

EDITORES:

Renata F. Andrade (coordenação)
Mariana de Almada Jevaux
Pedro Roncarati

REVISORES:

Aline de Oliveira Silva
Igor Fernandez de Moraes

AUTORES:

André Martinez
Isabella Zampini Veneroso
Hítalