja-se a seguir alguns exemplos de uma das listas informadas pelo DOJ nos últimos anos:

- Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras (Brazil): \$1.78 billion in 2018.
- Telia Company AB (Sweden): \$965 million in 2017.
- Siemens (Germany): \$800 million in 2008.
- VimpelCom (Holland) \$795 million in 2016.
- Alstom (France): \$772 million in 2014.
- Société Générale S.A. (France): \$585 million in 2018.
- KBR / Halliburton (United States): \$579 million in 2009.
- Teva Pharmaceutical (Israel): \$519 million in 2016.
- Keppel Offshore & Marine Ltd.(Singapore): \$422 million in 2017.
- Och-Ziff (United States): \$412 million in 2016.

Observe-se que dentre as empresas listadas constam empresas francesas e a brasileira

Petrobrás a qual, dependendo do critério que se adote para criar a lista, acaba sendo excluída da lista das dez maiores penas, tendo em vista que neste caso foi acordado que 80% da penalidade seria paga no Brasil e somente 20% nos Estados Unidos.

Há alguns anos, antes do Governo Donald Trump, o DOJ era liderado pela procuradora-geral Sally Yates, que mudou os rumos e diretrizes do Departamento no que dizia respeito aos acordos firmados. Partindo da premissa que empresas são ficções jurídicas, de que os ilícitos são cometidos por pessoas físicas e que em muitos casos pessoas poderosas se escondem atrás das organizações, a Procuradora Geral determinou um foco mais direcionado em apenas os executivos.

Foi divulgado um documento denominado de Memorando Yates, por meio do qual passou a ser exigido das empresas que denunciassem todos os executivos envolvidos, sem importar sua hierarquia, para que as empresas conseguissem a assinatura de referidos acordos. Em outras palavras, sem estas denúncias, as empresas não poderiam firmar os acordos relativos às investigações e penalidades de atos de corrupção e violação dos livros e registros contábeis e financeiros.

Além disto, foram atribuídas tarefas específicas a procuradores do DOJ especializados em matérias cíveis e matérias criminais de tal sorte a identificar os patrimônios dos executivos e impor penas pecuniárias eficientes, que não podem ser pagas pelas empresas, dentre várias outras medidas.

O fato é que os Estados Unidos assumiram a liderança mundial no combate à corrupção, vindo o Reino Unido somar-se a esta liderança com a publicação em 2010 de sua norma anticorrupção denominada de UKBA – United Kingdom Bribery Act que, comparado com o FCPA, apresenta várias diferenças, destacando-se a criminalização da chamada “corrupção privada”,

lembrando-se que o FCPA está direcionado somente àquela corrupção envolvendo órgãos e funcionários públicos, bem como a criminalização e penalização de programas de compliance que sejam negligentes no seu objetivo de combater a corrupção.

Na França, por sua vez, o combate à corrupção já existe há vários séculos. Notícias nos dão conta que no início do século XIX, na era napoleônica, já existiam prescrições legais relativas à corrupção. Com efeito, constava dos artigos 177 e 179 do Código Penal francês de 1810 vedações e penalidades para as práticas de corrupção. Em 19 de fevereiro de 1919 também foi publicada norma vedando e apenando a denominada corrupção privada.

Este país sempre foi signatário de convenções internacionais de combate à corrupção, como a convenção da OCDE Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico relativa a funcionários públicos internacionais, dentre outros, tendo as empresas francesas boa reputação no mercado internacional, sendo considerado um ambiente seguro pelos investidores.

No entanto, o fato é que muitas críticas foram recebidas de organizações públicas internacionais, bem como de ONGS – organizações não governamentais, ressaltando que muitas iniciativas careciam de efetividade, ainda que existisse legislação sobre corrupção passiva e ativa, direta e indireta, local e estrangeira, pública e privada. Como se observa da lista de empresas punidas pelo DOJ, ali também constaram várias empresas francesas.

Neste passo, tornou-se importante alinhar-se com a liderança mundial neste assunto, estabelecendo-se novos marcos regulatórios e superando uma legislação que já se mostrava complexa. Destarte, organizou-se um sistema distinguindo corrupção pública e corrupção privada, corrupção nacional e corrupção internacional. Em

2012 relatórios de agências internacionais recomendaram reforço de controles internos e programas de integridade, com inspiração no FCPA e no UK Bribery Act.

Em 9 de dezembro de 2016 é publicada a lei 1691 que passou a ser conhecida como LEI SAPIN II, com fundamento em três diretrizes principais: transparência, combate à corrupção e modernização dos negócios. Estabeleceu-se nesta legislação a obrigação de criar programas de compliance, a criação de uma nova agência de combate à corrupção denominada de AFA – Agência Francesa Anticorrupção, a expansão da legislação francesa além do território francês e um novo instituto, um acordo a ser firmado em juízo por empresas e organizações investigadas e condenadas por corrupção, conhecido pela sigla CJIP, que comentaremos mais adiante, além de outros aspectos de menor importância.

Referida legislação é aplicável às empresas francesas, estabelecimentos comerciais e industriais, com mais de 500 empregados e receita de mais cem milhões de euros e sede na França.

Enquanto isto, no Brasil, a legislação de combate à corrupção já previa os crimes de corrupção passiva e ativa há décadas no código penal, havendo também várias outras normas correlatas, como a lei de improbidade administrativa, o código de conduta da alta administração pública federal, a lei de licitações, dentre várias outras.

O fato é que o Brasil havia firmado acordos com a comunidade internacional e se comprometido ao combate à corrupção e à criação de uma legislação específica sobre o assunto. Movimentos populares aumentaram a pressão sobre o Governo no início da década e projetos já em trâmite no Congresso Nacional foram reavaliados, sendo aprovada e publicada em 2013 a Lei 12846, que entrou em vigor em 2014,

a qual foi posteriormente regulamentada pela Decreto 8420 em 2015.

Referida lei aplica-se, conforme dispõe seu artigo primeiro, às “sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.” Neste ponto, já se observa uma diferença em relação à lei francesa que, como vimos, tem um alcance mais restrito, neste aspecto.

De outro lado, a criação, implementação, desenvolvimento e manutenção de programas de compliance não é obrigatório para as empresas brasileiras (diferentemente da lei francesa), embora já existam vários estados no Brasil que exigem tais programas para as empresas que queiram participar de licitações públicas.

Para aplicação de referida lei, realizando-se investigações a aplicando-se penalidades, foi determinada a competência para a mais alta instância de órgãos e entidades públicas, tendo sido esta descentralização de competência objeto de crítica. Para aplicação da lei quando a vítima é a administração pública estrangeira, a competência é da CGU – Controladoria Geral da União que faz parte do Ministério da Transparência, podendo ainda esta agência avocar para si outras investigações, relativas às violações à administração pública nacional.

No Direito francês, como vimos, foi criado um novo órgão: a AFA – Agence Française Anticorruption com as atribuições de assistir e orientar a administração pública e empresas privadas; prevenção e detecção de corrupção ; auditorias preventivas de qualidade e efetividade ; supervisão e monitoramento das medidas determinadas pelos tribunais .

Já a CGU define sua competência como sendo: “O Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão de controle interno do Governo Federal responsável por realizar atividades relacionadas à defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão, por meio de ações de auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria. A CGU também deve exercer, como Órgão Central, a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno e o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando a orientação normativa necessária.”

Quanto ao alcance da norma, é de se notar que a legislação brasileira abrange não somente as violações contra a administração pública nacional, mas também as violações contra administração pública estrangeira. A lei Sapin II, por sua vez, expandiu o alcance territorial da lei criminal francesa, passou a atingir todas as espécies de funcionários públicos estrangeiro e realizou a alteração dos requisitos para promover ações judiciais ; a corrupção e influência sobre funcionários públicos estrangeiros, flexibilização do requisito de reciprocidade de condenação nos outros países e do requisito de condenação no outro país onde o ato foi cometido.

A lei brasileira anticorrupção também estabeleceu a possibilidade de se firmar um acordo de leniência, a exemplo do que já havia há mais de uma década na legislação concorrencial, com as seguintes condições: o postulante deve ser o primeiro a denunciar; há falta de melhores informações pelo Poder Público ; compromisso de cessar a prática; confissão ; colaboração no fornecimento de provas e informações sobre os demais infratores

Na lei Sapin II foi criado o CJIP – ACORDO JUDICIAL DE INTERESSE PÚBLICO. Destacam-se neste instituto, “Convention

Judiciaire d’Intérêt Public”, algumas características: somente são assinados por pessoas jurídicas, excluídos os executivos ;independe do tamanho ou troca de funcionários ; abrange violações específicas: corrupção e crimes correlatos a lavagem de dinheiro e fraudes tributárias; prazo para pleitear: enquanto a ação judicial não tenha sido promovida; é desnecessária confissão ou conhecimento da ilegalidade; requer confissão e reconhecimento da legalidade se a empresa já estiver no “mise en examen”.

A Lei Anticorrupção brasileira estabeleceu diversas penalidades, que podem ser aplicadas administrativamente ou judicialmente, implicando em multas que podem variar de 0,5 a 20% do faturamento, publicação da decisão condenatória, proibição de firmar contratos com o Poder Público, proibição de incentivos fiscais e até extinção da pessoa jurídica, em casos mais extremos, dentre outras penalidades. A Lei Sapin II por sua vez criou a seguintes penalidades: Advertência; Intimação para cumprimento ;Multas: até 200 mil Euros para indivíduos e até 1.000.000 Euros para empresas; publicação e divulgação da imposição das penalidades.

Algumas conclusões: ambas as leis tem programas de Compliance semelhantes; as práticas de programas de Compliance seguem padrões mundiais ; o programa é obrigatório para certas empresas francesas e suas filiais; o programa na lei brasileira é obrigatório em alguns locais; as penalidades são severas em ambas as legislações ; atingem pessoas jurídicas e físicas ; há mecanismos de remediação com colaboração em ambas ;ambas possuem aspectos nacionais e internacionais e há sensível diferença na centralização do órgão do Governo que as aplica.-

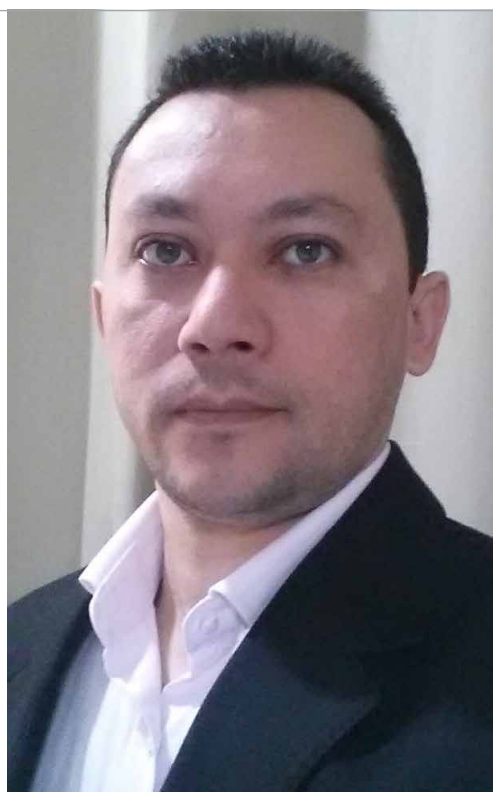
Investigação: diligência devida em colaboradores e terceiros

Investigation: due diligence employees and third parties

IURI CAMILO DE ANDRADE

Advogado. Consultor de Compliance e Investigações Corporativas na S2 Consultoria (São Paulo).

Advogado (OAB/RO) | Tutor no Instituto de Pesquisa do Risco Comportamental (IPRC Brasil) na trilha de Entrevista Forense | Certificado em *Compliance* Anticorrupção (CPC-A) | *Certified Expert in Compliance* (CEC) | Pós-Graduado em Direito Tributário (Compliance & Due Diligence M&A) | Consultor em Investigações Corporativas: Entrevistas, Apuração de Denúncias, Due Diligence e Trabalho de Campo (acompanhamento, vigilância e monitoramento).



Introdução

Atualmente o Brasil clama por um enfrentamento arrojado da corrupção, entretanto, quando cabe a cada um de nós fazer algo de concreto, geralmente passamos a “bola” para os outros, principalmente para o setor público, mas, tal combate é de responsabilidade de todos.

Diante da polarização sobre corrupção e outros crimes conexos, nos últimos 3 anos, o setor privado brasileiro, de início até forçosamente, vem intensificando medidas e

procedimentos, através de diligências de cunho preventivo e reativo, conhecidas no mercado por vários nomes, dentre os quais citamos: *Due Diligence* de Terceiros, *Background Check*, *Compliance* de Terceiros, *Due Diligence* de Integridade, *Due Diligence* de Conformidade, *Due Diligence Report*.

As nomenclaturas citadas, na prática, tratam-se de um mesmo procedimento, que por questões de mercado (*business*) recebem tais nomes, mas o que difere realmente é o grau de aprofundamento das Diligências.

O importante papel de conduzir investigações e diligências, ao longo dos anos está sendo atribuído, de início facultativamente, ao setor privado brasileiro por meio de legislações, decretos, recomendações, instruções.

É perfeitamente admissível que uma organização, instituição, empresa atue na sua micro sociedade, assumindo internamente as funções do Estado, claro que qualquer desrespeito e infração, por exemplo, a dignidade humana, deve ser denunciada a autoridade estatal competente.

A constituição da República Federativa do Brasil (CF/1988), prevê a ação privada subsidiária da pública, permitindo assim, com observação à legislação trabalhista e de direitos humanos, que o setor privado apure e investigue eventuais irregularidades que vão de encontro a seu código de conduta e políticas internas e que as evidências colhidas possam servir de prova na esfera Estatal, já que o particular pode e deve propor ação judicial, se assim entender.

Bem como, tais evidências materiais podem servir de defesa em reclamações trabalhistas ou ações cíveis propostas por ex-colaboradores ou ex-terceiros que cometeram infrações às normas internas e até crimes, visto que algumas empresas já investigam e demitem por justa causa, sem medo de errar, pois estão embasadas no levantamento de informações internas e externas, oriundo de diligências relacionadas a *Compliance*.

A investigação privada, sem sombra de dúvida auxilia o Estado na confirmação da notícia crime e supre a eventual falta de informações mínimas. E ainda, evita ou minimiza a parcialidade, visto que não são raros os agentes públicos ou políticos atuando em ambos os setores, e quem investiga (polícia civil, federal e demais órgãos de controle), é subordinada ao executivo que pode estabelecer uma certa “blindagem” a empresas e pessoas.

A nível global, por exemplo nos EUA, o setor privado realizando vigilância, acompanhamento e monitoramento é cada vez mais comum, e tal prática deve ser utilizada não só em benefício da micro sociedade (empresa, organização), mas também em prol de uma sociedade ética.

Diligência Devida

As pessoas (físicas e jurídicas), no geral, não estão acostumadas a prevenir suas condutas ou ter um controle razoável sobre suas ações. Na verdade, a inserção de procedimentos de Diligência Devida, trata-se a uma Mudança Cultural – Comportamental.¹

Tal procedimento de cunho interno e/ou externo, analisa a vulnerabilidade e conformidade, principalmente judicial e reputacional. As organizações que tem uma gestão responsável, solidificada em valores éticos, recomendam, a partir de normas internas, comportamentos admissíveis e não admissíveis. Tais recomendações são parâmetros para selecionar adequadamente as pessoas e entidades com as quais se vincula, seja de forma profissional/laboral ou comercial, e conseqüentemente, compartilhar seus valores.

A Diligência Devida aplica-se a dois grupos: O primeiro, pessoas que se incorporam para fazer parte da organização, os potenciais colaboradores. Do mesmo modo que se avalia a adequação técnica do perfil, também deve-se considerar comportamentos e condutas anteriores, para assim, orientar e nivelar os comportamentos posteriores. O Segundo, são os terceiros que mantem relação de qualquer natureza, um grupo amplo, passando pelos sócios, clientes, fornecedores, consultores e prestadores de serviços em geral.

¹ VOLKOV, Michael. The Objective of Due Diligence: To Protect Your Culture. Disponível em: < <https://blog.volkovlaw.com/2017/09/objective-due-diligence-protect-culture/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

E, por que é necessário realizar tal procedimento? Os colaboradores e principalmente os terceiros não são independentes e com certa frequência agem em nome, interesse ou benefício das organizações, sendo assim, o monitoramento deve ser constante, para identificar ausências de conformidades, inclusive, as mais graves já identificadas, se deram através de terceiros. Em suma, a intenção é criar uma identidade comum e interdependência.

O Guia de Orientação da OCDE² para uma conduta empresarial responsável, de 31 de maio de 2018, auxilia as empresas com dicas e exemplos de procedimentos de Diligência Devida, para que qualquer empresa saiba como se portar em situações adversas relacionados a colaboradores e terceiros.

Por se tratar de um procedimento cíclico, a Diligência Devida em colaboradores e/ou terceiros, se dá em dois aspectos: preventivo e reativo. O primeiro, é necessário cuidar da seleção, verificando que a pessoa, aparentemente, está alinhada aos seus valores e em seguida realizar o monitoramento contínuo³ da relação estabelecida, visto que durante o percurso, mudanças comportamentais podem ocorrer.

De modo geral, deve ser considerada a qualificação, a reputação, a rede de relacionamentos, o aparecimento em listas de punições administrativas e no judiciário, e nesse passo, o importante é sair do papel e da frente das plataformas e ferramentas, olhar para o ser humano, visto que decisões equivocadas podem desestabilizar pessoas e famílias. Essa é a dimensão humana do risco.⁴

O Segundo aspecto ocorre quando se identifica um conflito com as políticas internas da organização, das quais destacamos: política anticorrupção, política de hospitalidades, brindes, presentes, entretenimento e patrocínios, política de relacionamento com profissionais do mesmo segmento ou com o setor público.

E, até mesmo, um ilícito já tipificado pelo Código Penal Brasileiro ou por leis específicas, por exemplo: conflito de interesse, fraude (dano ao patrimônio), subtrações em geral (furtos).

Os procedimentos de Diligência Devida podem e devem ser utilizados na apuração de irregularidades e infrações às normas internas. O foco reativo, por exemplo, é para constatar se de fato existe alguma discrepância relacionada ao alvo (pessoa física ou jurídica) em termos de elevação patrimonial sem justa causa, enriquecimento ilícito ou alguma informação que possa apontá-lo como autor ou participe da irregularidade ou crime em apuração.

No Brasil, de acordo com o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC⁵ – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

Negócios estão sujeitos a riscos, cuja origem pode ser operacional, financeira, regulatória, estratégica, tecnológica, sistêmica, social e ambiental. Os riscos a que a organização está sujeita devem ser gerenciados para subsidiar a tomada de decisão pelos administradores.

Os agentes de governança têm responsabilidade em assegurar que toda a organização esteja em conformidade com os valores, refletidos em políticas e procedimentos internos, com as leis e dispositivos regulatórios a que estejam submetidas.

2 OECD. Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. Disponível em: < <http://mneguidelines.oecd.org/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>>. Acesso em: 10 de junho 2018.

3 FCPA Américas. Third-Party Due Diligence—Not Just a One Time Thing. Disponível em: < <http://fcpamericas.com/english/anti-corruption-compliance/third-party-due-diligence-not-time/>>. Acesso em: 10 de junho 2018.

4 FCPA Américas. How Much Third Party FCPA Due Diligence Is Enough? Disponível em: < <http://fcpamericas.com/english/anti-corruption-compliance/how-much>

-third-party-fcpa-due-diligence-is-enough/>. Acesso em: 10 de junho 2018.

5 IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. p. 91. 5ª Edição. 2016.

A efetividade desse processo constitui o sistema de conformidade (*compliance*) da organização.

Neste ponto, oportuno destacar, o papel do *Chief Compliance Officer (CCO)* e sua Responsabilidade. O *Compliance Officer* ou Agente de Conformidade não poderá ser responsabilizado nos termos da Lei Anticorrupção somente porque a pessoa jurídica é ineficaz ou negligente, todavia, este poderá ser responsabilizado por atos de corrupção e conexos, caso efetivamente participe ou concorra, por ação ou omissão. De forma bem sucinta, essa é a interpretação dada por especialistas quando analisam a Teoria da Cegueira Deliberada e a Ação/Omissão Penalmente Relevante, mas tal entendimento ainda está em construção do Brasil.

Embasamento Legal e Recomendações

A Lei Anticorrupção Brasileira – 12.846/2013⁶ e principalmente o seu Decreto Regulamentador – 8.420/2015⁷, estimulam claramente a implantação de mecanismos ou parâmetros de controle (preventivos e reativos) para as empresas de todos os portes e segmentos.

As atividades relativas aos procedimentos de Diligência Devida possuem clara importância, visto que estão literalmente positivados no texto do Decreto, ou seja, temos uma Lei vigorando desde 29 de janeiro de 2014, regulamentada em meados de 2015. O *enforcement* está acontecendo todos os

dias, sobretudo no que se refere aos procedimentos de Diligência Devida.

Temos no Brasil muitas empresas multinacionais, e por isso, em um breve comparativo, no que tange ao lapso temporal, o FCPA (1977), já alcançou sua maturidade e mesmo assim os EUA não é um dos melhores países no índice da Transparência Internacional entre 2017/2018⁸. Sobretudo nos últimos três anos, o índice de percepção⁹ dos brasileiros aumentou (2016, 2017, 2018), e o motivo é óbvio, a corrupção se tornou mais perceptível, devido ao combate diário repercutido nas diversas mídias nacionais e internacionais. Acredita-se que o aumento da nossa percepção não necessariamente é algo ruim, mas sim, um aprendizado para estabelecermos uma cultura anticorrupção.

O FCPA¹⁰ trata a questão dos procedimentos de Diligência Devida, através do seu guia de 2012, inclusive é possível requerer a opinião prévia do DOJ (*Department of Justice*) sobre operações com terceiros e é incentivada a Diligência, por conta própria ou em colaboração com as autoridades – DOJ (*Department of Justice*) e SEC (*Securities and Exchange Commission*).

Em se tratando especificamente dos posicionamentos da SEC (*Securities and Exchange Commission*), a ausência de Diligências (procedimentos de controle anticorrupção) traz multas pesadíssimas as empresas e seus administradores, podendo chegar a prisão. Portanto, sua realização é

6 BRASIL. Lei nº 12.846, de 01 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/l12846.htm>. Acesso em: 02 de maio 2017.

7 BRASIL. Decreto nº 8420, 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: 02 de maio 2017.

8 Transparency International. Corruption Perceptions Index 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#table>. Acesso em: 10 de junho 2018.

9 Transparency International. Corruption Perceptions Index 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2018?fbclid=IwAR1PWEgjQ_fzGfGEa37Fqu-ZG8PYeQ6iKkQVX8QG4ONCBQdE1O6_GA1IvqCU>. Acesso em: 30 de janeiro 2019.

10 FCPA. Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, pg. 60. (By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission). Disponível em: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance>>. Acesso em: 02 de maio 2017.

medida importantíssima para evitar surpresas desagradáveis financeiras e reputacionais, antes, durante e depois de uma parceria comercial.

No Brasil, a CGU¹¹¹² editou um guia em 2015, estimulando o monitoramento de terceiros, e em 2018 a Transparência Internacional Brasil¹³ apresentou um relatório mencionando o quão importante é o monitoramento efetivo nos programas de *Compliance*, que se dá através de investigações e diligências *in loco*. Contudo, o relatório aponta que o monitoramento no Brasil é deficiente, visto que o foco está mais na criação dos mecanismos, tornando-se carente o controle e identificação de *red flags*.

Nesse ponto, é importante destacar os últimos rompimentos de barragens no Brasil, Samarco e Vale, e que tais empresas tinham criados mecanismos de controle, no entanto, por questões financeiras, comerciais e até políticas, o monitoramento e por consequência a identificação de *red flags*, tornou-se um alto risco que resultou nos rompimentos das referidas barragens, em outras palavras, de acordo com a juíza que determinou a prisão de alguns envolvidos, houve “maquiagem” nos relatórios, ou seja, aparentemente a realidade *in loco* não condizia com o que estava escrito.

Especificamente sobre Diligência Devida e Direitos Humanos, há algum tempo ouvimos falar nessa correlação, no entanto, no Brasil os resultados desse trabalho se é que são realizados, não é nada satisfatório, visto que entra ano e sai ano temos desastres, que em muitos casos, são crimes

apontados como desastres para tentar minimizar responsabilidades.

No final de 2018, o Governo Federal Brasileiro, editou um Decreto estabelecendo Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos – Decreto nº 9.571 (21 de novembro de 2018).

Pois bem, o referido Decreto em seu Capítulo II – Da Obrigação do Estado com a Proteção dos Direitos Humanos em Atividades Empresariais, deixa positivado no texto “*O estímulo à adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados de dever de vigilância (due diligence) em direitos humanos*” (Art. 3º VII), bem como, “*Compete às empresas identificar os riscos de impacto e a violação a direitos humanos no contexto de suas operações, com a adoção de ações de prevenção e de controle adequadas e efetivas, garantindo, sempre que possível, a participação das partes interessadas, sobretudo dos indivíduos e das comunidades potencialmente atingidas pelas atividades, no processo de diligência*” (Art. 9º VII). Em outras palavras, pelo menos na teoria a dimensão humana do risco estaria sendo levada em consideração.

Destacamos que o Artigo 9 supracitado, traz uma orientação de suma importância e talvez pouco utilizada, que é a inclusão de membros das comunidades locais para auxiliar nas diligências de campo (*in loco*), pois ninguém conhece mais uma região do que os nativos, ou seja, pessoas com uma sensibilidade e conhecimento aguçado do local, que só de olhar para uma estrada ou construção, sabem o que mudou de um dia para o outro. E ainda, tal atividade pode trazer uma renda para famílias que passam fome ao lado de construções imensas de grandes empresas nacionais e internacionais, essa é a realidade adentrarmos no interior do Brasil.

Diligências nesse sentido e com pessoas que conhecem a região, podem auxiliar na identificação de locais inseguros em

111 CGU. Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas. P. 23. 2015.

112 CGU. Coleção Programas de Integridade. Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/colecao-programa-de-integridade>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

113 Transparência Internacional Brasil. Relatório Integridade e Empresas no Brasil. Disponível em: < <https://transparenciainternacional.org.br/conhecimento/bica/>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

termos de Due Diligence Ambiental e eventuais locais com trabalho escravo, e não apenas fazer uma pesquisa na lista repassada pelo ministério (MTE).

Questionários

Neste tópico, a intenção não é apresentar um questionário a ser seguido, pois depende de cada empresa estabelecer seus riscos de acordo com sua área de atuação, e sendo assim, os questionários são customizados conforme o propósito da Diligência.

Mas, salientamos a importância da aplicação e análise de questionários, para sanar divergências e identificar pontos de atenção, seja em relação a admissão de um colaborador ou parceria comercial com um terceiro.

Atualmente tem-se no Brasil, diversas empresas, escritórios de advocacia e consultorias que prestam serviços de Diligência Devida, cada uma com sua *expertise*, forma de orientação e tipo de questionário, que vão desde os mais simples, com arquivos contendo perguntas em formato de texto até plataformas interativas que ajudam as empresas contratantes a mensurar o grau de resiliência dos participantes¹⁴.

A título de exemplo, temos o PIR¹⁵ – Potencial de Integridade Resiliente, que se trata de uma Diligência Devida adotada antes, durante e até depois de estabelecer uma parceria profissional/laboral com um colaborador ou terceiro, independentemente no nível hierárquico.

A ferramenta permite identificar o quanto um profissional pode resistir a dilemas éticos – suborno, conflito de interesse,

manipulação despesas, pagamentos indevidos, assédio moral e sexual, dentre outros.

O objetivo é determinar a resiliência por intermédio de questões opinativas em texto e vídeo, análise de micro expressões inconscientes de cada participante, e por fim, emitir um relatório devolutivo, com base nas respostas e fragilidades identificadas, para que seja possível criar um plano de desenvolvimento do participante.

O PIR, tem reconhecimento acadêmico-científico, e é um exemplo de Diligência Devida (preventiva e preditiva), que avalia cada profissional individualmente e possibilita seu desenvolvimento.

A vantagem de um procedimento preditivo antes, durante e depois de um relacionamento profissional, é pelo fato de muitos profissionais demitidos de empresas após o cometimento de fraude, serem recolocados no mercado em menor tempo, em relação à média nacional. Geralmente tais pessoas, principalmente os que ocupam cargos de liderança, são bem articuladas e dominam facilmente a arte da engenharia social¹⁶, portanto, é importante mitigar riscos de novas fraudes¹⁸.

LGPD e Diligência Devida

A partir de 2020 como serão realizadas as pesquisas? Os setores de *Compliance* terão que rever seus procedimentos? A forma de verificar a conformidade de colaboradores e terceiros, irá mudar? São perguntas que deverão ser enfrentadas daqui para frente, pois pela literalidade da nova legislação, os procedimentos de Diligência Devida,

14 The Compliance & Ethics Blog. Six Do's and Don'ts of Due Diligence Questionnaires. Disponível em: <<http://complianceandethics.org/six-dos-donts-due-diligence-questionnaires/>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

15 PIR. Potencial de Integridade Resiliente. Disponível em: <<https://www.s2consultoria.com.br/pir-potencial-de-integridade-resiliente/>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

16 Espionagem: Inteligência, Contra-Inteligência e Cibernética. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sfMMiRVc_9A&t=3035s>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

17 MORETZSOHN, Eugênio. Palestra sobre Espionagem e Contraespionagem Industrial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Jz-DHGG5bRs>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

18 S2 Consultoria. E-book: A vida do profissional após da fraude. Disponível em: <<http://integridade.s2consultoria.com.br/vida-profissional-apos-a-fraude>>. Acesso em: 07 de setembro de 2018.

do modo que são realizados atualmente, poderão ser considerados *Non-Compliance*.

Praticamente todos os dados/informações que possam identificar uma determinada pessoa, por exemplo: nome, sobrenome, endereço, e-mail, biometria, tatuagem, geolocalização, dentre outros, que hoje em dia são repassados à empresas de consultoria, escritórios de advocacia, etc., quando da realização de investigações (Diligência Devida), de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira (13.709/2018), não poderão ser repassados, a não ser que o titular autorize.

O consentimento é necessário, mas além de escrito, poderá ser realizado verbalmente, por vídeo conferência, call, dentre outras formas de diálogos que possam comprovar que o titular consentiu. Do contrário, a Diligência Devida de potenciais colaboradores e terceiros, poderá ser considerada ilegal, a não ser que as informações sejam obtidas, por exemplo, de cartórios que prestam serviços públicos ou de fontes públicas autorizadas (sites), que também passarão a ter restrições, pois pelo que dispõe a Lei, algumas das informações hoje obtidas, serão consideradas sensíveis.

Então, obrigatoriamente quem realizar os procedimentos de Diligência Devida, a partir de 2020, se já não o faz, deverá solicitar o consentimento expresso da pessoa física (titular), quando da participação de um processo seletivo admissional ou de uma pessoa jurídica (fornecedor/prestador de serviço) que esteja passando por um processo de cotação/concorrência para checagem de informações, o famoso *Background Check*.

Outra possibilidade será a “garimpagem” de informações em perfis abertos de redes sociais e profissionais disponíveis ao público, e cruzar tais dados com o

patrimônio identificado em cartório, se o objetivo da Diligência, for identificar e analisar o enriquecimento sem causa justificável ou ilícito.

É notório que boa parte do trabalho de campo (*in loco*) foi incorporado pelas plataformas de busca, ou seja, pelos “informantes” digitais, todavia, a partir das restrições impostas pela legislação de proteção de dados, é possível que alguma parte da coleta e obtenção de informações volte para o campo, mas de que forma? Por exemplo, com a realização de entrevistas exploratórias ou investigativas em colaboradores e terceiros, para confirmar situações já conhecidas e, mais importante, identificar as desconhecidas, proporcionando um relatório baseado em evidências digitais e físicas, se o caso permitir.

Conclusão

Tornou-se perceptível que não podemos utilizar apenas um recurso, e sim, um somatório, entretanto, dependerá muito da natureza da investigação e do risco mensurado.

Conforme destacado, a Diligência Devida pode ser preventiva e reativa, para evitar ou minimizar condutas irregulares de gestores, colaboradores e terceiros. E permitir apurar e responsabilizar proporcionalmente ao dano causado, inclusive, com publicidade para afastar a sensação de impunidade.

Acreditamos que o setor público-privado é uma engrenagem que precisa funcionar harmonicamente, em virtude da sua interação constante. Por isso, ressaltamos a importância das investigações na modalidade de Diligência Devida, para mesmo que de forma indireta, auxiliar o Estado (poder público) em gerenciar a crise de corrupção que assola o Brasil, sempre adotando a prevenção como alicerce principal.

Compliance para escritórios de advocacia



MARCELO LAPOLLA

Doutorando pela University of Leicester (Reino Unido); Mestre pela Washington University (EUA) e pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-graduações por Universidad de Salamanca (Espanha) e Universidade Católica de Santos; Extensões por Vanderbilt University (EUA), Fundação Getúlio Vargas e IICS/CEU; Formação em Compliance pela Anbima; Formação como auditor das ISO 19600:2014 e 37.001:2016.

Sócio de Vezzi Lapolla Mesquita Advogados; Sócio de Via Ética Soluções Integradas; Docente do Instituto ARC; e Membro das Comissões de Compliance da OAB/Pinheiro e do IASP.

1. Introdução

A ilimitada capilaridade das práticas de compliance – para empresas brasileiras – deu-se com o advento da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)¹, que previu sua aplicação no âmbito de pessoas jurídicas de qualquer tipo ou porte, independente de seu ramo de atuação, na interação com a administração pública, como

fator redutor de penalidade eventualmente aplicada em face da prática de atos lesivos previstos na norma. A partir deste marco legal, todas as empresas com atividade no Brasil – inclusive as sociedades de advogados – receberam incentivo para desenvolver, aprimorar e implementar programas de compliance efetivos. Mais do que apenas reduzir multas, os mecanismos de prevenção e controle servem para prevenir a prática de ilícitos e integram o conjunto de melhores práticas reconhecidas no meio empresarial, e cada vez mais esperadas (ou,

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

por vezes, exigidas) na relação com terceiros (relacionamentos privados ou com órgãos públicos).

Este contexto trouxe, consigo, diversas oportunidades no meio jurídico. Como toda novidade legislativa, gerou aumento de demanda para entendimento e atendimento das determinações legais – a esta altura aplicáveis a todas as empresas –, abrindo campo para atuação dos escritórios com a oferta de novos serviços a seus clientes. Em paralelo, ofereceu oportunidade a diversos profissionais do meio para se desenvolverem no campo criado a partir deste novo cenário legal.

Assim, as áreas de compliance tornaram-se mais comuns em escritórios voltados ao direito empresarial, e profissionais passaram a buscar qualificação específica para atuar cumulativa ou exclusivamente com compliance, especialmente em empresas ou consultorias.

2. Compliance: produto ou ferramenta de trabalho?

A primeira onda de amadurecimento das áreas de compliance veio com a qualificação específica de profissionais, nos escritórios, e com o estabelecimento de estruturas autônomas, nas empresas. E assim o mercado se consolidou, tendo escritórios de advocacia (além de empresas de consultoria) como prestadores de serviços para as áreas e profissionais de compliance alocados em empresas.

Ocorre que, no afã de atender às demandas de mercado, e não enxergando necessidade imediata em suas estruturas, a maioria dos escritórios limitou-se a oferecer serviços de compliance aos seus clientes, sem se preocupar em adotar – eles próprios – os programas de compliance que aconselhavam e ajudavam seus clientes a implementar. Neste ponto, surge o questionamento

sobre a pertinência da adoção, pelos escritórios, de programas de compliance internos: trata-se apenas de produto a ser ofertado ou também de ferramenta de trabalho a ser aplicada?

Em se tomando a Lei Anticorrupção como fundamento para a resposta, deve-se avaliar o nível de interação do escritório com a administração pública. Assim, para escritórios que participam de processos de licitação e têm, em sua carteira de clientes, empresas públicas, a resposta é que – tanto quanto qualquer outra empresa para as quais se recomenda a adoção de programas de compliance – os escritórios devem, sim, adequar-se às regras que preveem a adoção dos mecanismos e procedimentos referidos no inciso VIII, do artigo 7º, da Lei Anticorrupção².

O fato, porém, é que a minoria dos escritórios de advocacia existentes tem, dentre os clientes atendidos, empresas públicas. Assim, para o resíduo – que representa, em verdade, a grande maioria dos escritórios ativos – deve-se avaliar o grau de interação com a administração pública.

Sabe-se que qualquer empresa em atividade necessariamente carrega algum nível de interação com os órgãos públicos (seja na exigência de impostos, como na necessidade de licenças operacionais ou na sujeição a procedimentos fiscalizatórios) – este, inclusive, o argumento que justifica o alcance da Lei Anticorrupção para toda e qualquer empresa existente com operações no Brasil. Mas, no caso de escritórios de advocacia em geral, normalmente soma-se a este nível de interação a constante interface com o Poder Judiciário e

2 “Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

(...)

VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

sua atuação como procurador de terceiros perante os mais diversos órgãos públicos.

Assim, tem-se que escritórios de todos os tipos de atuação devem observar – internamente – a aplicação das regras de compliance. Se não pela prestação direta de serviços para clientes públicos, ou pela representação de demais clientes face ao Poder Judiciário, ao menos em virtude da interação mínima inerente a qualquer tipo de empresa com órgãos públicos. Logo, mais do que apenas um produto a ser ofertado aos clientes, a adoção de programas de compliance representa efetiva ferramenta de trabalho para os escritórios, atestando seu compromisso com a integridade, o alinhamento com as melhores práticas empresariais e a coerência com discurso de valorização dessas medidas.

3. Passo a passo na construção do programa de compliance efetivo

Adotada como premissa a pertinência do desenvolvimento e implementação de um programa de compliance efetivo como lugar comum entre escritórios de advocacia, o roteiro a ser seguido não difere daquele apresentado aos clientes. Neste sentido, tal qual em demais empresas, caberá ao escritório imprimir a cultura de compliance a partir do compromisso de sua liderança (sócios fundadores, sócios patrimoniais, líderes das respectivas práticas ou outros profissionais com ascensão perante os demais). Este compromisso, equivalente ao pilar de tom/atitude da liderança, e deve ser materializado no apoio e na participação destes profissionais no desenvolvimento e dia a dia do programa.

Alinhados o discurso e a atitude da liderança, deve-se buscar identificar os riscos específicos da atividade desenvolvida pelo escritório e seus advogados. Para tanto,

somente o detalhado mapeamento dos riscos – idealmente realizado por terceiros, especializados nesta tarefa – permitirá a criação de programa que seja aderente às necessidades do escritório e efetivo à finalidade a que se destina. A partir deste trabalho que deverão ser desenvolvidos o código e as políticas específicas voltados a regular as mais diversas situações, aplicados como instrumento de consolidação, conscientização e referência das regras elaboradas e aplicáveis.

Desenvolvido o material formal de suporte do programa, o escritório deverá promover a realização de treinamentos – como mecanismo de aculturação e aprendizado – e assegurar a adoção de ferramentas – como canais de denúncia, *due diligence* de terceiros e procedimentos de cadastro e controle –, para que se possa alcançar a efetividade do programa. Uma vez implementado, o programa e a observância de suas práticas deverão ser objeto de auditoria contínua, de forma a se garantir sua aplicação na rotina do escritório. Por fim, treinamentos de reciclagem e atualização da matriz de risco deverão viabilizar o aprimoramento contínuo do programa e sua aderência à realidade do escritório.

4. Riscos da advocacia

Se o roteiro para a implementação de programa de compliance nos escritórios, em seus aspectos gerais, reflete aquele verificado como regra no meio empresarial, a matriz de risco tende a revelar aspectos específicos que são comuns apenas aos escritórios de advocacia.

Em sua rotina, os escritórios postulam direitos em nome de seus clientes. E, neste âmbito, interagem em processos judiciais diretamente com juízes, procuradores, promotores, cartorários, oficiais de justiça;

nos processos administrativos, a interação se dá com procuradores, auditores fiscais, servidores; na seara criminal, com delegados, investigadores e policiais; e, extrajudicialmente, há ainda a representação perante órgãos públicos como os fazendários, as juntas comerciais, cartórios. Ou seja: em diversas frentes da advocacia, a interação com a administração pública é maior do que o mínimo comum a empresas de outras áreas, ainda que ausente qualquer tipo de prestação de serviço direto a empresas públicas.

Além disso, diversos outros aspectos da prestação do serviço jurídico trazem consigo riscos de compliance (mais abrangentes do que os riscos de corrupção): muitas vezes, os escritórios com atuação geográfica mais abrangente se fazem representar por outros colegas (contratados como correspondentes locais); em inúmeros casos, os profissionais do meio têm acesso a informações confidenciais de seus clientes, às quais precisam conferir tratamento adequado; por meio de seu órgão de classe (Ordem dos Advogados do Brasil e respectivas seccionais e subseções), diversas são as oportunidades de se reunir com concorrentes para tratar temas de interesse comum; e, na contratação de honorários com cláusulas de sucesso, o interesse do cliente não pode ficar dissociado do êxito pretendido pelo advogado, assim como a forma de recebimento de valores deve ser eficaz para prevenir a lavagem de capitais.

Assim, as ferramentas aplicadas nos programas de compliance de escritórios de

advocacia devem endereçar especificamente seus maiores riscos. Advogados correspondentes e paralegais devem ser submetidos a procedimento de cadastro e seleção, e treinados constantemente ao longo do vínculo. Da mesma forma, as informações de clientes e de processos que corram em sigilo devem ter seu acesso restrito aos profissionais designados para trabalhar nos respectivos casos. Reuniões com outros colegas de profissão devem ser formalmente registradas por ata, evitando-se assuntos e abordagens que possam ser interpretados como lesivos à concorrência. E departamentos financeiros devem estar instruídos a manter registros de toda movimentação do escritório.

5. Conclusão

Conforme tratado, tem-se que a adoção de programas de compliance por escritórios de advocacia se justifica em diversos níveis: seja como regra geral para sociedades com atividade no território nacional, seja como recomendação enfática para entidades com maior nível de interação com a administração pública. Ou, ainda, como evidência de adoção das melhores práticas de integridade e prevenção de ilícitos, demonstração de coerência com o discurso que recomenda tais medidas aos clientes e exemplo para a sociedade civil da capacidade autorreguladora da classe e dos valores por ela aplicados na prática profissional.

Análise do compliance como estrutura corporativa e o assédio sexual contra a mulher



RAISSA SILVA SOUZA

Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil desde 2012, certificada em ISO 31000 e cursando pós-graduação em Direito Societário na PUC/SP, trabalhou em Departamentos Jurídicos e de Compliance de instituições como Banco do Brasil, Votorantim Metais, Votorantim Cimentos e Multigrain S.A. (Grupo Mitsui). Atualmente trabalha com consultoria em Compliance e Direito Societário por seu escritório RS Corporate Lawyer.

1. Introdução

O presente artigo pretende abordar o assédio sexual contra as mulheres e as estruturas corporativas, tendo como ponto de partida a análise do compliance como estrutura corporativa eficaz ao combate de tal assédio no âmbito empresarial.

É importante pontuar: a) a formação das estruturas corporativas e; b) a história do assédio sexual no Brasil e no mundo, desde

a criação do conceito até às abordagens legislativas; e c) a análise do compliance como estrutura interna de combate ao assédio sexual contra as mulheres.

Quanto à formação das estruturas corporativas, podemos dizer que uma organização é composta pelas seguintes estruturas corporativas: Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal.

O sistema de compliance é formado por um conjunto de elementos que visam

prevenir, detectar e responder a uma irregularidade dentro de uma organização, no caso em tela, o assédio sexual contra as mulheres.

Será analisada a estrutura de compliance como parte da organização, a legislação brasileira em relação ao assédio sexual, a jurisprudência nacional referente aos casos de assédio sexual, o tratamento do assédio sexual pelo compliance.

2. As estruturas corporativas

Uma sociedade anônima é composta por estruturas corporativas, devidamente previstas na Lei 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas), quais sejam: Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal.

A assembleia geral tem como objetivo deliberar os assuntos pertinentes à sociedade ou, nos dizeres de Fábio Ulhøa Coelho em seu Curso de Direito Comercial v. 2, ser o “órgão deliberativo máximo da estrutura da sociedade anônima”.

O Conselho de Administração é um órgão eleito pela Assembleia Geral, também com função deliberativa, entretanto tem o objetivo de agilizar o processo decisório dentro da companhia.

O órgão referente à direção da companhia chama-se Diretoria, competindo a esta a direção dos atos administrativos, bem como manifestação da vontade da pessoa jurídica dentro e fora da companhia.

Quanto ao Conselho Fiscal, é importante mencionar que tal órgão tem a função de assessorar as decisões a serem tomadas na Assembleia Geral, ou seja, este órgão realiza a fiscalização da gestão da empresa e assessoria os acionistas na Assembleia Geral na tomada de decisões de acordo com o que fora fiscalizado dos atos de gestão.

Todas as deliberações realizadas dentro destas estruturas devem ser realizadas de forma ética, conforme o conceito de Governança Corporativa que será abordado no próximo item.

2.1. Governança corporativa

Primeiramente, é de suma importância entender o surgimento da Governança Corporativa no Brasil e no mundo.

O conceito de “Governança Corporativa” ou, em seu termo em inglês, “*Corporate Governance*” surgiu em 1978 com a iniciativa do *American Law Institute*, pelo *American Law Institute’s Corporate Governance Project*. Este projeto sugeria que se desse especial atenção à área do direito focada em governar corporações com a mesma eficiência e efetividade das leis contratuais, por exemplo.

Após a criação deste projeto, vários estudos foram desenvolvidos pelo mundo, tendo como objetivo encontrar a melhor forma de gerir uma corporação.

Dentre estes estudos, pode-se citar: *Principles of Corporate Governance*, criado pelo *American Law Institute’s*, publicado em 1994 (Estados Unidos da América); *Cadbury Report, Financial Aspects of Corporate Governance*, criado pelo *The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, publicado em 1992 (Reino Unido); *Informes Vienot I e II*, criados pela *Association Française des Entreprises Privées* e pelo *Mouvement des Entreprises de France*, publicados em 1995 e 1999, respectivamente (França); *Rapporto Codice Di Autodisciplina*, criado pelo *Comitato per la Corporate Governance Delle Società Quotate*, publicado em 1999 (Itália); e, por fim, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, criado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) e publicado em 1999 (Brasil).

O Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, hoje em sua 5ª Edição,

traz os conceitos, princípios e padrões aplicáveis à governança das organizações no Brasil.

Como conceito de governança corporativa, o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa define como “o sistema pelo qual empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas” (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, Código de Melhores práticas de Governança Corporativa, 5ª Edição, 2015, pág. 20).

Os princípios da governança corporativa podem ser divididos em: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa.

Entende-se por transparência a disponibilização às partes interessadas das informações relativas à organização, não se limitando àquelas dispostas em leis e regulamentos. Já a equidade traduz-se em tratamento igualitário e justo entre todas as partes interessadas, sejam eles sócios ou outras partes.

O princípio de prestação de contas ou *Accountability* consiste na prestação de contas referentes à atuação dos agentes de governança (sócios, administradores, conselheiros fiscais, auditores, conselho de administração, conselho fiscal, etc.) que, por sua vez, devem ser realizadas de forma clara, concisa, compreensível e tempestiva.

No que tange à responsabilidade corporativa, os agentes de governança tem o dever de zelar pela saúde econômico-financeira da organização. Para tanto, a redução de externalidades negativas e o aumento das externalidades positivas devem constar como objetivos para o bom funcionamento do negócio.

2.2. O compliance como estrutura de governança corporativa

Em publicação realizada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa Orienta, o texto “Compliance sob a luz da Governança Corporativa” menciona a importância das deliberações éticas nas organizações e que estas estão fortemente ligadas à identidade das organizações.

O referido Instituto entende que a identidade da organização pode ser significada pela combinação de missão, visão, valores e princípios.

A razão de ser ou de existir de uma organização é a sua missão, ou seja, a empresa existe para atuar em certa área ou vender certo produto.

Em se tratando de visão pode-se compreender onde uma organização quer chegar, isto é, qual seu objetivo de longo prazo.

Os valores e princípios estão ligados à forma como a organização se comporta e toma decisões. Aqui, é importante salientar que as decisões tomadas pela empresa devem se embasar na “consciência e coerência entre o pensar, o falar e o agir. Para tanto, as principais decisões devem ser adequadamente fundamentadas, registradas e passíveis de verificação pelas devidas partes interessadas” (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa Orienta, Compliance sob a Luz da Governança Corporativa, 2017, pág. 18). As organizações definem seu valores e princípios em um documento chamado “Código de Conduta” que visa expressar de forma clara as diretrizes que a empresa e suas partes interessadas devem seguir. Vale lembrar que este documento visa orientar como as relações da organização devem ser, tanto interna quanto externamente.

Para definir mais especificamente as regras internas de uma organização, a criação de políticas corporativas se torna instrumento imprescindível para a efetividade destas regras. As políticas devem ser aprovadas e monitoradas pelo Conselho de

Administração, que verificará sua implementação no ambiente corporativo.

O sistema de compliance é formado por um conjunto de elementos que visam prevenir, detectar e responder a uma irregularidade dentro de uma organização. Para que este sistema tenha efetividade deve-se levar em consideração o chamado “Tom da liderança”, ou seja, a alta administração de uma organização deve apoiar este sistema com demonstrações expressas dentro da organização.

Além disso, é necessário que seja realizada uma avaliação de riscos a fim de evitar a ocorrência de fatos que possam prejudicar a empresa. Desta forma, a avaliação de riscos deve ser realizada considerando o ambiente de negócios da organização, visto que alterações neste ambiente devem ser consideradas para a realização de uma avaliação adequada.

Vale dizer que a estrutura de compliance é a segunda linha de defesa no modelo de Três Linhas de Defesa adotado pelo *The Institute of Internal Auditors*, sendo sua função gerenciar os riscos e assegurar conformidade com as regras instituídas pela organização.

O treinamento e comunicação dos temas de compliance em todas as estruturas dentro da organização também se mostram de suma importância para o bom funcionamento da estrutura de compliance.

Portanto, o gerenciamento de riscos, criação de políticas e treinamento e divulgação dos temas referentes à compliance tem o objetivo de prevenir a ocorrência de infortúnios em uma organização e devem ser realizados e monitorados por um Departamento de Compliance que seja provido de autonomia e independência na realização de seus trabalhos.

Além do monitoramento realizado pelo Departamento de Compliance, o Canal de Denúncias é ferramenta fundamental

para a detecção de desvios de conduta no ambiente empresarial. Este canal deve estar bem estruturado para recepção de denúncias internas e externas, além de garantir a confidencialidade das informações e fontes (anonimato).

Após a detecção do desvio de conduta, o Departamento de Compliance tem a função investigativa, ou seja, deverá apurar detalhadamente os fatos relatados ou detectados e, conseqüentemente, dar uma resposta ao caso.

A resposta deve ter como objetivo a identificação de vulnerabilidades no sistema de compliance, bem como aplicação de medidas disciplinares ao causador do desvio de conduta.

O processo de reporte ao Conselho de Administração dos casos de desvio de conduta ocorridos dentro de uma organização deve ser realizado de modo que possibilite o monitoramento e avaliação do sistema de compliance como um todo.

3. O assédio sexual contra a mulher na legislação, jurisprudência e realidade brasileira

No século XIX, a querela do feminismo torna-se novamente uma querela de sec-tários; uma das conseqüências da revolução industrial é a participação da mulher no trabalho produtor: nesse momento, as reivindicações feministas saem do terreno teórico, encontram fundamentos econômicos; seus adversários fazem-se mais agressivos. Embora os bens de raiz se achem em parte abalados, a burguesia apegase à velha moral que vê, na solidez da família, a garantia da propriedade privada: exige a presença da mulher no lar tanto mais vigorosamente quanto sua emancipação torna-se uma verdadeira

ameaça; mesmo dentro da classe operária os homens tentaram frear essa libertação, porque as mulheres são encaradas como perigosas concorrentes, habituadas que estavam a trabalhar por salários mais baixos. A fim de provar a inferioridade da mulher, os antifeministas apelaram não somente para a religião, a filosofia e a teologia, como no passado, mas ainda para a ciência: biologia, psicologia experimental etc. Quando muito, consentia-se em conceder ao outro sexo “a igualdade dentro da diferença”.

BEAUVOIR, Simone de. O segundo Sexo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009

Os primeiros adventos relativos aos direitos laborais das mulheres surgiram em 1960, no governo Kennedy nos Estados Unidos, com a Comissão do Status da Mulher que tinha como sua presidente Eleanor Roosevelt. Esta comissão criou um relatório detalhado sobre discriminação de gênero, incluindo a situação da mulher no ambiente de trabalho que abrangia salários desiguais, desigualdade nos direitos, falta de serviços sociais, entre outros aspectos de discriminação sofridos pelas mulheres.

Com base neste relatório, o Presidente Kennedy instituiu medida que proibia a discriminação por gênero na contratações privadas e públicas. Além desta medida, em 1963, o Congresso aprovou lei referente à igualdade de salários, proibindo as discrepâncias salariais referentes à discriminação de gênero, seguido do Título VII da Lei de Direitos Civis que proibia a discriminação no trabalho com base em gênero.

O termo “assédio sexual” tem suas raízes nas reivindicações de movimentos feministas dos Estados Unidos da América por volta dos anos 70. Estes movimentos tinham como objetivo a alteração da situação social da mulher no ambiente de trabalho, portanto propuseram diversas ações civis nos tribunais por todo o país embasando-se no Título VII da Lei de Direitos Civis

de 1964, criando precedentes como *Williams v. Saxbe e Barnes v. Train*, casos que reforçaram a existência de assédio sexual. Nos Estados Unidos a responsabilização é meramente civil, ou seja, é arbitrado pagamento de multa pelo dano moral causado à vítima, sem responsabilização criminal pelo ato cometido.

No Brasil, o termo “assédio sexual” ficou conhecido pela Lei 10.224/2001 que altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dar outras providências, fruto do projeto de Lei 61/1999, apresentado pela Deputada Iara Bernardi que visava não somente o assédio sexual no ambiente de trabalho, mas também no ambiente familiar.

A justificação apresentada pela nobre deputada Iara Bernardi foram legislações internacionais sobre o tema, casos concretos e estudos feministas brasileiros e internacionais, reforçando projetos de lei apresentados em legislaturas anteriores pelas Deputadas Marta Suplicy e Maria Laura. Pela análise destes estudos ficou constatado que 99% das vítimas de assédio sexual no mundo eram mulheres e que no Brasil 52% das mulheres já foram assediadas sexualmente no trabalho.

Após diversas discussões na Comissão de Constituição e Justiça e vetos parciais do Presidente da República, ficou instituído que o assédio sexual se restringiria ao ambiente de trabalho, tendo em vista que o assédio sexual no ambiente familiar já havia tipificação suficiente abarcada pela lei penal, bem como que a pena seria de detenção de 1 a 2 anos.

O crime de assédio sexual está disposto no artigo 216-A do Código Penal e tem a seguinte redação:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente

da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001)

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, 7 de agosto de 2009)

Desta forma, a ocorrência do assédio sexual só pode ocorrer no exercício do emprego, cargo ou função, ou seja, no ambiente de trabalho.

Podemos dividir o assédio sexual em duas espécies: a) *quid pro quo*, que consiste no constrangimento da vítima por seu superior hierárquico para obtenção de favores sexuais sob pena perda de trabalho ou qualquer outra punição; b) ambiental, que consiste em incitações sexuais realizadas por companheiros de trabalho ou terceiros, ou seja, o nível hierárquico não é requisito para a caracterização do assédio.¹

A lei brasileira prevê penalização para ambas espécies de assédio sexual, sendo a primeira tipificada no Código Penal pelo artigo 216-A, bem como respectiva indenização por danos morais à/ao agredida(o) e demissão por justa causa ao (à) agressor(a), caso este último seja empregado, com base nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil e artigos 482 e 483 da CLT, e a segunda apenas a indenização por dano moral e demissão por justa causa disposta nos artigos mencionados. Além disso, a vítima do assédio sexual poderá solicitar a rescisão indireta do contrato de trabalho.

A jurisprudência trabalhista está pacificada no sentido de responsabilização civil da empresa nos casos de assédio sexual sofridos no ambiente de trabalho por se tratar de responsabilidade objetiva, com fulcro no artigo 152, III, e 933 do Código Civil, bem como na Súmula 341 do STF:

“Ao empregador incumbe a obrigação de manter um ambiente de trabalho respeitoso, pressuposto mínimo para a execução do pacto laboral. A sua responsabilidade pelos atos de seus prepostos é objetiva (art. 1521, III, do CC e Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), presumindo-se a culpa. A prova dos atos atentatórios da intimidade da empregada é muito difícil, pois geralmente são perpetrados na clandestinidade, daí porque os indícios constantes do autos têm especial relevância, principalmente quando apontam para a prática reiterada do assédio sexual com outras empregadas. Tal conduta tem como consequência a condenação em indenização por danos morais (art. 5o., X, da CR/88) e a rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 483, e, da CLT).” (TRT 3ª Reg., 5ª Turma, RO n. 4269/2002, Rel. Rogério Valle Ferreira, DJMG: 06-07-2002, pág. 14)

Quanto às decisões dos tribunais trabalhistas, a falta de provas testemunhais faz com que muitas ações sejam julgadas improcedentes.

Em pesquisa realizada pela consultoria Kurier Analytics em 2018 a evolução de casos de assédio sexual no Judiciário brasileiro aumentaram em 200% no período de 2013 a 2016.²

Outra pesquisa realizada pela Datafolha também em 2018 aponta que 15% das mulheres brasileiras relatam já ter sofrido algum tipo de assédio sexual no ambiente de trabalho.

1 EEOC, The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, 19/03/1990 <https://www.eeoc.gov/policy/docs/currentissues.html>

2 Bassette, Fernanda e Campos, João Pedroso de. Não, senhores, não pode mais. Revista Veja. 2564, 2018, Vol. 2.

4. O papel do compliance na prevenção, detecção e resposta aos casos de assédio sexual contra a mulher

Primeiramente, é importante mencionar que o principal objetivo de uma estrutura de compliance é: decisões empresariais devem ser coerentes com valores e princípios éticos predeterminados. Para tanto, o compliance realizará a prevenção, detecção e resposta a todas as decisões que se opuserem a estes valores e princípios.

Como meio de prevenção, a criação de um Código de Conduta descrevendo a definição clara de assédio sexual, bem como a intolerância deste no ambiente de trabalho, é o primeiro passo para o cumprimento deste objetivo e se faz instrumento imprescindível para a informação de todos os envolvidos nas atividades da empresa.

Ainda no âmbito da prevenção, é importante a criação de política corporativa sobre o tema que deverá ser devidamente aprovada e monitorada pelo Conselho de Administração da empresa. Nesta política é importante conter novamente o conceito de assédio sexual, as punições aplicáveis ao agressor, como denunciar a ocorrência, a garantia de confidencialidade das informações e da fonte da informação (denunciante) e a garantia de não retaliação.

Treinamentos e comunicações a todos os envolvidos nas atividades empresariais, sejam eles internos ou externos, também são importantes para o esclarecimento do assunto. Estes treinamentos e comunicações devem apresentar claramente as mesmas informações contidas na política corporativa, assim como informações mais práticas como pesquisas, vídeos, ilustrações, questionamentos frequentes, entre outros métodos que tornem de fácil compreensão a fixação do tema.

A liderança corporativa também tem papel importante na transmissão dos valores e princípios determinados pela empresa. É o que se denomina “Tom da liderança”. O apoio dos líderes da empresa é requisito essencial para que o combate ao assédio sexual seja efetivo.

A detecção do assédio sexual pode se dar de duas formas: por denúncia anônima ou identificada ou por detecção do departamento de compliance da empresa.

Após a recepção da denúncia ou detecção pelo Departamento de Compliance é necessária investigação sobre o caso para analisar a real ocorrência de assédio sexual com a coleta de dados por meio de entrevistas com a vítima, testemunhas (se houver), observação do ambiente de trabalho da vítima e do agressor, entre outras técnicas investigativas.

Como resposta ao assédio sexual, caso seja concluído pela procedência de sua ocorrência, o agressor deve ser imediatamente desligado da empresa, com fulcro no artigo 482 e 483 da CLT.

Esta punição ocorrerá somente após deliberação dos membros efetivos do Comitê de Compliance que decidirão, com base na investigação apresentada pela equipe de compliance, pela procedência ou não do assédio sexual.

5. Composição e realidade dos comitês de compliance em casos de assédio sexual contra a mulher

Teoricamente, o Comitê de Compliance deve ser composto necessariamente por membros do Conselho de Administração, conforme instituído no artigo 138 a 142 da Lei 6.404/76.

Conforme a pesquisa *Gender-Equality Index* realizada pela Bloomberg, em 2019 as

mulheres representaram 42% da força de trabalho em todo o mundo, mas apenas 26% destas mulheres ocupam efetivamente cargos em conselhos administrativos. Ademais, apenas 60% das empresas em todo o mundo adotam medidas para revisar a igualdade de salários entre homens e mulheres e 39% encontraram disparidades salariais que foram devidamente ajustadas. Das empresas que adotam a revisão de disparidades de salários, 17% delas disseram que encontraram disparidades de nível médio e 20% encontraram disparidades de nível alto. Quanto a políticas e benefícios,

Desta forma, podemos concluir que a estrutura de um Comitê de compliance em uma empresa brasileira tende a ser majoritariamente masculina, ou seja, a ausência de mulheres em cadeiras de conselhos de administração não é significativa, o que torna a investigação e conclusão dos casos de assédio sexual contra a mulher sujeita à certa inclinação ao interesse masculino, ou seja, à inexistência do caso.

É importante salientar que a investigação dos casos de assédio sexual se torna dificultosa pela falta de testemunhas quando da ocorrência do fato, uma vez que o agressor normalmente age a portas fechadas, ou seja, sem a presença de testemunhas que possam relatar o fato.

Somando-se a ausência de testemunhas com culturas machistas da sociedade, é nítido que o resultado de uma investigação de assédio sexual tem grandes chances de não proceder pela ocorrência do fato.

Neste diapasão, é possível chegar à conclusão de que apesar da adoção de um modelo de governança corporativa robusto, a empresa precisa desenvolver, primeiramente, a cultura de igualdade de gêneros em todos os sentidos, uma vez que o assédio sexual contra a mulher é consequência destas disparidades de tratamento no âmbito privado e público entre o homens e a mulheres. Neste sentido:

By costume, as well, women were largely excluded from public life. In the early nineteenth century, the social ethic of domesticity shaped the lives of white middle-class women, excluding them from participation in the work-place. The ideology of domesticity distinguished between home – the locus of tranquility, rest, and familial love associated with women – and the public life of business and politics associated with men. This ideology, however, often did not reflect the lives of poor women and women of color, who had no choice but to work outside of their homes. Many women, as domestic servants in particular, straddled the line between the public and the private spheres. The influence of this ideology of domesticity on the law, however, powerfully shaped all women's lives by limiting women's participation in the public sphere and denying legal relief for harms arising in the private sphere.

Baker, Carrie N. *The Women's Movement against Sexual Harassment*. New York: Cambridge University Press, 2008.

6. Conclusão

Pela exposição dos fatos e argumentos deste artigo, pode-se concluir que a estrutura de compliance na governança corporativa é essencial para a transmissão de valores e princípios, bem como prevenção, detecção e resposta aos casos em que estes valores e princípios sejam violados. Assim, o assédio sexual contra a mulher deve ser considerado uma violação aos valores e princípios predeterminados pela empresa e a estrutura de compliance tem o dever de prevenir, detectar e responder a quaisquer destes incidentes que ocorram dentro da empresa.

É importante mencionar que a desigualdade de gênero dentro das empresas, mais

especificamente a ausência de políticas que extingam esta desigualdade, contribui para a ocorrência de assédio sexual no ambiente de trabalho, uma vez que a mulher é considerada inferior ao homem tanto nas esferas públicas como nas privadas.

Portanto, conclui-se que a estrutura de compliance como estrutura empresarial está falhando no que tange à representatividade das mulheres em cadeiras em conselho de administração das empresas no mundo todo, motivo pelo qual não somente devemos combater tal desigualdade no meio empresa, mas também na sociedade.

Finaliza-se este estudo com o artigo de nossa Carta Magna e a seguinte indagação: Será que o compliance está cumprindo plenamente seu papel como estrutura de governança corporativa?

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

7. Bibliografia

1. Baker, Carrie N. *The Women's Movement against Sexual Harassment*. New York : Cambridge University Press, 2008.
2. EEOC, U.S. Equal Employment Opportunity Commission. *Facts About Sexual Harassment*. Washington : <https://www.eeoc.gov/eeoc/publications/fs-sex.cfm>, .
3. Ltd., The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee and Co. *Cadbury Report*. Londres : Burges Science Press, 1992. <https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf>.
4. Eisenberg, Melvin Aron. *An Introduction to the American Law Institute's Corporate Governance Project*. Washington : Berkeley Law Scholarship – <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3031&context=facpubs>, 1984.
5. Bassette, Fernanda e Campos, João Pedroso de. Não, senhores, não pode mais. *Revista Veja*. 2564, 2018, Vol. 2.
6. IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código de Melhores Práticas da Governança Corporativa. [Online] 2015. <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=21138>.
7. IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Compliance à luz da Governança Corporativa. [Online] 2017. <https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23486/Publicacao-IBGC-Orienta-ComplianceSobaluzDaGC-2017.pdf>.
8. Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa*. 20ª Edição. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O Compliance Regulatório e seu alcance

ROSIMARA RAIMUNDO VUOLO

Consultora e Advogada Especialista em Compliance e Regulação, idealizadora da LBMV – Compliance e SOU - Compliance. Experiência profissional de mais de 25 anos em instituições financeiras nas áreas: Compliance, Controles Internos, Jurídico, Operações, Corporate e Investment Banking. Consolidada atuação na implantação de programas de compliance, gerenciamento de riscos corporativos e negócios sustentáveis. Foi presidente da Comissão de Compliance e PLD/CFT da ACREFI (Associação Nacional das Instituições de Crédito, Financiamento e Investimento) – mai/12 a nov/17. Vice-Presidente da Comissão de Estudos de Compliance da OAB/SP (Ordem dos Advogados de São Paulo). Coordenadora da Comissão de Compliance Financeiro da LEC (Legal, Ethics & Compliance). Membro efetivo do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo) e da Comissão de Compliance desta instituição. Membro da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB/SP - Pinheiros (Ordem dos Advogados de São Paulo). Membro do Comitê Privacy BR. Professora em cursos de extensão na FECAP, LEC, Damásio, Instituto ARC e IBS/FGV – Minas. Artigos Publicados na Revista Financeiro e LEC. Palestras Ministradas sobre os temas de Compliance Financeiro, Certificação em Combate e Prevenção a Lavagem de Dinheiro, Programa Anticorrupção, FATCA/CRS, Risco Socioambiental e Proteção de Dados. Coautora do ebook Diretrizes do Compliance Financeiro, produzido pela LEC.



De acordo com o art. 192 da Constituição Federal: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.”

O Sistema Financeiro Nacional – SFN – pode ser subdividido em entidades normativas, supervisoras e operacionais.

As entidades normativas são responsáveis pela definição das políticas e diretrizes

gerais do sistema financeiro, sem função executiva. Em geral, são entidades colegiadas, com atribuições específicas e utilizam-se de estruturas técnicas de apoio para a tomada das decisões. Atualmente, no Brasil funcionam como entidades normativas o Conselho Monetário Nacional – CMN, o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC.

As entidades supervisoras, por outro lado, assumem diversas funções executivas, como a fiscalização das instituições sob sua responsabilidade, assim como funções normativas, com o intuito de regulamentar as decisões

tomadas pelas entidades normativas ou atribuições outorgadas a elas diretamente pela Lei. O Banco Central do Brasil – BCB, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC são as entidades supervisoras do nosso Sistema Financeiro.

Além destas, há as entidades operadoras, que são todas as demais instituições financeiras, monetárias ou não, oficiais ou não, como também demais instituições auxiliares, responsáveis, entre outras atribuições, pelas intermediações de recursos entre poupadores e tomadores ou pela prestação de serviços.

Entidades Normativas

Conselho Monetário Nacional – CMN

É o órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional. O CMN não desempenha função executiva, apenas tem funções normativas. Atualmente, o CMN é composto por três membros:

- Ministro da Fazenda (Presidente);
- Ministro do Planejamento Desenvolvimento e Gestão; e
- Presidente do Banco Central.

Trabalhando em conjunto com o CMN funciona a Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (Comoc), que tem como atribuições o assessoramento técnico na formulação da política da moeda e do crédito do País. As matérias aprovadas são regulamentadas por meio de Resoluções, normativos de caráter público, sempre divulgadas no Diário Oficial da União e na página de normativos do Banco Central do Brasil.

Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP

O CNSP desempenha, entre outras, as atribuições de fixar as diretrizes e normas

da política de seguros privados, regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades Abertas de Previdência Privada, Resseguradores e Corretores de Seguros.

Conselho Nacional de Previdência Complementar CNPC

O CNPC tem a função de regular o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar (Fundos de Pensão).

Entidades Supervisoras

Banco Central do Brasil – BCB

É uma autarquia federal que tem como principal missão institucional assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda nacional e um sistema financeiro sólido e eficiente.

Entre as várias competências do BCB destacam-se:

- Assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda nacional e da solidez do Sistema Financeiro Nacional;
- Executar a política monetária mediante utilização de títulos do Tesouro Nacional;
- Fixar a taxa de referência para as operações compromissadas de um dia, conhecida como taxa SELIC;
- Controlar as operações de crédito das instituições que compõem o Sistema Financeiro Nacional;
- Formular, executar e acompanhar a política cambial e de relações financeiras com o exterior;
- Fiscalizar as instituições financeiras e as clearings (câmaras de compensação);
- Emitir papel-moeda;
- Executar os serviços do meio circulante para atender à demanda de dinheiro necessária às atividades econômicas;

- Manter o nível de preços (inflação) sob controle;
- Manter sob controle a expansão da moeda e do crédito e a taxa de juros;
- Operar no mercado aberto, de recolhimento compulsório e de redesconto;
- Executar o sistema de metas para a inflação;
- Divulgar as decisões do Conselho Monetário Nacional;
- Manter ativos de ouro e de moedas estrangeiras para atuação nos mercados de câmbio;
- Administrar as reservas internacionais brasileiras;
- Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras nacionais;
- Conceder autorização para o funcionamento das instituições financeiras.
- Estimular a formação de poupança e a sua aplicação em valores mobiliários;
- Assegurar e fiscalizar o funcionamento eficiente das bolsas de valores, do mercado de balcão e das bolsas de mercadorias e futuros;
- Proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra emissões irregulares de valores mobiliários e contra atos ilegais de administradores de companhias abertas ou de carteira de valores mobiliários;
- Evitar ou coibir modalidades de fraude ou de manipulação que criem condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;
- Assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e sobre as companhias que os tenham emitido;
- Assegurar o cumprimento de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários;
- Assegurar o cumprimento, no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.
- Realizar atividades de credenciamento e fiscalização de auditores independentes, administradores de carteiras de valores mobiliários, agentes autônomos, entre outros;
- Fiscalizar e inspecionar as companhias abertas e os fundos de investimento;
- Apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não-equitativas de administradores de companhias abertas e de quaisquer participantes do mercado de valores mobiliários, aplicando as penalidades previstas em lei;
- Fiscalizar e disciplinar as atividades dos auditores independentes, consultores e analistas de valores mobiliários.

Comissão de Valores Mobiliários – CVM

Atualmente a Comissão de Valores Mobiliários é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, porém sem subordinação hierárquica.

É administrada por um Presidente e quatro Diretores nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal. Eles formam o chamado «colegiado» da CVM. Seus integrantes têm mandato de 5 anos e só perdem seus mandatos «em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar» (art. 6º § 2º). O Colegiado define as políticas e estabelece as práticas a serem implantadas e desenvolvidas pelas Superintendências, as instâncias executivas da CVM.

Essas são algumas de suas atribuições:

Superintendência de Seguros Privados – SUSEP

A Susep é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

É uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, administrada por um Conselho Diretor, composto pelo Superintendente e por quatro Diretores.

Essas são algumas de suas atribuições:

Fiscalizar a constituição, organização, funcionamento e operação das Sociedades Seguradoras, de Capitalização, Entidades Abertas de Previdência Privada e Resseguradores, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP; Atuar no sentido de proteger a captação de poupança popular que se efetua através das operações de seguro, previdência privada aberta, de capitalização e resseguro.

Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC

A Previc atua como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado por essas entidades. É uma autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social.

Entidades Operadoras

Órgãos Oficiais

Banco do Brasil – BB

O Banco do Brasil é o mais antigo banco comercial do Brasil e foi criado em 12 de

outubro de 1808 pelo príncipe regente D. João. É uma sociedade de economia mista de capitais públicos e privados. É também uma empresa aberta que possui ações cotadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BVSP BOVESPA).

O BB opera como agente financeiro do Governo Federal e é o principal executor das políticas de crédito rural e industrial e de banco comercial do governo. E a cada dia mais tem se ajustado a um perfil de banco múltiplo tradicional.

Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES

Criado em 1952 como autarquia federal, hoje é uma empresa pública vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio. É responsável pela política de investimentos a longo prazo do Governo Federal, necessários ao fortalecimento da empresa privada nacional.

Com o objetivo de fortalecer a estrutura de capital das empresas privadas e desenvolvimento do mercado de capitais, o BNDES conta com linhas de apoio para financiamentos de longo prazo a custos competitivos, para o desenvolvimento de projetos de investimentos e para a comercialização de máquinas e equipamentos novos, fabricados no país, bem como para o incremento das exportações brasileiras.

Os financiamentos são feitos com recursos próprios, empréstimos e doações de entidades nacionais e estrangeiras e de organismos internacionais, como o BID. Também recebe recursos do PIS e PASEP.

Conta com duas subsidiárias integrais, a FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial) e a BNDESPAR (BNDES Participações), criadas com o objetivo, respectivamente, de financiar a comercialização de máquinas e equipamentos; e de

possibilitar a subscrição de valores mobiliários no mercado de capitais brasileiro. As três empresas, juntas, compreendem o chamado “Sistema BNDES”.

Caixa Econômica Federal – CEF

Criada em 12 de janeiro de 1861 por Dom Pedro II com o propósito de incentivar a poupança e de conceder empréstimos sob penhor. É a instituição financeira responsável pela operacionalização das políticas do Governo Federal para habitação popular e saneamento básico.

A Caixa é uma empresa 100% pública e não possui ações em bolsas.

Além das atividades comuns de um banco comercial, a CEF também atende aos trabalhadores formais – por meio do pagamento do FGTS, PIS e seguro-desemprego, e aos beneficiários de programas sociais e apostadores das Loterias.

As ações da Caixa priorizam setores como habitação, saneamento básico, infraestrutura e prestação de serviços.

Demais Entidades Operadoras

Instituições Financeiras Monetárias

São as instituições autorizadas a captar depósitos à vista do público. Atualmente, apenas os Bancos Comerciais, os Bancos Múltiplos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e as Cooperativas de Crédito possuem essa autorização.

Demais Instituições Financeiras

Incluem as instituições financeiras não autorizadas a receber depósitos à vista. Entre elas, podemos citar:

- Agências de Fomento
- Associações de Poupança e Empréstimo
- Bancos de Câmbio
- Bancos de Desenvolvimento
- Bancos de Investimento
- Companhias Hipotecárias
- Cooperativas Centrais de Crédito
- Sociedades Crédito, Financiamento e Investimento
- Sociedades de Crédito Imobiliário
- Sociedades de Crédito ao Microempreendedor
- Outros Intermediários Financeiros

São também intermediários do Sistema Financeiro Nacional:

- Administradoras de Consórcio;
- Sociedades de Arrendamento Mercantil;
- Sociedades corretoras de câmbio;
- Sociedades corretoras de títulos e valores mobiliários;
- Sociedades distribuidoras de títulos e valores mobiliários.
- Instituições Auxiliares

Também compõem o Sistema Financeiro Nacional, como entidades operadoras auxiliares, as entidades administradoras de mercados organizados de valores mobiliários, como os de Bolsa, de Mercadorias e Futuros e de Balcão Organizado.

Além das entidades relacionadas acima, também integram o SFN as companhias seguradoras, as sociedades de capitalização, as entidades abertas de previdência complementar e os fundos de pensão.

E onde entra o compliance regulatório e o Sistema Financeiro Nacional?

Para evitar e minimizar qualquer efeito que possa atingir a complexidade do Sistema

Financeiro Nacional, o desenvolvimento e equilíbrio do país e a servir aos interesses da coletividade, e a estabilidade econômica, as autoridades competentes buscam minimizar os diversos riscos envolvidos através de criação de leis e regulamentos.

O *compliance* regulatório está relacionado ao cumprimento dessas leis e regulamentos, mitigando o risco de ter a “licença para operar” retirada por um regulador, dependendo do nível de severidade, sanções, perdas financeiras decorrentes de pagamento de multas ou exposição a riscos de imagem e reputação decorrentes do não cumprimento destas exigências.

Podemos dizer que a gestão de riscos faz parte dos pilares do *compliance*, a partir do momento em que nos atentamos para o fato que dentre estes pilares se encontram atividades como prevenir e detectar riscos, criar políticas e atividades de controle e monitoramento.

As instituições devem ser capazes de gerir seu risco de *compliance*, estabelecer um programa que possa assegurar o cumprimento das normas e as expectativas dos órgãos reguladores. Devem ser criadas estratégias de risco, desenvolvimento de habilidades e competências para que os riscos sejam gerenciados de forma apropriada e os objetivos estratégicos sejam atingidos.

Um gerenciamento do *compliance* regulatório deve garantir a existência de controles eficazes para mitigar riscos regulatórios significativos.

Há a necessidade que seja compreendido expectativas dos reguladores e os desafios do negócio, para realizar uma gestão eficaz e consistente das obrigações regulatórias e criar uma estrutura de governança sustentável e eficaz, que contribua para navegar no ambiente regulatório, otimizar o desempenho dos negócios e atingir objetivos estratégicos.

O gerenciamento do *compliance* regulatório tem que garantir a existência de controles eficazes para mitigar riscos regulatórios significativos, num ambiente regulatório complexo e vem passando por diversas mudanças, em decorrência da evolução e dinâmica dos negócios das empresas e da necessidade de maior visibilidade e monitoramento pelos órgãos regulatórios.

E qual a conectividade do compliance regulatório?

Estimular a atuação eficiente do mercado econômico objetivando o bem-estar social é premissa para o desenvolvimento de qualquer país.

Agentes reguladores atuam de forma a alinhar a implementação de medidas de boas práticas de gestão, exigindo que se coloque em prática um programa de *compliance* regulatório como matriz de regulação de modo a assegurar a adequada atuação do mercado.

Por esse ângulo, sob uma analogia ao *compliance* concorrencial, nas palavras do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2014, p. 6 e 9): “A expressão *compliance* vem do inglês, “to comply”, que significa exatamente cumprir, estar de acordo com. Cada vez mais os agentes econômicos se dão conta da necessidade de estabelecer práticas que não violem a LDC e demonstrem uma atitude pró-ativa por parte dos entes privados. Por conta disso, a implementação de programas de *compliance* concorrencial tem se multiplicado. *Compliance* é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores.”

O próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é o conjunto de órgãos governamentais responsável pela promoção de uma economia competitiva

no Brasil, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência.

O sistema educacional brasileiro é regido por um grande número de leis, diretrizes, decretos e outros instrumentos normativos.

O Sistema Nacional de Viação (SNV) que visa garantir a operação racional e segura dos transportes de pessoas e bens, dotando o país de infraestrutura viária adequada e promovendo o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

E o próprio Sistema BNDES já mencionado acima, entre outros sistemas.

Isso posto, podemos afirmar que o compliance regulatório é a política de materialidade e de promoção da conformidade ao arcabouço legal, um consequente estado ético e financeiramente sustentável.

Fontes:

Sites: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fcomposicao%2Fcomposicao.asp> consultado em 08/04/2019;

http://www.investidor.gov.br/menu/Investidor_Estrangeiro/o_mercado_de_valores_brasileiros/Estrutura_Funcionamento.html consultado em 08/04/2019

Compliance tributário e “nos conformes”



SÓIRA SOLEDADE A. CELESTINO

Head Tax na DEX Advisors. Bacharel em Ciências Contábeis pela FMU, Acadêmica do 5º semestre em Direito na FMU, Pós-Graduação em Controladoria pela FECAP, Especialização em Tributação Internacional pela FIPECAFI e Leiden University. Membro da Academia de Letras Brasil-Suíça.

1. Introdução

As negociações internacionais realizadas em ambientes altamente tecnológicos e nos diversos setores de atividade econômica e financeira, ao integrar as economias mundiais, obrigou os governos e as empresas à adoção e implementação de uma série de medidas, principalmente no que concerne à política e governança.

Com a política tributária fortemente impactada pela globalização dos mercados, a Administração Tributária dos países enfrenta agora os desafios de buscar competitividade fiscal frente ao dinamismo da economia e da tecnologia e de controlar e fiscalizar as operações de planejamento

tributário internacional e as bases econômicas geradas nas transações pactuadas por contribuintes de diferentes nacionalidades, que não se sujeitam à competência e jurisdição de uma única autoridade fiscal.

Acordos para troca de informações entre os países ou para evitar a dupla tributação, transparência fiscal, mudanças nos sistemas tributários e legislação local, BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), tem sido algumas das medidas governamentais adotadas nesta nova ordem econômica mundial.

As empresas, por sua vez, estão obrigadas a implementar medidas de governança corporativa a fim de assegurar que suas transações serão realizadas dentro de uma cultura empresarial onde a ética e a

concorrência leal se façam presentes e disseminadas em todo seu ecossistema, quais seja, funcionários, clientes, fornecedores e outros que tomem parte no processo. Vale ressaltar que aos administradores e conselheiros cabe a responsabilidade para adoção de boas práticas nas relações comerciais sob pena de expor a companhia à danos financeiros, de reputação, de perda de posição no mercado e de negócios, e, dependendo da gravidade da situação e na pior das hipóteses, respondem criminalmente pelos seus atos.

Neste contexto, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) tem atuado fortemente para assegurar a concorrência leal nas relações econômicas internacionais através de mecanismos de imposição de normas tributárias, como por exemplo, aquelas aplicadas no *Transfer Pricing*, e, estipulando metas para implantação de *Compliance*, cujo reflexo pode ser observado em países como o Japão, que revisou seu código de governança, ou, como os Estados Unidos da América, que inseriu em seu ordenamento jurídico, legislação aplicável à governança corporativa.

O Brasil, como forma de aderência à esta tendência mundial, promulgou a Lei nº 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, que obriga as empresas a implantar programas de *Compliance* para impedir atos que denotem desvios de conduta sob pena de punições severas. O Estado de São Paulo, por sua vez, estimula as práticas da boa governança tributária, através da Lei Complementar nº 1.320/2018 conhecida como “Nos Conformes”. A Receita Federal também caminha neste sentido com a abertura de Consulta Pública (RFB n.º 4, de 2018) através da qual foi discutido o Programa “Pró-Conformidade”.

Diante de todo o exposto, resta evidente a necessidade de uma reflexão sobre o *Compliance* Tributário.

2. Relevância do *Compliance* Tributário

No cenário de tributação global e de complexidade das normas internas tributária, societária e contábil, faz-se imprescindível a governança tributária, implementada a partir de procedimentos a serem observados e cumpridos conforme as responsabilidades atribuídas ao comitê de governança, ao gestor, ao *compliance* e ao operacional.

A ação conjunta de uma equipe tributária altamente qualificada, experiente e multidisciplinar atuando na gestão, no *compliance* e no operacional é fator primordial para agregar valor às empresas, tornando-as mais competitivas, com melhor posicionamento no mercado e atrativas aos investidores.

O planejamento e implementação de estratégias fiscais para as operações locais e internacionais, a identificação de oportunidades eficazes e lícitas que poderão ensejar em ganhos financeiros ou redução do custo fiscal, a adoção de políticas de *compliance* tributário através das revisões de procedimentos adotados pela empresa que buscam mitigar eventuais riscos de contingências fiscais e garantir a proteção do patrimônio da companhia e de seus sócios, entre outros, demonstram o papel estratégico da área tributária em toda e qualquer transação. As atuais demandas fiscais exigem do profissional que atua na área mais do que simplesmente efetuar a escrituração fiscal e contábil, como também habilidades gerenciais, de planejamento e de execução do *compliance*.

O *compliance* pode ser definido como o conjunto de procedimentos e de ferramentas de controle empregados para assegurar a conformidade e o cumprimento de leis, regulamentos internos e externos, políticas e diretrizes definidas para as rotinas empresariais e de negócios, objetivando dirimir riscos sejam estes de reputação ou legal.

Através da aplicação das medidas de controles internos é que se torna possível evitar e identificar qualquer desvio ou inconformidade e criar planos de ação quando estes forem detectados.

No que tange ao Tributário, a definição de *compliance* aplica-se às transações das empresas e ao cumprimento de obrigações fiscais em conformidade com as leis tributárias, evitando riscos fiscais e sanções, principalmente, levando-se em conta que, em eventuais fiscalizações, poderão ser lavrados autos de infração, onde a Administração tributária exigirá o pagamento de tributos acrescidos de multas de ofício e juros. Ainda que haja possibilidade de recorrer judicialmente, os custos gerados pelos processos são elevados, demora-se muitos anos para uma sentença transitada em julgado, além da possibilidade de restrições para se obter Certidão Negativa de Débitos.

Portanto, o *Compliance* tributário, que tem por natureza ser uma conduta preventiva e obrigatória, merece especial atenção, a despeito do segmento de mercado e porte das empresas, uma vez que a carga tributária brasileira é elevada, os custos envolvidos no processo de apuração dos tributos são altos, o sistema tributário é complexo e inserido em um cenário de total insegurança jurídica. Ressalte-se, ainda, que o uso de tecnologia está aprimorando o processo de entrega das obrigações acessórias e a emissão de documentos fiscais, resultando em sofisticação e celeridade dos meios de fiscalização.

3. Diretrizes para implementação da metodologia de *Compliance* Tributário

Assegurar a correta apuração dos tributos ao mesmo tempo em que são analisadas alternativas de redução da carga tributária

incidente em suas operações tem sido as principais prioridades da gestão tributária nas organizações.

A administração e gerenciamento dos processos tributários para atender às normas vigentes no Brasil, podem ser realizados de forma mais eficiente e mitigando riscos através da implementação de *Compliance* Tributário.

Para que os benefícios decorrentes de tal implantação no cotidiano das empresas sejam efetivos, cumpre adotar alguns procedimentos, como os que se seguem:

- Conhecer os procedimentos negociais e mapear as transações realizadas pela companhia de forma a identificar os tributos incidentes em cada operação, a possibilidade de recuperação fiscal e de compensação dos créditos, e, por conseguinte, criar uma matriz tributária;
- A partir da criação da matriz tributária, elaborar uma agenda fiscal com todas as obrigações principais e acessórias, monitorando os prazos de pagamentos, de prescrição e decadência para compensação dos tributos e de entrega de informações e arquivos requeridos pela Administração Tributária a serem apresentados em um determinado período;
- Revisar a matriz tributária em face às constantes mudanças nas legislações e de fatores que possam vir a alterar o enquadramento tributário da sociedade e das bases fiscais apuradas, principalmente no que se refere aos tributos lançados por homologação;
- Promover treinamentos para a formação, qualificação e fomento de comportamentos das equipes, alinhar e atribuir responsabilidades e tarefas que deverão ter o acompanhamento da performance dos profissionais, disponibilizar ferramentas de consultas;
- Assegurar que as entregas das informações e arquivos estejam em conformidade

com o layout determinado pela Administração Tributária e os dados não estejam errados, incompletos ou inconsistentes;

- Seguir estritamente as legislações aplicáveis à emissão de nota fiscal, atentando para a verificação de conformidade dos parceiros de negócios junto às autoridades fiscais, a correta identificação da operação realizada, da classificação dos produtos, das alíquotas a serem aplicadas, o preenchimento adequado de todos os campos, a revisão dos dados que serão oportunamente declarados;
- Realizar a auditoria e o cruzamento das escriturações diária e mensal nas várias plataformas disponibilizadas pela Administração Tributária, de forma a prevenir riscos de inconsistências e permitir a retificação imediata dos erros identificados;
- Exigir comprovação de pagamentos de tributos e controlar a execução de tarefas tributárias delegadas pelas autoridades fiscais à terceiros, que possam implicar em sanções administrativas, principalmente no que tange à responsabilidade solidária;
- Acompanhar o envio de correspondências, física ou digital, encaminhadas pelas autoridades fiscais, atentando para o prazo de entrega de informações ou ingresso de recursos administrativos ou judiciais, quando aplicável;
- Contabilizar provisões de contingências fiscais para processos administrativos e judiciais conforme suas probabilidades de perda;
- Arquivar adequadamente documentos físicos e arquivos digitais das operações realizadas pela empresa, no prazo determinado por lei, de forma a promover o fácil acesso de todas as obrigações entregues às autoridades fiscais e a respectiva documentação comprobatória;
- Expedir e monitorar as Certidões Negativas de Débitos em todas as esferas

tributárias, tomando as medidas cabíveis quando detectadas inconformidades;

- Buscar ganho de eficiência e mitigação de erros por *inputs* manuais, implementando ferramentas tecnológicas avançadas através de sistemas de gestão empresarial ou ERP que controlem, automatizem e integrem operações de diversas áreas, permitam a extração de relatórios, gerenciamento das informações e entrega de dados ao governo, bem como, fazendo uso de Inteligência Artificial através de softwares que executem a correta identificação e aplicação da legislação local e federal nas operações;
- Recorrer ao suporte e opinião de terceiros para os casos em que possa haver interpretação equivocada da legislação, evitando que a empresa incorra em erros involuntários.

Por se tratar de um processo dinâmico e que envolve melhoria contínua na gestão e nos controles internos, o programa de implementação das políticas de *Compliance* Tributário deverá ser medido, monitorado e analisado de forma criteriosa, mensurando seus resultados através de índices de performances previamente acordados com o comitê de governança, estando, portanto, sujeito à alterações ou atualizações que se fizerem necessárias para assegurar sua eficiência e eficácia e o cumprimento dos propósitos para os quais foi criado.

4. Compliance Tributário e sua relação com os Programas “Nos Conformes” e “Pró-Conformidade”

Com o advento da Lei Complementar n.º 1.320/2018 foi instituído o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária – “Nos Conformes” que define princípios para o

relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária.

O intuito do programa é estimular as boas práticas, estabelecendo condições mais favoráveis aos contribuintes conforme a classificação que lhe for atribuída por seu comportamento junto à autoridade fiscal, avaliado pela situação cadastral, adimplência no pagamento dos tributos, tempestividade e aderência nas informações prestadas por meio de declarações e escriturações.

A Receita Federal, adotando as mesmas diretrizes definidas pelo Programa “Nos Conformes”, criou o Programa Pró-Conformidade e abriu Consulta Pública (RFB nº 4, de 2018) para receber sugestões de melhorias.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) seguindo a mesma tendência de definição de perfil de risco dos contribuintes, estuda proposta para implementar um Cadastro Fiscal Positivo, beneficiando aqueles que alcançarem melhor posicionamento no ranking, com medidas de cobranças e condições de regularização diferenciadas.

O que se depreende de todo o exposto é que doravante a classificação do contribuinte no ranking de risco, definirá sua

relação com a Administração Tributária e com todo o ecossistema em que ele atua, sendo fator determinante para manutenção de suas atividades e continuidade, uma vez que as relações negociais podem ser prejudicadas conforme a nota obtida, acarretando perda de clientes que não aceitarão ter sua classificação afetada, e, por conseguinte, redução de receita.

Note-se que os critérios adotados para o enquadramento do contribuinte em uma determinada classificação estão estritamente vinculados às práticas de uma boa governança tributária, fortemente sustentada e assegurada por políticas de *Compliance*, não sendo estas meramente opcionais, mas cruciais para o cumprimento da conformidade exigida pela legislação em vigor.

5. Conclusão

Em síntese, as empresas enfrentam uma série de desafios internos para promover a governança tributária sendo a adoção de políticas de *Compliance*, a melhor solução para mitigar o risco de contingências fiscais, assegurar o cumprimento das prioridades estipuladas pelas legislações em vigor, manter vantagem competitiva de mercado e integridade financeira.

LegisCompliance, o Portal que auxilia na Gestão das Demandas Regulatórias ligadas ao compliance no Brasil

Cadastre-se gratuitamente em:
www.legiscompliance.com.br

- Base de Dados inteligente
- Textos atualizados e consolidados
- Filtros de busca que facilitam a pesquisa
- Legislação e normatização reunidas em um único ambiente
- Ferramenta de suporte para as áreas de compliance, jurídica, controles internos e governança
- Envio de informativos

Uma análise dos 5 anos dos acordos de leniência celebrados com base na Lei Anticorrupção Brasileira em nível federal



ALBERT BAYER

Advogado sênior da equipe de Governança, Riscos e Compliance no WFaria Advogados. É formado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Ele é pós-graduando em Compliance pela FGV-SP e especializado em Compliance e investigações internas, com grande experiência em diagnósticos, implementação e revisão de programas de Compliance.

1. Introdução

O acordo de leniência foi um assunto destacado como inovador na edição da Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/2013), como forma de incentivar a colaboração entre empresas e o poder público no combate à corrupção.

Passados mais de 05 (cinco) anos da edição da Lei e após intensos debates sobre a competência entre os órgãos da administração pública federal, a ideia do presente artigo é verificar como se deu a aplicação desta importante ferramenta pelos principais órgãos de controle da administração

pública federal: Controladora-Geral da União (CGU), Advocacia Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal (MPF).

2. Discussões iniciais sobre a competência da aplicação da lei anticorrupção brasileira

Diferentemente de outras jurisdições, a Lei Anticorrupção Brasileira trouxe a competência para sua aplicação à “autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

(...)” (art. 8º da Lei 12.846/2013), ou seja, ao invés de trazer sua aplicação centralizada em apenas um órgão, optou-se pela aplicação difusa da referida Lei. Neste sentido SANTOS destacou o desafio surgido¹:

À falta de regulamentação, considerando a existência de centenas de órgãos e dezenas de entidades públicas no âmbito interno da Administração Direta e Indireta dos diversos níveis de governo, é fácil perceber a confusão administrativa e a insegurança jurídica a ser gerada.

Ainda, muito embora a competência em âmbito federal seja da CGU (artigos 8º, § 2º; 9º e 16, § 10, da Lei 12.846/2013) o tema de combate à corrupção, fraude à licitações, lesão à concorrência e improbidade administrativa invariavelmente esbarram em outros temas já tratados por outras legislações, como por exemplo: Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), Lei de Licitações e contratos administrativos (Lei nº 8.666/1993), Lei de Proteção à Concorrência (Lei nº 12.529/2011), Lei de Improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) e entre outras. Por consequência, também encontram desafios na supervisão do cumprimento das diretrizes de seu tema de trabalho, haja vista que cada lei possui um órgão de supervisão competente. Inclusive SIMÃO² menciona:

(...) A negociação do acordo de leniência, na ampla maioria dos casos, traz inevitáveis reflexos em atribuições institucionais de outros órgãos e mesmo interferência direta ou indireta em áreas de responsabilização diversas da administrativa.

Diante deste cenário e após mais de 05 (cinco) anos da vigência da Lei Anticorrupção Brasileira é necessário verificar a

efetividade dos acordos de leniência celebrados com os órgãos da administração pública federal considerando o contexto de potenciais sobreposições de competência ou de reflexos de efeitos em diversas legislações pelos atos de corrupção.

2.1 Atuação da CGU e AGU na celebração de acordos de leniência

Como já mencionado anteriormente, a CGU é competente para celebrar os acordos de leniência no executivo federal e para atos praticados contra a administração pública estrangeira (art. 16, § 10º da Lei 12.846/2013).

A competência da AGU com relação ao combate à corrupção é derivado de sua atribuição constitucional de atividades consultivas e de assessoramento jurídico³ ao Poder Executivo federal (Art. 131 da Constituição Federal de 1988) e, considerando que a Lei 12.846/2013 prevê responsabilidade administrativa e civil, esta segunda responsabilidade necessita de apoio da advocacia pública para buscar a responsabilização judicial disposta nos artigos 18 e seguintes da referida Lei.

Neste passo, a CGU e AGU publicaram, em 15 de dezembro de 2016 e mais de 03 (três) anos após a publicação da Lei Anticorrupção Brasileira, a Portaria Interministerial nº 2.278 que previa os procedimentos para celebração de acordos de leniência da Lei 12.846/2013 com a participação de ambos os órgãos.

Considerando esse cenário de atuação conjunta entre CGU e AGU, em abril de 2019 e em consulta ao *website* Portal da Transparência do Governo Federal, verificou-se que haviam 06 (seis) acordos de leniência firmados com a CGU e AGU no valor total de R\$ 6,06 bilhões relacionados

1 SANTO, José Anacleto Abduch et al. Comentários à Lei 12.846: Lei anticorrupção. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Páginas 281-282.

2 SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Página 102.

3 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. Página 202.

à Lei nº 12.846/2013 e 8.666/1993⁴. Ainda, segundo informações da CGU, existem 19 (dezenove) acordos de leniência em negociação e 02 (dois) acordos próximos de sua conclusão⁵.

Os acordos firmados pela CGU e AGU previram a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento do programa de integridade e isenções: da suspensão de participar de licitações; da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções; publicação extraordinária da decisão condenatória; e declaração de inidoneidade⁶.

Inclusive, vale mencionar que no momento da edição deste artigo, a CGU e AGU, em decisão inédita, decidiu publicar o inteiro teor dos termos de acordos de leniência firmados, ressalvadas as informações sigilosas que foram ocultadas⁷.

2.2 Atuação do MPF na celebração de acordos de leniência

Inicialmente, com relação à atuação do MPF na celebração de acordos de leniência, em 2016, foi tema de comentário do Sr. Torquato Jardim, então Ministro da CGU, mencionando que a “atuação com MPF na Lei Anticorrupção é desafio” e “a maior autonomia funcional de cada procurador da República e os diferentes níveis de atuação, com exigência de aval da Câmara de Revisão, torna a questão mais ‘complexa’”⁸.

Por conseguinte, a competência do Ministério Público Federal no combate à corrupção relacionada à Lei 12.846/2013 é disposta no art. 15, que prevê que, após a conclusão do procedimento administrativo, a comissão dará conhecimento ao Ministério Público dos fatos para apuração de delitos.

Em 25 de outubro de 2016, ou seja, após mais de 03 (três) anos da vigência da Lei 12.846/2013, o Ministério Público Federal instituiu o Grupo de Trabalho “Leniência e Colaboração Premiada”⁹, que se tornou permanente em 25 de agosto de 2017¹⁰. Como resultado, foi emitida uma nota técnica¹¹ que esclareceu:

Notável resultado deste incremento institucional é a configuração dada ao Ministério Público, que, no atual modelo constitucional, configura-se como órgão constitucional autônomo, que não se confunde com os demais poderes, mas que com eles pode livremente coexistir e interagir, com independência funcional no exercício isento de suas atribuições. (...) Como titular exclusivo da ação penal pública, o Ministério Público exerce fundamental papel na defesa do patrimônio público e social. Como decorrência, é agente essencial no enfrentamento das práticas de corrupção, ao zelar pela integridade do interesse público primário. (...) As esferas devem ser aplicadas de forma

4 CGU. Acordo de leniência. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 05/04/2019.

5 CGU. Portal da Transparência- Acordo de Leniência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia>. Acesso em 05/04/2019.

6 CGU. Portal da Transparência- Acordo de Leniência. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia>. Acesso em 05/04/2019.

7 CGU. Acordo de leniência. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 05/04/2019.

8 CGU. Atuação com MPF na Lei Anticorrupção é “desafio”, diz CGU. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/galeria-de-ministros/entrevistas/torquato-jardim/atuacao-com-mpf-na-lei-anticorrupcao-e-201cdesafio201d-diz-cgu>. Acesso em 05/04/2019.

9 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria 5ª CCR Nº 12 de 25 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/docs/portaria-no-12-institui-o-gt-leniencia.pdf>. Acesso em 05/04/2019.

10 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria 5ª CCR Nº 7 de 25 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/docs/Portaria%20no%207%20-%20converte%20o%20GT%20Lenienciao%20em%20comissao%20permanente.pdf>. Acesso em 05/04/2019.

11 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 1/2017 – 5ª CCR de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 05/04/2019.

harmônica e a sua coexistência equilibrada é o que permite a extração da máxima efetividade constitucional do microssistema criado, que auxilie mutuamente o alcance de seu propósito. Não por acaso, outros instrumentos de leniência existem e a sua aplicação simultânea é possível, com variação de acordo com a compreensão dos bens jurídicos protegidos em cada caso, que não podem ser relegados. É o caso das previsões da Lei Anticorrupção – LAC (Lei 12.846/2013), Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.259/2011, art. 35) e LIA – Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que podem ensejar acordos coordenados, quando o Ministério Público, além da sua atuação autônoma, poderá contar com a atuação de outras instituições na preservação dos bens jurídicos tutelados, na medida de cada destinação funcional respectiva, a fim de que o Estado detenha mais mecanismos para melhor enfrentar a corrupção e suas manifestações novas e insidiosas.

Com base nesses argumentos e através da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, o Ministério Público Federal vem celebrando acordos de leniência para pessoas jurídicas com base na Lei Anticorrupção Brasileira e Termos de Colaboração Premiada para pessoas físicas.

Até abril de 2019 haviam sido celebrados com o MPF 23 (vinte e três) acordos de leniência e 15 (quinze) colaborações premiadas pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal na área relativa ao Combate à Corrupção¹². Apenas um acordo celebrado com a CGU e AGU não foi identificado como celebrado com o MPF, todos os demais acordos foram celebrados com as 03 (três) entidades: CGU, AGU e MPF. Foram identificados 18

(dezoito) acordos de leniência celebrados somente com o MPF.

No *website* não foram encontradas referências relacionadas à valores ou às condições dos referidos acordos de leniência e colaborações premiadas, bem como não foram identificadas iniciativas de transparência para disponibilização do inteiro teor dos acordos firmados pelo MPF.

Recentemente, o Ministério Público Federal publicou nota à imprensa¹³ mencionando que:

É de se ressaltar que esse acordo consolida um modelo de acordos de leniência paralelos e complementares: o do Ministério Público Federal, que já tinha sido celebrado com a empresa, e o dos órgãos do Poder Executivo federal. Nesse modelo, cada acordo respeita e complementa os efeitos do outro, conferindo a necessária segurança jurídica.

Também em nota à imprensa¹⁴, sobre o modelo de acordo de leniência integrando os órgãos da administração pública federal:

A coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (5CCR/MPF), subprocuradora-geral da República Mônica Nicida, avalia como “resultado de grandes esforços e integração” a assinatura de acordo de leniência entre a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) na sexta-feira (13) com duas empresas. O Ministério Público Federal assina o documento como interveniente – dando ciência e aval ao acordo.

12 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Julgados da 5ª CCR. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia>>. Acesso em 05/04/2019.

13 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Lava Jato: acordo de CGU e AGU com Odebrecht consolida instituto da leniência. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-acordo-da-cgu-e-agu-com-odebrecht-consolida-instituto-da-leniencia>>. Acesso em 05/04/2019.

14 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Leniência: acordo inédito é resultado de integração e esforços, avalia coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgri/noticias-pgr/lenienciacordoineditoeresultadodeintegracaoeesforcosavaliacoordenadora-dacamara-decombate-a-corrupcao>>. Acesso em 05/04/2019.

Um acordo nos mesmos moldes já havia sido assinado entre as empresas e o MPF em outubro de 2015 e homologado pela 5CCR em novembro do mesmo ano. (...)

É o primeiro acordo que assinamos partindo da premissa da integração dos órgãos que atuam na leniência. Então é um sinal de que estamos no caminho certo, que é o do diálogo institucional e atestando que é possível avançar com segurança jurídica”, avaliou a advogada-geral da União, ministra Grace Mendonça, acrescentando que o Tribunal de Contas da União também deu aval à assinatura do acordo. (...)

Das duas notícias, extrai-se que o modelo atual de acordo de leniência é híbrido, sendo necessário ser firmado um acordo com o MPF e outro com a CGU e AGU, sendo o segundo acordo de leniência avaliado pelos órgãos de controle MPF e Tribunal de Contas da União.

3. Conclusões

Muito embora a Lei 12.846/2013 tenha elegido o sistema da competência difusa para aplicação da norma e em âmbito federal a centralização da responsabilização administrativa na CGU, percebe-se uma sinergia na atuação entre os órgãos CGU e AGU ao instrumentalizarem sua atuação através da Portaria Interministerial nº 2.278 no combate à corrupção e responsabilização de pessoas jurídicas, de acordo com os acordos de leniência recentemente firmados com pessoas jurídicas.

Em contrapartida, as principais conclusões com relação à atuação do MPF é que tem sido firmados acordos de leniência em separado dos acordos da CGU e AGU e que é necessário ainda o aval do MPF no acordo firmado com a CGU e AGU. É importante mencionar que o MPF conseguiu um maior número de acordos de leniência

celebrados com pessoas jurídicas relacionados à atos de corrupção, em comparação com a CGU e AGU. Entretanto, o MPF não ofereceu mecanismos de transparência dos acordos celebrados, comparativamente à CGU e AGU, que forneceu o inteiro teor dos acordos de leniência celebrados e os valores negociados nestes atos. Sem esses dados fornecidos pelo MPF, não foi possível fazer uma análise comparativa de atuação dos órgãos com relação às condições dos acordos de leniência e valores negociados.

4. Referências

- BRASIL. Constituição, 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Último acesso em: 20 de março de 2019.
- CGU. Acordo de leniência. Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia>. Acesso em 05/04/2019.
- CGU. Atuação com MPF na Lei Anticorrupção é “desafio”, diz CGU. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/galeria-de-ministros/entrevistas/torquato-jardim/atuacao-com-mpf-na-lei-anticorrupcao-e-201cdesafio201d-diz-cgu>>. Acesso em 05/04/2019.
- CGU. Portal da Transparência- Acordo de Leniência. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/acordos-leniencia>>. Acesso em 05/04/2019.
- DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz et.al. Lei anticorrupção. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.
- GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. O combate à corrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 1/2017 – 5ª CCR de 20 de novembro de 2017. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/>

- notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Julgados da 5ª CCR. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia>>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Lava Jato: acordo de CGU e AGU com Odebrecht consolida instituto da leniência. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/lava-jato-acordo-da-cgu-e-agu-com-odebrecht-consolida-instituto-da-leniencia>>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Leniência: acordo inédito é resultado de integração e esforços, avalia coordenadora da Câmara de Combate à Corrupção. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/leniencia-acordo-inedito-e-resultado-de-integracao-e-esforcos-avalia-coordenadora-da-camara-de-combate-a-corruptao>>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota técnica nº 1/2017 – 5ª CCR de 20 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria 5ª CCR Nº 12 de 25 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/docs/portaria-no-12-institui-o-gt-leniencia.pdf>>. Acesso em 05/04/2019.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria 5ª CCR Nº 7 de 25 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/docs/Portaria%20no%207%20-%20converte%20o%20GT%20Leniencia%20em%20comissao%20permanente.pdf>>. Acesso em 05/04/2019.
- SANTOS, José Anacleto Abduch et al. Comentários à Lei 12.846: Lei anticorrupção. 2. Ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SIMÃO, Valdir Moyses; VIANNA, Marcelo Pontes. O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

O regime de responsabilização da pessoa jurídica e o Programa de Integridade na Lei Anticorrupção



ARNALDO QUIRINO DE ALMEIDA

Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu (Universidade de Coimbra, Portugal). Pós-graduado em Direito e Processo Penal (Universidade Mackenzie, São Paulo). Pós-graduando em Direito Corporativo e Compliance (Escola Paulista de Direito, São Paulo). Governança Corporativa, Compliance, Controle de Riscos e Lavagem de Capitais (Saint Paul Escola de Negócios, São Paulo).

Introdução

Inicialmente é preciso advertir: para conferir eficácia plena à Lei Anticorrupção e manter sua coerência interna e sistêmica é imprescindível estabelecer um corte metodológico e dogmático.

Doutrina autorizada tem sustentado que tanto o efeito sancionatório quanto o efeito reparatório derivam de um mesmo pressuposto intrínseco à norma anticorrupção: *a responsabilidade que decorre da teoria do risco*.

Mas afinal, é sistematicamente sustentável e legítimo apoiar a responsabilidade

administrativa (sancionatória) e a responsabilidade civil (reparatória), ambas na teoria do risco? Ou há razões dogmáticas para a afirmação de que a sanção administrativa está alicerçada em fundamento próprio outro – por exemplo, a culpa empresarial por déficit organizacional –, e a obrigação de reparar o dano causado à administração pública, como consectário lógico, está fundamentada na teoria civilista do risco criado pela normal e regular atividade empresarial? Ou, ainda, nenhuma dessas hipóteses: estaria, na verdade, o dever de indenizar (e de reparar os danos) fundado no corolário lógico da existência do ilícito

e, portanto, observará a disciplina geral da responsabilidade civil “ex delicto”?

Estas são algumas das questões que, em breve síntese, serão abordadas no texto que se oferece ao leitor.

Se a opção do legislador foi incorporar num mesmo diploma legal um efeito dissuasório e repressivo, prevendo, desde logo, mecanismos de integral reparação dos danos causados à administração pública, então é deveras importante precisar os pressupostos da responsabilidade administrativa nesta seara específica, de um lado, e da responsabilidade civil, de outro, não obstante o fato subjacente comum: o cometimento de atos fraudulentos e de corrupção.

Nesse contexto de análise, o artigo tem por finalidade essencialmente demonstrar que é possível reconhecer na Lei Anticorrupção a opção pela responsabilidade administrativa por déficit organizacional e o papel de protagonismo desempenhado pelo Programa de Integridade, cuja ausência ou ineficiência poderá pressupor e justificar a culpabilidade empresarial administrativa e, conseqüentemente, a responsabilidade civil (*ex delicto*) em face da administração pública.

1. A responsabilidade administrativa da pessoa jurídica

A Lei Anticorrupção, no seu art. 2º, preceitua: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

O art. 5º, *caput*, por sua vez, preocupa-se em informar qual é o conjunto de valores, interesses ou o bem jurídico tutelado pela norma: o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, os princípios da administração

pública e os compromissos internacionais firmados pelo Brasil.

Na sequência, quanto ao sujeito passivo, o mesmo art. 5º expressamente consagra: pertence a pessoa jurídica o dever de proteção do bem jurídico tutelado, conferindo-a capacidade de ação e culpa própria em consonância, ainda, com o teor do art. 3º, § 1º, que reconhece a responsabilidade autônoma e independente.

Nesse aspecto, a pretexto do menor rigor metodológico supostamente atribuível ao Direito Administrativo Sancionador (em relação ao Direito Penal), a Lei Anticorrupção brasileira pretende conferir culpa própria à pessoa jurídica, entretanto, sem regular as nuances da responsabilização (objetiva) a partir das teorias conhecidas e recentemente adotadas normativamente em outros ordenamentos ao regular matéria semelhante (ora no âmbito penal, ora na esfera administrativa)¹, de que são exemplos a teoria da culpa pela dupla imputação necessária e a teoria da culpa por defeito de organização. Nesse tema, como poderá ser constatado, a teoria do risco (vencionada ao Direito Privado) por certo poderá ser fundamento válido e suficiente ao efeito reparatório, mas não ao efeito sancionatório da Lei Anticorrupção.

Relativamente aos atos lesivos objetivamente descritos no 5º e seus incisos é necessário também coerência dogmática. Os bens jurídicos tutelados pela Lei Anticorrupção tradicionalmente sempre incorporaram o Direito Penal pela gravidade

1 O regime de responsabilidade da pessoa jurídica em Direito comparado por atos de corrupção e outros ilícitos: Argentina – Lei nº 27.401/2017 (responsabilidade penal); Chile – Lei nº 20.393/2009 (responsabilidade penal); Espanha – Código Penal, art. 31.bis, com a alteração da Lei Orgânica nº 1/2015 (responsabilidade penal); França – Código Penal de 1994, art. 121-2, alterado pela Lei nº 2004-204 (responsabilidade penal); Itália – Decreto Legislativo nº 231/2001 (responsabilidade administrativa); Peru – Lei nº 30.424/2016 (responsabilidade administrativa); Portugal – Código Penal, art. 11, com a alteração da Lei nº 59/2007 (responsabilidade penal); Reino Unido – UK Bribery Act, 2010 (responsabilidade penal).

daquelas condutas e em razão dos desajustes sociais que causam. Ademais, atos de corrupção de toda sorte e fraudes contra acordos e contratos firmados com o Estado atentam contra valores republicanos e democráticos, daí a dignidade penal que historicamente se confere a tais ilícitos.

Estas são algumas das razões pelas quais não é incomum a afirmação em doutrina que a Lei Anticorrupção, embora formalmente uma norma de Direito Administrativo Sancionador, é substancialmente uma norma penal.

Entretanto, como concebida pelo legislador, a Lei Anticorrupção adquiriu os contornos de norma de responsabilização administrativa. Relevante, destarte, situá-la no contexto histórico de sua edição.

A Lei Anticorrupção foi editada (já tardiamente é preciso dizer) não a pretexto somente de cumprir acordos e tratados internacionais ou promover a paz social fragilizada pelos movimentos populares insatisfeitos com sucessivos escândalos de corrupção e malversação do patrimônio público.

Como de resto no mundo contemporâneo, também no Brasil é interminável o debate sobre situar a pessoa jurídica como centro de imputação jurídico-penal. É tema sobre o qual no Brasil não há nenhum consenso e sobram divergências de toda ordem².

A dificuldade deve-se, sobretudo, porque não é tarefa simples responsabilizar penalmente os gestores, dirigentes, empregados e colaboradores da pessoa jurídica que comentem os mais diversos delitos em seu nome e no seu interesse.

É inegável que nas complexas sociedades empresariais e nos grandes grupos econômicos a cadeia de comando e execução

de tarefas é excessivamente dispersa pelos vários setores e departamentos, dificultando demasiadamente a identificação e individualização do delinquente econômico (*White Collar Criminal*). Outrossim, importa mencionar as esferas e instâncias obscuras de amplas estruturas corporativas adrede preparadas para o cometimento de corrupção, fraudes, sonegação fiscal, etc., tudo a dificultar a persecução penal e a identificação da pessoa física que atua criminosamente no interesse da pessoa jurídica.

Some-se a isso o problema da dispersão dos elementos do tipo penal econômico ou do crime relacionado à pessoa jurídica, posto que, nestas circunstâncias, aquele que executa materialmente o delito nem sempre é detentor das qualidades ou circunstâncias específicas exigidas pelo tipo de ilícito (pertencentes à pessoa jurídica, inimputável à luz do Direito Penal)³.

De sorte que, o legislador quando opta por responsabilizar administrativamente a pessoa jurídica por uma conduta substancialmente penal – a corrupção e a fraude à licitação, na acepção da norma anticorrupção, são figuras típicas de crime –, propõe resolver o debate sobre a (i)legitimidade da responsabilidade penal das sociedades empresárias.

É disso que se trata, na verdade. O texto de lei permite imputar administrativamente à pessoa jurídica comportamentos que tem no seu substrato fático tipos clássicos de ilícitos penais, nomeadamente nos casos de corrupção. Novamente: esse é o ponto⁴.

Caso a Lei Anticorrupção imputasse expressamente à pessoa jurídica a conduta de “omitir ou deixar de implantar políticas ou programas de integridade” ou, ainda, “deixar de se organizar adequadamente, com o fim

2 Sarcedo, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, p.132-138.

3 Almeida, Arnaldo Quirino de. Direito Penal Econômico e autoria no crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica. Florianópolis: 2015, p. 80 e seguintes.

4 Carvalhosa, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.32-35.

de mitigar riscos de cometimento daqueles crimes pressupostos” (ilícitos de infração de dever), então a situação seria diversa: essa uma das soluções possíveis em Direito Comparado como deixa em evidência o *Bribery Act* ou *UKBA* (Reino Unido).

Entretanto, não foi essa a orientação do legislador. Somente de forma subliminar é possível interpretação nesse sentido pela compreensão sistemática do regime de responsabilidade objetiva, conjugada à firme orientação para que a pessoa jurídica se organize mitigando riscos de corrupção e fraude praticados contra a administração pública, por via da implantação de Programas de Integridade.

Devido à gravidade das condutas que encerram os ilícitos, o raciocínio implica em afirmar que é indissociável ao intérprete analisar a Lei Anticorrupção e sua aplicação em consonância com preceitos que primam por preservar direitos e garantias individuais que são típicos de norma de incriminação penal, nessa matéria, extensíveis ao Direito Administrativo Sancionador, segundo pensamos e como já também pontuou autorizada doutrina⁵.

A escolha do legislador pátrio em não responsabilizar penalmente a pessoa jurídica (mas sim administrativamente) tem também as suas implicações metodológicas e de integração normativa, que não se resolvem simplesmente por caracterizar como objetiva a culpa empresarial pelo

cometimento de verdadeiros crimes que, rigorosamente, são condutas materialmente executadas por pessoas físicas, não pela entidade empresarial.

A propósito da celeuma é o debate que inaugurou a ADIN nº 5261-DF, ainda em trâmite, na qual a pretensão é exatamente o reconhecimento da inconstitucionalidade da responsabilidade objetiva preconizada na Lei Anticorrupção. Aguardemos, pois, o pronunciamento do Excelso Pretório⁶.

2. O efeito sancionatório e reparatório da Lei Anticorrupção: modelos de imputação de responsabilidade

A responsabilidade da pessoa jurídica preconizada é de duas ordens. A norma anticorrupção responsabiliza a empresa pelo cometimento de fraude ou ato de corrupção praticados em seu nome e no seu interesse (efeito sancionatório) e, consequentemente, pela integral reparação do dano (material e moral) causado à administração pública (efeito reparatório).

O efeito reparatório é consectário do cometimento dos ilícitos previstos no art. 5º da Lei Anticorrupção. A formação da culpa com a condenação da pessoa jurídica impõe o dever de indenizar a administração pública.

Não obstante o debate em torno da opção político-legislativa que rotula de objetiva a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção e fraudes contra a administração pública e também pela obrigação de reparar integralmente os danos causados, fato é que dispositivos

5 “Assim, a presente Lei somente se distingue da Lei Penal quanto ao processo e não quanto à substância. Em consequência, devem rigorosamente serem observadas as garantias penais, como tem sido reconhecido pelo STJ ao tratar dos processos administrativos sancionatórios” (Carvalho, *idem*, p. 33). No mesmo sentido manifestou-se Pierpaolo Cruz Bottini, afirmando o eminente advogado e professor: “No entanto, uma análise mais apurada do texto legal revela que, seja qual for o escopo do legislador, os comportamentos descritos e as consequências a eles atreladas, embora *formalmente* intitulados como ‘administrativos’, têm *substância* penal, ou quase penal” (*A Lei Anticorrupção como lei penal encoberta*. São Paulo: Revista Eletrônica ConJur, 08/07/2014, acesso em 09/04/2019: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-08/direito-defesa-lei-anticorruptao-lei-penal-encoberta>).

6 Responsabilidade objetiva – PSL ingressa no Supremo contra normas da Lei Anticorrupção, por Felipe Luchete, Revista eletrônica Consultor Jurídico, 13/05/2015, acessado em 29/03/2019: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/partido-ingressa-supremo-normas-lei-anticorruptao>.

da Lei Anticorrupção (§ 3º do art. 6º; § 3º do art. 16; e art. 21, par. único) indicam que o fundamento do dever de indenizar derivam do regramento imposto pelo Direito Privado, baseado no risco criado pela atividade empresarial, posto que, de ordinário, a corrupção ou a fraude serão perpetrados objetivando o incremento ou a maximização dos lucros por métodos escusos em prejuízo da administração pública e com violação das regras de livre concorrência e do mercado.

Todavia, a discussão perde um pouco do seu sentido em face do que dispõe o art. 21, parágrafo único, categórico ao consagrar a disciplina geral da responsabilidade civil “ex delicto” nas hipóteses dos ilícitos da Lei Anticorrupção.

Para tal desiderato a norma anticorrupção preceitua que a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica é objetiva e independe da responsabilização individual das pessoas naturais. E mais, determina que a “responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito” (art. 3º, §1º).

O texto legal supramencionado, a rigor, não responde a indagação se o modelo de imputação adotado pelo legislador supõe que, para responsabilizar a pessoa jurídica (efeito sancionatório), em procedimento administrativo ou judicial, será imprescindível se proceder à individualização ou investigação sobre a conduta própria da pessoa física: dirigentes e administradores (diretores, conselheiros, empregados e terceiros – art. 3º da Lei Anticorrupção); ou, por outro lado, se é suficiente demonstrar que a empresa, há época dos fatos, “não mantinha uma organização adequada” ou “não cumpria o dever de vigilância sobre suas atividades, empregados e prepostos” (infração de dever: deixar de manter um eficiente e eficaz sistema de integridade

e governança corporativa), fato revelado, sob a perspectiva da Lei Anticorrupção, simplesmente pelo cometimento do ilícito, que seria indício suficiente de “déficit organizacional” (na hipótese: por ter falhado na prevenção da fraude ou corrupção), logo, presumindo o legislador a responsabilidade da pessoa jurídica.

3. Culpa pela dupla imputação necessária

Para o sistema da *culpa fundada na dupla imputação necessária* (sistema vicarial ou da representação), o delito praticado deve desvincular-se de qualquer interesse ou sentimento próprio da pessoa física.

Assim, o ato deve ser praticado para a satisfação de interesse da pessoa jurídica, que será a beneficiária da ilicitude, não seu representante legal (ou empregado, colaborador, etc.) que se limitará a concretizar a conduta ilícita em benefício do ente moral.

Por isso que se diz que a imputação dirigida à pessoa jurídica também se estenderá à pessoa física ou ao seu representante legal: *na verdade, a culpa da pessoa física é a própria culpa da pessoa jurídica, estando ambas indissociavelmente imbricadas.*

Uma variante dessa concepção da culpa empresarial encontra-se na *teoria da identificação*, segundo a qual, “a intenção ou o conhecimento de um órgão” (dirigente da alta administração, que deverá ser identificado, por pressuposto) corresponde à vontade da empresa ou da corporação, justificando uma atribuição de culpa própria. Na prática o que se tem é uma extensão da culpa da pessoa física atribuída à pessoa jurídica, o que em certa medida não se afasta do regime da responsabilidade vicarial⁷.

⁷ Veríssimo, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p.52-53.

4. Culpa por defeito de organização

A responsabilidade fundamentada na *teoria da culpa por defeito de organização*⁸ trata-se de um juízo de reprovabilidade que decorre da ausência de medidas exigíveis para que a pessoa jurídica exerça suas atividades negociais com estrito cumprimento do ordenamento jurídico. O déficit organizacional deve anteceder o cometimento do ilícito, praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica.

A culpabilidade por defeito de organização pode restar evidenciada não somente pela conduta individual da pessoa física representante do ente coletivo ou empresarial, mas também desde que demonstrado que a infração deriva de um acúmulo de orientações indevidas ou operações individuais inadequadas de pessoas físicas que compõem a estrutura social do ente coletivo; a culpabilidade, diz-se, poderia ser devido, ainda, da falta de vigilância ou regular orientação da pessoa física que deveria praticar a conduta de modo adequado.

No mais, a responsabilidade por *déficit organizacional* assume como própria a culpa da pessoa jurídica⁹. Ao desconsiderar a necessidade de produzir prova da culpa da pessoa natural, a mencionada teoria tem como prescindível à responsabilização da pessoa jurídica a demonstração da conexão entre a culpa do dirigente, gestor, empregador ou terceiro e a culpa empresarial.

Neste sentido, a teoria poderá concentrar-se em apurar em que medida a pessoa jurídica, antes do cometimento do ilícito, mantinha (ou não) um Sistema de Governança Corporativa e Programa de Integridade efetivo e eficaz.

8 Sarcedo, idem, p.104-107.

9 Veríssimo, idem, p.59-62.

5. Responsabilidade da pessoa jurídica por culpa própria e o Programa de Integridade

A autonomia e a independência da responsabilidade da pessoa jurídica por (fato) culpa própria parecem mesmo estar consagradas na dicção dos artigos 2º e 3º da Lei Anticorrupção, em consonância com a exigência implícita para implantação de mecanismos e procedimentos internos de mitigação de riscos de descumprimento de normas, regulamentos e leis por meio dos denominados Programas de Integridade (artigos 41 e 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015), que poderá evidenciar, ademais, a existência de boa Governança Corporativa e uma cultura organizacional de fidelidade ao Direito¹⁰.

A leitura sistemática desses diplomas normativos, s.m.j., nos conduz ao entendimento que, nesta seara, há fundamento hábil à responsabilização da pessoa jurídica sustentada na culpa por *déficit organizacional*, embora o legislador não tenha instituído dogmaticamente (ou explicitado) um verdadeiro e autêntico sistema de imputação de responsabilidade do ente coletivo ou empresarial baseado naquela teoria¹¹.

10 Fortini, Cristiana. *Programas de Integridade e a Lei Anticorrupção*, p.193-201, in Paula. Marco Aurélio Borges de, et al., Coordenadores. *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

11 "O que se poderia chamar de culpabilidade da pessoa jurídica, portanto, a ensejar a movimentação da máquina punitiva, ao nosso sentir, seria ou a má organização de seus mecanismos de integridade, ou o seu envolvimento direto e deliberado na formação do ato ilícito" (Tamasauskas, Igor Sant'Anna e Bottini, Pierpaolo Cruz. *A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista do Tribunais, vol. 947, Setembro/2014, p.152-153).

6. As lacunas de punibilidade em face das organizações empresariais complexas

Saber se a responsabilidade da pessoa jurídica está baseada na *teoria da dupla imputação necessária da culpa* ou na *teoria da culpa por defeito de organização* é de fundamental importância para uma correta leitura e interpretação da Lei Anticorrupção.

Se o que se pretende com a responsabilização da pessoa jurídica (na esfera administrativa), em razão de fraudes ou atos de corrupção nas circunstâncias apontadas na Lei Anticorrupção, é combater a impunidade e proteger o patrimônio da administração pública em face de possíveis lacunas de punibilidade quando no caso concreto não houver meios de individualizar ou identificar qualquer pessoa física que materialmente cometeu o delito, em nome e no interesse da pessoa jurídica (devido à complexidade interna das organizações empresariais) então, responsabilizar a pessoa jurídica independentemente da evidência de culpa da pessoa física é de crucial importância.

Nesse aspecto, na seara do Direito Administrativo Sancionador a *culpa por defeito* (ou *déficit*) *organizacional* pode representar uma solução dogmaticamente viável e adequada aos propósitos da Lei Anticorrupção e, nesse caso, seu texto merece atualização legislativa adequada.

7. O Projeto de Lei nº 7149/2017 e a obrigatoriedade do Programa de Integridade

A rigor, por ora, a Lei Anticorrupção não obriga a empresa a implantar um Programa de Integridade ou a manter Governança Corporativa comprometida com a

observância da lei como critério para avaliação de sua culpabilidade (poderia tê-lo feito). Somente considera tais elementos como causa de redução da pena.

No âmbito das legislações que mais influenciam o Brasil nessa matéria¹² - o *FCPA Act (EUA)*¹³ e o *Bribery Act ou UKBA (Reino Unido)*¹⁴ -, não é desconsiderada (ainda que por interpretação sistemática) a possibilidade de exclusão da responsabilidade da empresa, caso demonstrada a adequação, eficácia e eficiência do Programa de Integridade e que o ilícito foi um episódio isolado e imprevisível, creditado ao total descumprimento ou inobservância pelo empregado, dirigente, administrador, colaborador ou terceiro, de todas as políticas de conformidade e orientações específicas de “due diligence”, não obstante terem sido submetidos a treinamento e a constatação da atuação preventiva da pessoa jurídica.

Essa a razão pela qual a Lei Anticorrupção não possui coerência interna entre os seus dispositivos e não cumpre substancialmente o princípio da razoabilidade e proporcionalidade na sua função de prevenção e combate à fraude e à corrupção, na medida em que impõe penas severas à empresa presumindo sua culpa, mesmo nos casos em que tenha trilhado calvário dispendioso para implantar Governança Corporativa e Programa de Integridade efetivo e eficaz.

Senão por outras razões, essas duas indefinições ou incoerências da Lei Anticorrupção (modelo de imputação da culpa e atenuação – sem exclusão – da culpa), dentre outras, farão com que, uma vez judicializada uma demanda qualquer, a tendência é ocorrer o mesmo que já se dá em relação à ação para punição de

¹² Veríssimo, idem, p.149-172.

¹³ Weber, Mark. Compliance e Responsabilidade Empresarial. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p.89-100.

¹⁴ Candeloro, Ana Paula P. et al. Compliance 360º, riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Edição dos Autores, 2015, 2ª ed., p.259-262.

atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), também vocacionada à proteção do patrimônio público: alguns casos levarão anos e anos para se definirem nos tribunais, com reflexo na continuidade da impunidade e ineficácia da Lei Anticorrupção, salvo se o legislador resolver, coerentemente, atualizá-la, em respeito ao devido processo legal substancial: estrita observância da legalidade e da razoabilidade, adequação e proporcionalidade.

Importa ressaltar, em arremate, que atualmente encontra-se tramitando na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7149/2017¹⁵ para alteração da Lei Anticorrupção, acrescentando-lhe a exigência de implantação de Programa de Compliance para contratação com a administração pública, modificação salutar para o incremento das finalidades para as quais a referida norma foi editada, colocando-a no mesmo patamar do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – Lei nº 13.303/2016 e Resolução nº 4.595/2017 que dispõe sobre a Política de Conformidade das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, diplomas normativos que exigem expressamente a implantação de *Sistema de Integridade* (Governança Corporativa + Programa de Compliance).

No contexto da Lei Anticorrupção, o Programa de Integridade e a necessidade de implantar e manter cultura organizacional de fidelidade ao Direito, ou seja, postura proativa constante, comportamento contumaz de respeito às leis, normas, regulamentos, etc., deve ter reflexos não somente na aplicação ou dosimetria da sanção administrativa: se trata de medida de justiça e equidade, sendo dogmaticamente correto o entendimento de que a presença de um sistema de integridade hígido e boa

governança corporativa sejam valores levados a efeito na aferição da própria culpabilidade da pessoa jurídica.

É imprescindível, s.m.j., superar o esquema tradicional de meramente utilizar o Programa de Integridade como fator de atenuação da pena, inviabilizando a exclusão da sanção ou da própria responsabilidade administrativa, sem que isso importe afastar o dever de indenizar amplamente a administração pública pelos danos materiais e morais causados (que decorre do efeito reparatório da Lei Anticorrupção, cuja obrigação permanece incólume, mesmo em face da isenção da culpa, pois fundamentada em pressupostos diversos da sanção-pena pela prática do ilícito administrativo).

Por outro lado, autorizar a exclusão da culpa da pessoa jurídica quando demonstrada a eficácia e eficiência do Programa de Integridade, como instrumento de mitigação de riscos de fraude ou corrupção, converte-se em medida de grande incentivo às empresas para que implantem seus sistemas de integridade corporativa que, apesar dos seus indissociáveis benefícios à corporação e à hígidez dos seus negócios, importa em dispêndio de tempo e às vezes grandes somas, conforme o porte e complexidade das organizações empresariais.

Para além da proposta de alteração para obrigar a pessoa jurídica a implantar Programa de Integridade (Compliance), o legislador poderia aproveitar o ensejo das alterações pretendidas com o Projeto de Lei nº 7149/2017 para fazer acrescentar à norma previsão de que a existência de sistema de integridade efetivo e eficaz, que anteceda o cometimento do ilícito, e cultura organizacional de conformidade às leis, normas e regulamentos aos quais estejam submetidos a pessoa jurídica, são circunstâncias a serem consideradas na avaliação da sua culpabilidade e aplicação das sanções pela violação das disposições previstas na Lei Anticorrupção.

15 Projeto de Lei da Câmara Federal nº 7149/2017, autor Francisco Floriano – DEM/RJ: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2125887>.

Com esta previsão a Lei Anticorrupção brasileira daria um grande salto de qualidade nas suas disposições, com respeito à legalidade e aqueles outros princípios supra-mencionados, reverberando em mais um grande fator de justiça e equidade que motivaria mais incisivamente as empresas à implantação de seus Programas de Integridade.

Ademais, estes acréscimos à atual redação da Lei Anticorrupção colocariam o Brasil em igualdade de condições com algumas das mais importantes legislações anticorrupção em Direito Comparado e que influenciam diuturnamente os negócios e o cotidiano de muitas empresas brasileiras e estrangeiras aqui sediadas, que precisam constantemente se adaptar àquelas normas de que são exemplos o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA, Estados Unidos)* e o *United Kingdom Bribery Act (UKBA, Reino Unido)*.

Conclusão

Não obstante a Lei Anticorrupção preveja, de regra, a responsabilidade objetiva, princípios que norteiam o Direito Administrativo sancionador não podem desconsiderar o modo como a empresa se comporta no mundo corporativo, sua cultura interna e a existência ou não do Programa de Integridade, elementos que se circunscrevem em critérios de avaliação da culpabilidade empresarial.

Logo, atende aos cânones constitucionais da razoabilidade, adequação e proporcionalidade e do devido processo legal, ter em conta a existência de Programa de Integridade efetivo e eficaz (que anteceda o ilícito), não somente para fins de aplicação da sanção, mas também como instrumento de defesa da pessoa jurídica, principalmente nos casos em que ficar demonstrado que o ilícito foi praticado por empregado, gestor, ou colaborador que,

atuando premeditadamente, com ardil e fraudulentamente, superou os melhores mecanismos de controle e prevenção, a pretexto de estar atuando em nome e no interesse da empresa.

Bibliografia

- Almeida, Arnaldo Quirino de. Direito Penal Econômico e autoria no crime tributário praticado em nome e no interesse da pessoa jurídica. Florianópolis: 2015.
- Bacigalupo, Silvina e Lizcano, Jesús. Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción. Madrid: Programa EUROsocial, Cyan Proyectos Editoriales, S.A., 2013.
- Candeloro, Ana Paula P. et al. Compliance 360º, riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Edição dos Autores, 2015, 2ª ed.
- Carvalhosa, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- Denison, Daniel (et al). A força da cultura organizacional nas empresas globais. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier & Campus, 2013.
- Díez, Carlos Gómez-Jara. Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- _____. El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.
- Giovanini, Wagner. Compliance: a excelência na prática. Compliance Total edição, 2014.
- Martín, Adán Nieto e Zapatero, Luis Arroyo, directores. El Derecho Penal Económico e la era Compliance. Valencia: Edita Tirant lo Blanch, 2013.
- Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, 5ª ed.
- Paula. Marco Aurélio Borges de, et al., Coordenadores. Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

Sarcedo, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.

Tamasauskas, Igor Sant'Anna e Bottini, Pierpaolo Cruz. *A interpretação constitucional possível da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção*. São Paulo: Revista do Tribunais vol. 947, Setembro/2014.

Tiedemann, Klaus. Manual de Derecho Penal Económico. Valencia: Edita Tirant lo Blanch, 2010.

Veríssimo, Carla. Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

Weber, Mark. Compliance e Responsabilidade Empresarial. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

A importância da implementação de medidas de combate à fraude e à corrupção e do programa de integridade nas Estatais



JULIO CESAR CHAVES

Graduado em Direito Pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Cursando extensão em “Obras Públicas de Edificação e Saneamento” e “Licitações Sustentáveis” pelo Instituto Serzedello Corrêa – Escola Superior do Tribunal de Contas da União. Pós-graduado em Direito Público com ênfase em Gestão Pública e Processo Civil pelo Complexo Educacional Damásio Evangelista de Jesus.



NARIMAN FERDINIAN GONZALES

Advogada de Compliance. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui Curso de Extensão em Proteção de Dados e Privacidade pelo Data Privacy Brasil. Experiência em investigações internas, elaboração e revisão de Programas de Compliance, treinamentos e due diligence de terceiros. Atua, também, na área de privacidade e proteção de dados, com foco na elaboração de Programas de Compliance de Proteção de Dados, visando atender a Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”) e leis internacionais relacionadas ao tema. Palestrante de eventos e autora de artigos relacionados à área de Governança, Risco e Compliance.



PEDRO TEIXEIRA LEITE ACKEL

Graduado em Direito pela PUC-SP. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC-SP. Possui extensão em Gestão Pública pelo IBEGESP. Atuante em licitações, contratos públicos e processos administrativos sancionadores perante Tribunais de Contas, BACEN e CVM. Professor do Curso de Compliance da LEC e ABBC. Autor de artigos e palestrante.

1. Introdução

As empresas estatais são resultado do exercício da intervenção do Estado no domínio econômico, tendo grande importância econômica para um País. Além disso, por diversas outras razões, como de ordem estratégica, energéticas, bélicas, etc., as estatais têm importância direta na manutenção do pacto federativo, da soberania e das relações político-econômicas e sociais de um país. A despeito disso, diversos casos de corrupção envolvendo empresas estatais vêm tomando as manchetes nas últimas décadas.

O trabalho tem por objetivo compreender, inicialmente, as estatais dentro de um contexto político-econômico ao redor do globo e do Brasil para acercar-se de sua importância e assim refutar a ideia, hoje bastante difundida, da necessidade de privatização das estatais.

Na sequência, diante da constatação da presença de corrupção nas Estatais Brasileiras, aponta-se pela utilização do Programa de Integridade previsto na Lei nº 13.303/2016, a fim de, a um só tempo, garantir maior transparência e afastar ou minorar riscos reputacionais e financeiros.

Nesse contexto, fazemos um balanço acerca do avanço de implantação de medidas de combate à fraude e corrupção e dos Programas de Integridade nas Estatais Federais a partir do relatório de auditoria operacional promovido pela Secretaria de Relações Institucionais de Controle no Combate à Fraude e Corrupção – Seccor do Tribunal de Contas da União (TCU), consubstanciado no processo TC 010.348/2018-2, veiculado no Acórdão 2604/2018 – TCU Plenário, julgado em 14/11/2018.

Por fim, concluímos pela afirmação da importância estratégica, social e econômica das Estatais e que, a presença de corrupção nas Estatais pode ser controlada ou ao menos mitigada por meio da implantação

do Programa de Integridade e outras medidas de combate à fraude e corrupção, que poderá em muito contribuir para reduzir riscos financeiros e reputacionais das Estatais.

2. Empresas estatais no contexto mundial e brasileiro

No sentido oposto do que sugere o consenso popular brasileiro, as empresas estatais possuem importante ingerência sobre a estrutura político-econômica nacional. A bem da verdade, tal paradigma foi percebido pelos Estados há décadas e tem sido utilizado como uma das principais jogadas institucionais.

Pela própria dinâmica do Estado capitalista contemporâneo, tais empresas se tornam indispensáveis a atender às necessidades dele decorrente, seja tornando a operação do sistema factível, seja lhe estimulando novos avanços. É neste cenário que se insere o interesse soberano de dispor de estatais e, mais além, de estatais com poder de ação para além das fronteiras, as denominadas “Estatais Multinacionais”. Por esta razão, observamos cerca de 1.500 (mil e quinhentas) Estatais Multinacionais¹ ao redor do globo, com concentração de um terço destas na União Europeia.

A despeito da ideologia liberal estadunidense que, em tese, rechaça a atuação estatal na economia, o país condicionou boa parte de sua economia à atuação estatal. Longe da incongruência, esta filosofia liberalista difundida aos demais países se insere na própria estratégia geopolítica, ao doutriná-los exatamente ao contrário do que se efetua na prática. Não gera estranheza

¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. World Investment Report 2017: Investment and the digital economy. Geneva: United Nations Publication, 2017, p. xi, *apud* OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 22.

que os Estados Unidos possuam quase 7.000 (sete mil) empresas estatais², que são importante fonte de receita.

Cabe, também, apontar a China, país emergente e com uma das maiores economias mundiais, que detém o singular número de 150.000 (cento e cinquenta mil) empresas estatais³, o maior número global. Ou, ainda, a Alemanha, que dispensa comentários do ponto de vista político-econômico, e, em 2014, detinha 15.707 estatais⁴ somados os âmbitos municipal, estadual e federal, tendo a primeira seara contribuído para 10% do PIB nacional.

Em nível nacional, as primeiras estatais brasileiras coincidem com a chegada da família real e a criação (i) do Banco do Brasil S.A., em 1808; e (ii) da Caixa Econômica Federal, em 1861⁵, ambas empresas idealizadas pelo Estado português, mas que contribuíram para o crescimento e soberania econômica e que permanecem sob controle, pelo menos em parte, da Administração Pública brasileira. Durante todo o desenvolvimento do Brasil, as estatais estiveram presentes. Em contraposição à ideologia pregada atualmente, as empresas estatais tiveram importante papel durante o período da ditadura militar, principalmente no que diz respeito à *infraestrutura basilar para a industrialização e urbanização levada a cabo no período*⁶.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a institucionalização da Ordem Econômica em Título próprio (VII)⁷, com dispositivos direcionados às empresas estatais.

Após este período, o histórico econômico brasileiro foi marcado por instabilidades e vicissitudes quanto às ponderações acerca das estatais e fortuitas privatizações, dados os atemporais casos de corrupção envolvendo-as.

Em que pesem as incessantes e convenientes elucubrações acerca do tema, as empresas estatais são uma realidade até os tempos atuais. Até o terceiro trimestre de 2018, o Brasil contava com 135 estatais federais⁸ e mais de aproximadamente 300 outras estatais em âmbito estadual e municipal.

Para contabilização desse número, são consideradas empresas estatais as pessoas jurídicas de direito privado criadas por autorização legislativa, em que a maioria do capital social votante pertence ao Estado, direta ou indiretamente. As Estatais compõem a Administração Pública indireta e são compostas de empresas públicas⁹ e as sociedades de economia mista¹⁰, suas controladas e subsidiárias.

Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 50.

7 BRASIL. Constituição, 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Último acesso em: 20 de março de 2019.

8 BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Ministério da Economia). Boletim das Empresas Estatais Federais. v. 8. Brasília: MP, 2018, p. 7. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>>. Último acesso em: 21 de março de 2019.

9 Segundo o art. 3º da Lei das Estatais, "empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios".

10 De acordo com o art. 4º da Lei das Estatais, "sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta".

2 PARGENDLER, Mariana. Evolução do Direito Societário: Lições do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 236, apud OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 30.

3 UNITED STATES OF AMERICA. EXPORT.GOV. China Country Commercial Guide. Disponível em: <<https://www.export.gov/article?id=China-State-Owned-Enterprises>>, apud OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 25.

4 UNITED STATES OF AMERICA. Germany Country Commercial Guide. Disponível em: <www.export.gov/article?id=Germany-State-Owned-Enterprises>, apud OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 35.

Considera-se estatais nos países estrangeiros as empresas controladas pelo Estado.

5 OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46.

6 MARTINS, Luciano. Estado Capitalista e Burocracia no Brasil Pós-64, apud OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA,

3. Importância estratégica das Estatais no Brasil

Independentemente do maior ou menor grau da economia proporcionada pelas Estatais ao Estado, elas têm grande importância no País, cada qual com a sua finalidade e relevância.

Aqui, não se objetiva discutir ideologia política, a eficiência ou o tamanho do Estado. O que se pretende é afirmar a importância estratégica das estatais como instrumento de preservação da soberania, pacto federativo e da própria fisiologia político-econômica e social brasileira.

Exemplificativamente, não se divisa ou desconhece da importância da Petrobras, mesmo após a mitigação do seu monopólio estatal¹¹, como sendo de suma importância estratégica e energética para o País, seja como para extrair e regular o preço do barril de petróleo no mercado nacional – insumo que se decompõe em um sem número de outros produtos importantes para o funcionamento de indústrias, fábricas, transporte, etc. – seja para alimentar usinas geradoras de energia elétrica e distribuição de gás natural ao mercado.

Como seria a extração de Petróleo sem o monopólio da União Federal? Isso poderia gerar uma guerra energética, de gás natural, de combustíveis e de outros insumos para a indústria relativamente ao preço e à tributação do ICMS entre os Estados¹², o que poderia ser bastante danoso ao pacto federativo e gerar uma crise energética no País, especialmente no contexto de disparidade econômica e social entre os Estados Brasileiros.

¹¹ EC nº 9/95, que alterou a redação do art. 177 da CF.

¹² Nesse contexto, convém lembrar da discussão do Congresso Nacional sobre a disputa financeira entre Estados e Municípios relativamente aos royalties e ICMS decorrente das operações de petróleo extraído das bacias do Pré-Sal.

Da mesma maneira, não se discute a sobremaneira relevância estratégica de garantia de higiene e saúde pública proporcionada pelas empresas estatais de saneamento básico como a SABESP, que não só fornecem água, como também a coleta e o tratamento de esgoto.

Superado o necessário debate acerca da relevância político-econômica das empresas estatais, tanto no contexto mundial quanto nacional, é necessário considerar, também, os crônicos e copiosos casos de corrupção envolvendo-as, e que ainda assombram o Brasil.

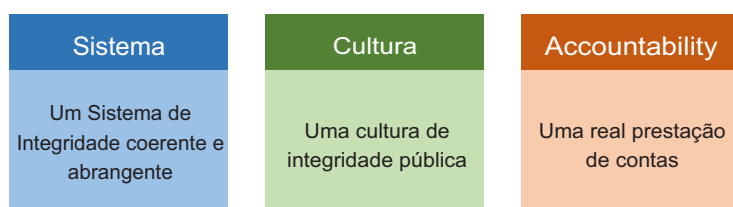
Segundo relatam os historiadores, a corrupção se faz presente no País desde a época do Brasil Colônia¹³, passando pela figura do próprio Rei, Príncipe Regente, Marquesa de Santos, a Corte Portuguesa, entre outros personagens marcantes que praticavam atos de favorecimento, autocracia, clientelismo, patrimonialismo, etc.,. Apparently, o descalabro foi tamanho que até metade do século XIX corria na boca pequena o ditado popular de que “quem furta pouco é ladrão, quem furta muito é barão e quem furta mais e esconde passa de barão a visconde”, a demonstrar o uso da máquina pública em favor do agente público ou de terceiros.

De lá pra cá até os mais recentes escândalos de corrupção desnudados pela Operação Lava Jato e fraudes em empresas estatais, como a Petrobras, Eletrobras, Caixa Econômica Federal (CEF) e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), o certo e indubitável, demonstrado pela prática brasileira e também por estudos mundiais, é que a corrupção é um fenômeno do comportamento humano atemporal, que não tem nacionalidade, tampouco filiação partidária ou ideológica. Por isso mesmo, reconhecendo que a corrupção não tem fim, é preciso controlá-la.

¹³ Emenda Constitucional nº 9/95, que alterou a redação do art. 177 da Constituição Federal.

Como resposta aos diversos casos de corrupção envolvendo o Poder Público foi sancionada a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que, dentre outras previsões a respeito do estatuto jurídico da empresa pública, trouxe substanciais dispositivos acerca da integridade nas empresas estatais, objetivando trazer mais transparência, cultura e conduta de probidade partindo da alta administração, gestão de riscos e controles internos eficiente e perene, assim como auditoria interna e *accountability*¹⁴.

Referida lei encontra amparo também nos três pilares da integridade pública apresentado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como ferramenta para o combate à fraude e à corrupção. Confira-se:



Fonte: Recomendação do Conselho da OCDE sobre integridade pública (2017).

4. Programas de Integridade nas Estatais Brasileiras

A integridade nas empresas estatais não se inicia, por óbvio, com a Lei nº 13.303/16. Apesar da referida lei firmar um marco em relação aos Programas de Integridade nas estatais, a Constituição Federal brasileira já trazia a integridade como princípio norteador.

Há que se recordar, em primeiro lugar, dos princípios que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁵. Não há dúvidas de que a noção de integridade já estava abarcada por cada um destes

princípios, haja vista a intenção do legislador em garantir lisura e transparência da Administração Pública aos cidadãos.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que alterou, dentre outros dispositivos, o artigo 173, §1º, a Constituição passou a prever a necessidade de indicação da função social e das formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade no próprio estatuto jurídico das empresas estatais¹⁶.

Não se pode olvidar, também, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trazendo consigo preceitos que já buscavam a percepção de integridade, como o instituto do “contrôle”, previsto no Capítulo V.

E, antes mesmo da Lei das Estatais, já existiam diversos normativos e orientações que eram aplicáveis às Estatais, como bem observam alguns autores¹⁷, tais como:

- Decreto Federal nº 7.203/10, que trata da vedação de nepotismo na Administração Pública Federal;
- Lei nº 12.813/13, que trata de conflito de interesses;

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” BRASIL. Constituição, 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Último acesso em: 23 de março de 2019.

16 “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. trabalhistas e tributárias. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (...)” BRASIL. Constituição, 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Último acesso em: 23 de março de 2019.

17 KIM, Jae Shin; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni; LONGO, Thaísa Toelo. Compliance em empresas estatais. Padrões internacionais e legislação brasileira. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. In PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.) *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 169.

14 Por tradução livre, leia-se *accountability* como prestação de contas.

15 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

- Portaria do Min. da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União nº 909/15, que trata do “relatório de conformidade”;
- Decreto Federal nº 8.420/15, que estabelece critérios e diretrizes para implementação e avaliação de programas de compliance;
- Critérios utilizados no Selo Pró-Ética;
- Padrões de conduta certificados pelo ISO 19600, ISSO/DIS 37001 e DSC 10000.
- Resoluções da Comissão Interministerial de Governança e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR nº 10/16, 18/16 e 21/16;

Sem embargo, a Lei nº 13.303/16 denotou o simbolismo dos Programas de Integridade nas Estatais. Isso porque, pela conjuntura político-econômica à época, e pelas necessidades e novas visões do mercado, ela foi responsável por importar notórios fundamentos e mecanismos adotados por instituições privadas às estatais. Confira-se:

“Art. 6o O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.”

“Art. 8o As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: (...)”

“Art. 9o A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: (...)”

“Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:

I – divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores;

II – adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.”

Em paralelo, seu decreto regulamentador nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, elencou as principais diretrizes e determinações a serem observadas para os Programas de Integridade.

Além disso, diversos manuais foram elaborados por órgãos reguladores e de controle a fim de dar diretrizes e orientar a elaboração de programas de integridade pelas Estatais, dentre os quais, convém destacar os seguintes o Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais do Ministério da Controladoria-Geral da União¹⁸, o Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União¹⁹, assim como também o programa de Boas Práticas de Governança Corporativa das Sociedades de Economia Mista²⁰ e o Programa Destaque em Governança de Estatais da BM&F Bovespa²¹.

De acordo com a Controladoria-Geral da União, um Programa de Integridade tem necessariamente as seguintes camadas: padrões de ética e conduta, comunicação e treinamento, canais de denúncia, medidas de controle e disciplinares e ações de remediação.

Para o TCU, o combate à fraude e à corrupção perpassa, necessariamente, pela

18 Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acessado em: 06/04/2019

19 Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258B033650158BAEFF3C3736C>> Acessado em: 06/04/2019.

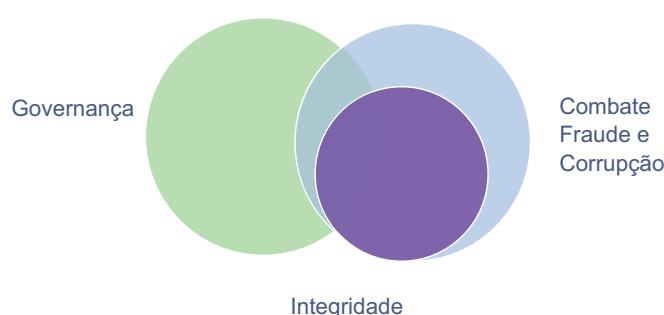
20 P. KIM, Jae Shin; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni; LONGO, Thaísa Tolelo. Compliance em empresas estatais. Padrões internacionais e legislação brasileira. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. In PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.) *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 169.

21 Idem, ibidem.

adoção e implementação de práticas em cinco distintos temas, a saber: designação de dirigentes, gestão de riscos e controles internos, gestão de ética e programa de integridade, auditoria interna e transparência e *accountability*.

Partindo desse cenário, o TCU elaborou o seguinte gráfico sinalizando os pontos de contato entre a Governança, Programa de Integridade, Combate à Fraude e Corrupção:

Figura 4 - Práticas de Combate a Fraude e Corrupção, de Governança e Integridade



Como visto acima, a governança compreende muito mais que medidas de combate à fraude e a corrupção, que, por sua vez, tem uma amplitude maior que o próprio programa de integridade. Mas desses aqui não se tratará, em razão do corte epistemológico feito na delimitação do tema.

5. Auditoria de implantação de medidas de combate à fraude e à corrupção e dos Programas de Integridade nas Estatais em comparação com a Administração Pública direta

A despeito da Lei das Estatais (nº 13.303/2016) ser bastante recente, o TCU e a CGU já há algum tempo vêm fazendo um acompanhamento do estágio de implantação dos Programas de Integridade nas Estatais, dentre outras medidas de combate à fraude e à corrupção.

Mais recentemente, no ano de 2018, foi feita auditoria²² pelo TCU no tocante ao Combate à Fraude e às Corrupção em 287 órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, que apresentavam maior poder econômico e regulador. Referido estudo concluiu, em linhas gerais, que as Estatais estão à frente das instituições da Administração direta no tocante à implantação de medidas de combate à fraude e à corrupção, notadamente quanto ao programa de integridade, porém em desvantagem em se tratando de transparência e *accountability*.

O trabalho foi realizado de acordo com o Referencial de Combate a Fraude e Corrupção do TCU (RCFC/TCU), que estabelece cinco mecanismos para enfrentamento das corrupções pelas instituições, a saber: prevenção, detecção, investigação, correção e monitoramento. Ao final, referido relatório gerou o índice integrado de governança e gestão (IGG) do TCU de 2018.

A grosso modo, a conclusão da pesquisa foi no sentido de que as estatais tem menos exposição ao risco de fraude e corrupção do que demais instituições da Administração direta. Veja-se abaixo:

Exposição	Poder Econômico Estatais	Poder Econômico Demais Instituições	Poder de Regulação
Baixa	12	13	12
Média	37	122	43
Alta	10	85	13
Muito alta	0	8	4
Total	59	228	72

Ao cabo da auditoria o TCU apontou uma série de recomendações e determinações a quem de direito e, em especial à Secretaria de Relações Institucionais de Controle

²² As auditorias são selecionadas conforme Guia de Orientações para Seleção de Objetos e Ações de Controle elaborado pelo TCU, que leva em consideração os critérios de maior risco, maior materialidade e relevância das instituições por ele fiscalizadas. Disponível em : <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/>> Acessado em: 06/04/2019.

no Combate à Fraude e Corrupção, para monitorar o cumprimento das referidas determinações e recomendações, que se espera sejam seguidas, a fim de não fazer prova da omissão das referidas instituições e, com isso, gerar suas responsabilizações, se o caso.

Dito isso e considerando que alguns critérios de avaliação da integridade chamaram a atenção em particular, convém deles tratar detidamente adiante.

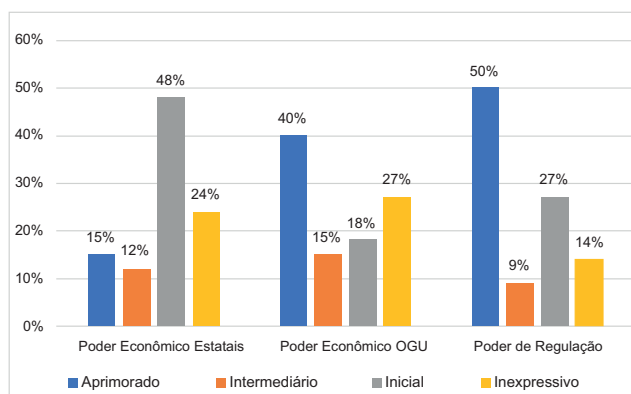
5.1 Transparência e Accountability

No tocante à exposição de dados (transparência e *accountability*), a situação se inverte, tendo o resultado mostrado que “as estatais de maior poder econômico (extrato dos 30% maiores) não apresentaram modelos institucionalizados amplos e consistentes de dados abertos, transparência e *accountability*”²³.

Isso se deve pelo fato de as Estatais estarem num regime híbrido. Elas são pessoas jurídicas de direito privado, mas tem acionistas ou quotistas privados e públicos. Assim, as estatais vivem o aparente paradoxo entre tornar público ou guardar sigilo. Para a Administração Pública, direta ou indireta, a regra é da transparência e publicidade, sendo o sigilo exceção, o que se inverte no regime de direito privado. Diz-se aparente paradoxo, pois se o capital majoritário é público, prevalece a regra de direito público para efeito de transparência e publicidade.

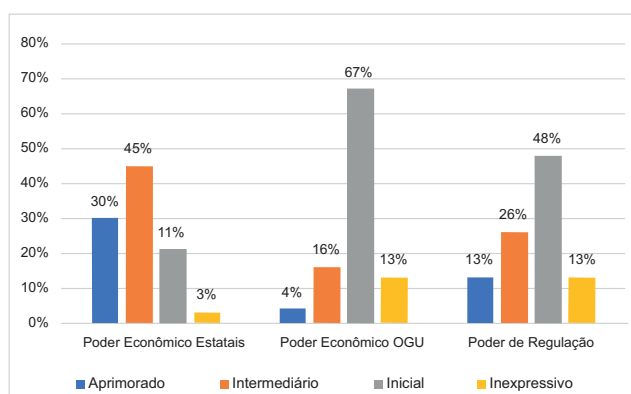
Consequentemente, por estarem alinhadas ao conceito de transparência ativa instituído pelo Decreto 7.724/2012, que regulamentou a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei 12.527/2011), as demais instituições (Administração Pública direta) já estão em um estágio aprimorado de dados aberto maior, transparência e *accountability*. Veja-se:

Figura 15 - Gráfico de estágio de implantação do modelo de dados abertos dos 30% maiores Poderes Econômico e de Regulação



5.2 Programa de Integridade

De outra parte, a auditoria feita pela Corte de Contas apontou que as Estatais de maior poder econômico já estão em estágio avançado no que se refere à implantação do Programa de Integridade, ao passo que as demais instituições (Administração Pública direta) ainda estão em fase embrionária a esse respeito. Veja-se o gráfico abaixo:



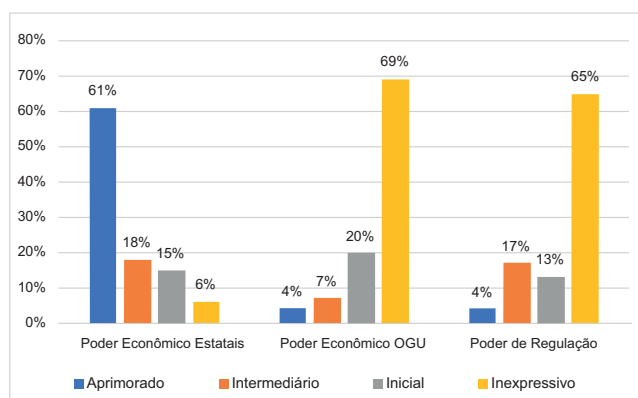
A leitura que se faz a esse respeito são duas. A uma, as Estatais já tem a obrigatoriedade de implantação do programa de integridade desde 2016, ao passo que a Administração Pública direta passou a ter essa obrigatoriedade somente em 2017, por meio do Decreto nº 9.203/2017 e iniciativas da CGU. A duas, as Estatais, por exigência do mercado, dos seus reguladores e, muitas vezes também, de acionistas e órgãos reguladores internacionais, têm grande interesse na instalação do programa de integridade e que isso se dê de forma rápida. Por outro lado, a Administração Pública direta não tem qualquer estímulo,

²³ Item 9.1.7 do Processo TC 010.348/2018-2, Acórdão 2604/2018 – TCU Plenário, julgado em 14/11/2018.

além do que, muitas vezes, ou tem orçamento limitado ou restritivo para gastos dessa natureza, que são altos, ou tem de licitar a contratação desses serviços, processo que toma tempo e nem sempre é efetivo.

5.3 Gestão de Riscos e Controles

Em relação à gestão de riscos e controles, o TCU concluiu que, *“de maneira geral, as estatais possuem controles mais proporcionais ao valor gerido por elas que as demais instituições do Poder Executivo analisadas. Essa maturidade na avaliação pode ser explicada, em primeira hipótese, pela maior aproximação dessas instituições do mercado privado, que acabam por impulsionar a adoção de melhores controles de forma a aumentar a sua lucratividade. Adicionalmente, alguns dos controles implantados são oriundos de exigências legais específicas para essas instituições.”*²⁴



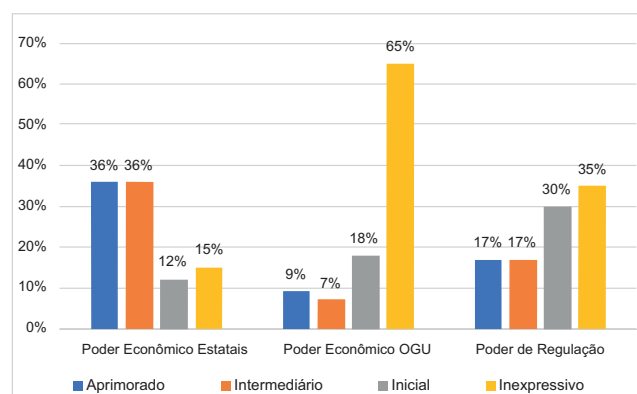
De alguma forma, tal situação já era esperada, pois a gestão avançada de riscos e controles internos muitas vezes só é revelada com clareza e profundidade durante o processo de implementação de programa de integridade, o que se mostra ainda muito incipiente da Administração Pública direta e avançado nas Estatais.

²⁴ Idem, ibidem, p. 146

5.4 Auditoria Interna e avaliações sobre risco de fraude e corrupção

Embora não seja função da auditoria interna a avaliação de casos de fraude e corrupção, porque atuante precipuamente na terceira linha de defesa da gestão de controles internos da Administração Pública, o TCU considerou esse estudo como relevante *“na medida em que avalia se os controles internos instaurados são suficientes e adequados para combater a ocorrência desses desvios”*²⁵.

Nessa moldura, novamente as Estatais tiveram destaque em apontar estágios mais aprimorados e intermediários de trabalhos da auditoria interna na busca de evidências e aprimoramento nos processos de controle de risco de fraude e corrupção. Para a Administração Pública direta, pasmem, os índices são pífios, inexpressivos ou até inexistentes.



6. Conclusão

Como visto, ao contrário do que se pensa, é enorme a quantidade de estatais nos países que detém as maiores economias mundiais. O número é muito superior ao do Brasil.

No mundo afora, assim como no Brasil, as estatais representam parte estratégica, política, social e econômica sensível do Estado, que delas não deve lançar mão apenas

²⁵ Idem, ibidem, item 125.

motivado por escândalos de fraude e corrupção nas referidas empresas. A fraude e a corrupção, que se mostraram ao longo da história atemporais e apátridas devem ser tratados com o uso de controle, por meio de ferramentas de prevenção, detecção, investigação, correção e monitoramento. É assim que é feito no mundo todo e não deve ser diferente no Brasil.

A partir especialmente da Lei nº 13.303/2016, as Estatais passaram a ter um marco legal que as obrigou referidas entidades a realizar melhor sua governança, combater a fraude e a corrupção, assim como implementar um programa de integridade.

No estudo de auditoria apresentado pelo TCU ficou demonstrado que as Estatais de maior poder econômico (extrato das 30% maiores), como regra geral, possuem controles de prevenção e detecção relacionados a fraude e corrupção em estágio intermediário ou avançado, mitigando os seus efeitos.

Entretanto, há ainda uma série de melhorias a serem feitas, especialmente no que se refere à transparência e *accountability*, quesito que, ao contrário dos demais, encontram-se em franca desvantagem perante as instituições da Administração Pública direta.

7. Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista / Alexandre Santos de Aragão. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Coordenação

e Governança das Empresas Estatais (Ministério da Economia). Boletim das Empresas Estatais Federais. v. 8. Brasília: MP, 2018, p. 7. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais>>. Último acesso em: 21 de março de 2019.

BRASIL. Ministério da Controladoria Geral da União. Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais do Ministério da Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. Acessado em: 06/04/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 010.348/2018-2, Acórdão 2604/2018 – TCU Plenário. Disponível em : <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/>> Acessado em: 06/04/2019.

_____. Guia de Orientações para Seleção de Objetos e Ações de Controle. Disponível em : <<https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/auditoria/selecao-de-objetos-e-acoes-de-controle/>> Acessado em: 06/04/2019.

_____. Referencial de Combate à Fraude e à Corrupção aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258B033650158BAEFF3C3736C>> Acessado em: 06/04/2019.

KIM, Jae Shin; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni; LONGO, Thaísa Toledo. Compliance em empresas estatais. Padrões internacionais e legislação brasileira. CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. In PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.) *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. Estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Contribuições do *Blockchain* para implementação de políticas de *Compliance*



LUCAS ALBUQUERQUE AGUIAR

Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade Leiden (Holanda). Bacharel em Direito (UnICEUB) e Relações Internacionais (UnB). Foi assessor do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal e profissional visitante no Tribunal Penal Internacional. Advogado criminalista.



LUIZ FERNANDO MENDES DE PAIVA

Administrador de empresas e profissional multidisciplinar com especialização em Riscos Operacionais, tem dedicado seus esforços e pesquisas na construção de um modelo de gestão de controles que respeite as características humanas em suas virtudes e falhas. Com forte inspiração nas pesquisas de Economia Comportamental e Análises Comportamentais como campo da Psicanálise, Luiz trabalha em busca de um modelo que permita que a tecnologia estruturar e direcionar o comportamento, reduzindo o risco sistêmico. Estudou Arquitetura, Administração de Empresas, especializou-se em Enterprise Risk Management e, com passagens por empresas de auditoria e consultoria "Big 4", contribuiu e atuou como executivo em grandes empresas como Pfizer, Adams, Banco Itaú, Hines, Banco Safra e Banco UBS Brasil. Hoje, busca conciliar a pesquisa, docência e lidera o time de Governança Riscos e Compliance como sócio da Control Consultoria.

1. Introdução

O mundo periodicamente se espanta com manchetes que mostram a descoberta de novos escândalos corporativos. Às vezes, eles são realmente novos e sobressaem pela criatividade para burlar as regras. Mas boa parte deles ainda é obra de atores conhecidos usando de velhos truques, ainda que com outra roupagem. Também não surpreende que esse tipo de comportamento apareça tanto em empresas centenárias quanto em *startups*, passando por todos os setores da economia mundial. Essa multiplicidade dos atores econômicos leva à conclusão de que há um abismo entre expectativa e realidade quando está em jogo a forma de competir nos mercados voláteis e globalizados. Com velocidade digna de uma corrida de Fórmula 1, as empresas estão atentas a qualquer oportunidade de ganhar mínima vantagem competitiva que pode ser essencial para atingir a vitória sobre os concorrentes, seja de forma lícita, mas também, em muitos casos, de forma ilícita. Nesse jogo, há quem diga que existem regras específicas, em que esconder suas reais intenções e ideias é aceito, dissimular é uma vantagem competitiva e dizer só aquilo que precisa ser dito é uma regra tácita. Mas existem ferramentas que poderiam permitir que alguns aspectos nos sistemas de controles dos mercados e das condutas empresariais fossem estruturados de forma a corrigir essas práticas que são nossas velhas conhecidas e que, pelo menos publicamente, são condenáveis. Este artigo tem, portanto, o objetivo de trazer à discussão a contribuição da tecnologia, especificamente dos DLTs – (ou Tecnologia de Registros Distribuídos, em inglês), cujo expoente atualmente é o “*Blockchain*”, na melhora objetiva da qualidade e efetividade dos programas de *compliance* empresariais. Nossa proposição busca apresentar de maneira introdutória e objetiva as noções básicas sobre a

tecnologia e suas características distintivas que podem contribuir para um processo efetivo de *compliance*, de forma a incentivar a adoção de ferramentas indutoras do comportamento corporativo, perpassando algumas questões sobre os impactos no *criminal compliance*. Na conclusão, apresentaremos casos que ilustram os potenciais ganhos e eventuais pontos de atenção no uso da tecnologia para a aplicação real de programas de *compliance* corporativos. Um bom programa de *compliance*, capaz ainda de mitigar eventuais reflexos penais, deve apresentar alguns requisitos que podem ser aprimorados com a adesão a ferramentas tecnológicas capazes de certificar transações em um ambiente de absoluta desconfiança.

2. A tecnologia DLT (*blockchain*)

O *Blockchain* é um termo que se tornou sinônimo de uma tecnologia maior, mais ampla e mais eficiente, que são os sistemas de registro de dados distribuídos ou *distributed ledger technology* – DLT, em inglês. Tornou-se conhecido por ser a tecnologia por trás do Bitcoin, moeda virtual que se tornou febre mundial e causou muita movimentação do mercado, tanto com consequências positivas quanto preocupantes. Sobre essas consequências, voltaremos mais tarde. Neste momento, convencionamos chamar de *Blockchain* as tecnologias DLT, tomando a parte pelo todo, apenas como nome fantasia.

O *Blockchain* clássico, original, possui uma arquitetura que agrupa dados e informações sobre um tema, classifica, ordena, numera e criptografa esses dados em blocos para em seguida encadear esses mesmo blocos de informações em uma grande e contínua cadeia (*chain* – corrente em inglês) que se torna parte de um

registro (*log*) necessariamente estruturado assim e compartilhado entre todos os atores de uma cadeia onde é necessária a transferência dos dados. Essa obrigatoriedade de todos os dados viajarem juntos e poderem ser verificados por todos os participantes de uma mesma rede transacional – os chamados “nós” – é que torna a tecnologia interessante e potencialmente tão inovadora, sobretudo num ambiente em que as partes até possuem uma confiança mínima suficiente para transacionar, mas insuficiente para gerar plena confiança. Essa tecnologia, portanto, foi desenvolvida com uma aura rebelde de acabar com a desintermediação e, assim, com os monopólios, e criar uma sociedade de troca de valores independente de governos e corporações, onde as regras são acordadas e aplicadas automaticamente pelo sistema, em um mundo utópico onde todos confiam em todos.

A utopia que direcionou as decisões de arquitetura de sistemas do *Blockchain* original, no entanto, mostrou-se, ao mesmo tempo, interessante e instigante do ponto de vista intelectual, mas inviável como ferramenta para todos os tipos de negócios. Sua concepção é de transparência total obrigatória para todos os membros da rede, em que a maioria dos nós precisa validar a transação. Essas transações são dispostas em uma “fila sequencial”, o que causa lentidão, perda de performance e necessidade de grandes quantidades de capacidade computacional. Tais efeitos levam as transações a demorarem de 10 minutos a até 6 horas para serem validadas. Assim, como solução para esse problema, a tecnologia evoluiu para as novas gerações de DLTs, os chamados *Blockchains* Corporativos.

As premissas dessa nova abordagem de distribuição de dados permite resolver os problemas (i) de privacidade, pois permite a escolha de redes abertas ou privadas, com capacidade de atribuir direitos e responsabilidades específicas e diferentes entre os atores; (ii) de latência, que é o tempo entre

o envio da ordem e da execução da transação, eliminando etapas que existiam justamente para garantir a autenticidade da transação; e, principalmente, (iii) de aderência aos requisitos regulatórios transacionais, ou seja, às regras e procedimentos exigidos pela lei e pelos órgãos de fiscalização de todas as empresas que atuam em setores mais ou menos regulados e que deveriam ser adotados como a prática entre atores que transacionam de boa-fé.

O “estado da arte” da tecnologia *Blockchain* para negócios nos permite entendê-la, portanto, como uma nova forma de criar, guardar, compartilhar e coadministrar dados que, ao possuírem valor intrínseco ou extrínseco para uma ou mais partes dentro de uma cadeia transacional, torna-se objeto fundamental para a execução dos negócios em uma economia. Para que opere plenamente, é necessário o uso de ferramenta que permita que o dado, sua origem, seu processamento, sua distribuição e suas responsabilidades sejam previamente estabelecidas e acordadas, automatizadas e que os resultados do processamento desses dados transacionais sejam aceitos como válidos por uma rede de atores com interesses comuns e conhecidos, inclusive para fins de fiscalização.

3. Leis, regulação e as regras de negócios

A noção de *compliance* pressupõe a existência de regras prévias aptas a induzir determinado comportamento, mesmo que, às vezes, elas mesmas não sejam muito claras. As regras podem advir da legislação posta pelo Poder Público (leis, decretos, portaria, orientações normativas, etc), dos próprios regulamentos da empresa ou até mesmo de suas práticas e da sua cultura corporativa, ainda que careçam de elemento positivador.

Não há, portanto, regra única para se aplicar a um programa de *compliance*, até porque podem existir diversos programas para atingir e resguardar objetivos diversos. Todos, no entanto, apresentam fio condutor comum: a necessidade de aderência a regras pré-determinadas, que atualmente tem se concentrado na seara administrativa, por meio de marcos regulatórios cada vez mais específicos.

Vez ou outra, no entanto, esses marcos regulatórios confundem-se com os mesmos bens jurídicos tutelados pela lei penal, de forma que a infringência a eles pode culminar, ao fim e ao cabo, em violação à própria norma penal. Nesse sentido, o *criminal compliance* desloca parte da responsabilidade de prevenir a ocorrência de crimes no ambiente corporativo do Estado para as próprias empresas. Surgem, assim, diversos deveres e responsabilidades cuja violação pode levar à responsabilização criminal das pessoas físicas envolvidas, e o papel do empresário na posição de garante desses deveres tem sido cada vez mais utilizado, sobretudo aquele na posição de *compliance officer*.¹ PLANAS prossegue:

“Os deveres primários atribuídos ao *compliance officer* se reduzem a avaliar os riscos e implementar um programa de conformidade de acordo com a valoração, a vigiar o cumprimento do programa e formar os trabalhadores e a informar a direção da empresa sobre o desenvolvimento, incidências e eventuais riscos detectados na sua atividade.”²

E uma vez que o garante “tem um papel de vigilância e cuidado junto às fontes de perigo que circundam a atividade empresarial”³, é natural que se discutam

os riscos empresariais e como mitigá-los por meio de políticas de *compliance*, sobretudo tendo em vista que algumas condutas ganhado cada vez mais relevância desde o ponto de vista penal. Nesse sentido, as novas tecnologias são potentes aliadas tanto do administrador quanto do regulador.

4. Os benefícios diretos da tecnologia no *criminal compliance*

Ao longo do tempo, diferentes estratégias vêm sendo usadas para tentar disciplinar os mercados. A mais sintomática de que o Estado não tem condições de regular é a própria existência do *compliance* como mecanismo de cooperação com o próprio poder fiscalizador do Estado. Para além disso, no entanto, é possível identificar algumas iniciativas que tem por objetivo aprimorar o controle da atividade empresarial e dos riscos a ela inerentes.

Como dito, o *criminal compliance* tem por objetivo evitar a prática de condutas empresariais contrárias à lei penal. Ao mesmo tempo, vem se conformando como disciplina moldadora do comportamento de empresários e, também, do profissional da área jurídica. De um lado, a interação com a tecnologia disponível passa a se dar já nos primeiros momentos da construção de um programa de *compliance* e de suas ferramentas – é necessário, por exemplo, que o profissional jurídico desenvolva conhecimentos mínimos de levantamento de requisitos para a configuração de *smart contracts* baseados na tecnologia DLT.

De outro lado, a adoção do *Blockchain* e de suas ferramentas no ambiente empresarial confere poderosa arma para o advogado em eventuais investigações internas para apuração de denúncias, elaboração de defesa em procedimentos administrativos

1 PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 245.

2 PLANAS, *op. cit.*, p. 247.

3 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 135.

de responsabilização e até mesmo para instruir procedimentos criminais derivados de condutas eventualmente ilícitas na condução dos negócios. Como o *Blockchain* permite um ambiente em que a cadeia transacional é certificada, é possível atribuir a ela uma confiabilidade inequívoca, pois garante-se a imutabilidade dos registros, que devem corresponder fielmente aos fatos. Assim, a prova produzida não só já supre os requisitos de materialidade, mas também de autoria, uma vez que essa tecnologia permite atribuir responsabilidades em cada etapa dos ciclos transacionais.

De posse dessas informações, é possível montar um quadro completo e seguro acerca de eventuais falhas e violações dos deveres impostos pela legislação; é possível saber exatamente em que ponto da cadeia transacional houve uma omissão (ou até mesmo ordem) que causou a infração às regras previamente determinadas. Nesse sentido, as regras legais e a política de *compliance* dela derivada devem estar, desde o primeiro momento, embutidas nas ferramentas que essa tecnologia coloca à disposição. Do contrário, o processo já nasce defeituoso e a busca pela atribuição de responsabilidades passa a ter origem antes mesmo do início da cadeia transacional, ou seja, pode partir já pelos responsáveis pelo desenho e implementação da política.

Da mesma forma, é possível testar as hipóteses e regras já a partir do desenvolvimento dos códigos que serão aplicados às ferramentas do *Blockchain*. É imprescindível, portanto, que já no nascedouro seja feita a análise legal da aderência da ferramenta – e de sua finalidade – com a política de *compliance* proposta. Isso não significa, é claro, que o profissional jurídico seja obrigado a saber programar, mas deve ter pleno conhecimento dos impactos, efeitos e consequências que o funcionamento dos códigos imediatamente autoexecutáveis podem ter sobre o ecossistema de negócios da empresa.

Esses efeitos, contudo, não se limitam apenas aos litígios relacionados a questões de *compliance*. Já é visível o deslocamento da força de trabalho de advogados, tanto internos como externos, para evitar litígios advindos da necessidade de maior aderência a regras que minimizam, ou ao menos tentam diminuir o apetite, para riscos. Nesse sentido, as ferramentas estruturadas como o DLT e o *Blockchain* Corporativo têm, em sua concepção e necessária metodologia de implantação, o potencial de fomentar as discussões sobre apetite de risco, limites e responsabilidades. Deve-se indagar, portanto, até que ponto se quer chegar na perseguição dos objetivos identificados para que os ganhos advindos da automação sejam reais; avaliar possíveis falhas, imprecisões e contingências como cursos operacionais alternativos, obrigatórios e necessários é fundamental para que a automação exerça plenamente seus benefícios.

Nesse sentido, a ética concorrencial, a forma como os parceiros e demais partes são escolhidos e selecionados para se relacionar no ecossistema negocial tornam-se temas obrigatórios na discussão do quê, como e até onde fazer o que a tecnologia auxilia a resolver. E nessa discussão sobre as regras de negócios que a ferramenta exige está um dos ganhos mais amplos dessa abordagem, que é a necessidade de planejar e acordar antes o que se espera que aconteça nas relações comerciais. Assim é possível tirar da utopia a ideia de que é possível um mercado fundado na integridade – não mais no papel, mas em soluções práticas – e buscar desempenho baseado em princípios aceitos por toda a sociedade.

5. Possibilidades de uso do DLT

Existem diversos casos em que a tecnologia contribui para um *compliance* total, parcial

ou mesmo circunstancial, amplo sobre toda a cadeia transacional ou em aspectos específicos, como em atividades de *know your customer*, conciliações contábeis e rastreabilidade de transações. Ao contrário do que se pensa, a tecnologia é valioso auxílio para o regulador, para as autoridades de investigação, para a coleta de inteligência e para processos corporativos de auditoria e certificação.

Na migração do foco da execução repetitiva para a prévia discussão e acordo de parâmetros, a automação via *smart contracts* já é realidade. Em linhas gerais, *smart contracts* são programas de computador capazes de traduzir os termos e cláusulas de um contrato, com seus direitos, obrigações e condições de execução, para uma linguagem de código executável e automatizada. Utilizando o padrão “*if this than that*” (“se isso, então aquilo”), os *smart contracts* operam e se executam autonomamente tão logo as condições sejam dadas. Essas condições são previamente definidas e devem, num sistema íntegro, seguir as regras postas, sejam elas legais ou do próprio mercado. É o exemplo de apólices de seguro viagem que, desenhadas como *smart contracts*, conseguem capturar a informação pública de um site meteorológico, confrontar com a informação da companhia aérea e executar possíveis alternativas contratuais, como reembolso automático, emissão de nova passagem ou ainda agendamento de hotel, para os casos de atraso ou cancelamento de voos em razão das condições meteorológicas.

Outro uso que está em desenvolvimento é a utilização da tecnologia como plataforma para a solução de problemas regulatórios, diretos ou como suporte à solução. As legislações de proteção de dados pessoais, nomeadamente a que foi recentemente aprovada no Brasil (LGPD) bem como a já vigente no âmbito da União Europeia (GDPR), mostram-se suficientemente complexas, a ponto de demandarem uma

mudança obrigatória de perspectiva no modo como as companhias fazem seus negócios. Por exemplo, muitas empresas baseiam suas campanhas e decisões comerciais no conhecimento do perfil do cliente, obtendo ofertas direcionadas. Todos tivemos a experiência de ao pesquisar no Google imediatamente começarmos a ser bombardeados por diversos canais com anúncios sobre o mesmo tema que pesquisamos. Com a nova lei, esse compartilhamento de dados será mais restrito e deverá seguir regras mais rígidas, e o acesso a eles dentro de uma plataforma DLT pode ser segregado, anonimizado, capturado, empacotado e disponibilizado como o cliente desejar, impedindo ainda que, por erro ou mesmo dolo, esse dado seja reutilizado no futuro. A tecnologia, portanto, permite aumentar a aderência das práticas corporativas às regras e normas, por mais complexas que elas sejam.

As soluções desenvolvidas na plataforma DLT apresentam-se hoje como uma excepcional alternativa para operacionalizar, monitorar e garantir o atendimento às exigências legais e às expectativas dos clientes, diminuindo exponencialmente os riscos criminais, financeiros e de imagem, pois, ao diminuir a discricionariedade do agente, a execução das tarefas, rotinas, contratos e ordens tende a seguir o seu roteiro previamente definido. Essa característica, embora desejável em muitos aspectos, pode expor as “zonas cinzentas” com base nas quais algumas organizações operam, onde as regras são abertas a interpretações muitas vezes colidentes com os parâmetros de *compliance* adotados e a ampla discricionariedade é uma ferramenta de trabalho da qual alguns gestores não desejam abrir mão.

Nesse contexto, uma ferramenta que limita essas alternativas e obrigatoriamente produz dados reais sobre os resultados, pode não se tornar atraente em muitas situações. Mesmo os instrumentos regulatórios

criados para dar essa transparência, como Códigos de Ética e Relatórios para Stakeholders, são usados não para mostrar fatos, mas para apresentar um retrato que se enquadre nas regras, num mundo nem sempre fiel à realidade. Daí podem advir complexos conflitos éticos com potencial infração às normas penais, que certamente podem ser mitigados com a adoção de ferramentas capazes de conferir confiança e previsibilidade, diminuindo as os espaços para operações às margens do sistema.

A automatização de processos operacionais sem permitir atalhos, a definição prévia de parâmetros e a automatização de disparo e captura de eventos de modo “quase em tempo real” tem se mostrado suficientemente robusta para uma solução que agrega valor às companhias, de um lado, e de outro, garantem a integridade das regras previamente definidas com base em parâmetros, inclusive da lei penal.

6. Conclusão

Pudemos perceber que as barreiras que impedem a adoção de soluções tecnológicas pelos atores de mercado e governo residem muito mais na manutenção do *modus operandi*, do *status quo* e de práticas arraigadas de negócios, onde a clara responsabilização, transparência, rastreabilidade e a necessária migração do litígio pós-fato (gerador de uma “grande economia do erro”) para um trabalho de definição prévia de forma, conteúdo e resultados, que são condição obrigatória tanto para o funcionamento da ferramenta quanto para práticas éticas de negócios e para permitir aos órgãos regulatórios e ao sistema de justiça acompanhar e substanciar a qualidade e veracidade das transações.

Ainda é necessário, mesmo com todo o arsenal tecnológico disponível, conjugar a análise dos riscos legais com as ferramentas

adequadas. E, nesse sentido, o *Blockchain* mostra-se plenamente apto a 1) apresentar uma cadeia de provas confiáveis; 2) garantir que os registros sejam correspondentes a realidade dos fatos e que não sejam suscetíveis a alterações; 3) permitir o rastreamento de toda a transação e seus atores; 4) permitir o encadeamento, identificação e ordenação dos eventos; 5) habilitar o compartilhamento de informações e inteligência; 6) permitir a atribuição de responsabilidades em cada momento do ciclo de vida transacional; 7) permitir a indução operacional do comportamento esperado, sem desvios óbvios que tornem difusas as intenções e os resultados; e, por fim, 8) proteger os dados privados e os direitos e deveres dos atores, buscando a proteção contra os riscos sistêmicos e desequilíbrios de mercado.

Essas características da utilização do *Blockchain* reforçam o deslocamento da atuação do advogado para incluir a fase de desenho dos requisitos das ferramentas como parte integrante de uma política de *compliance* que deseje lançar mão dessa tecnologia. Aumenta, portanto, a responsabilidade na análise dos requisitos técnicos que comporão os instrumentos submetidos a essa tecnologia, na medida em que os registros passam a ser imutáveis, contratos passam a ser autoexecutáveis e os participantes da rede tornam-se partes integrantes, identificáveis e responsáveis pela criação e estruturação das relações comerciais, assegurando uma aderência por definição e concepção às regras e, portanto, alinhados ao *compliance* corporativo.

Referências

DE PAULA, Felipe; A Política Legislativa no Brasil: limites e possibilidades. Dissertação de Doutorado; Universiteit Leiden, 2018.

- MOUGAYAR, William (Author). In: The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology. Amazon, 2017.
- PISCINI, Eric; HYMAN, Gys; HENRY, Wendy. "Blockchain: Trust economy," *Tech Trends* 2017, Deloitte University Press, February 7, 2017.
- PLANAS, Ricardo Robles. Estudos de dogmática jurídico-penal: fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- RAY, Shaan. In: The Difference Between Blockchain And Distributed Ledger Technology. Towards Data Science, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- TAPSCOTT, Don, TAPSCOTT, Alex. Blockchain Revolution: olhar para a indústria, SESI SENAI Editora, 2018.
- WHITE, Mark; KILLMEYER, Jason; CREW, Bruce. *Will blockchain transform the public sector?* Blockchain basics for government, Deloitte University Press, September 11, 2017.
- XU, Bent. In: Blockchain vs. Distributed Ledger Technologies. Consensys, 2018.

Nossa plataforma foi criada para atender as demandas regulatórias da Susep, Previc e ANS.

Uma excelente ferramenta de apoio para manter-se atualizado com as regras dos órgãos reguladores.



MONITORAR

Equipe qualificada e técnica acompanham a publicação das principais Leis e Normas que impactam os setores de seguros, fundos de pensão e saúde suplementar. Utilizamos, também, ferramentas digitais na automatização da pesquisa.



INFORMAR

Conteúdo selecionado enviado de forma tempestiva, diariamente.



ARMAZENAR

Base de dados digital com diversos filtros de busca para facilitar a pesquisa.



www.editoraroncarati.com.br



Experimente as funcionalidades da nossa ferramenta.
Faça um teste gratuito contato@editoraroncarati.com.br
ou pelo tel.: (11) 3071-1086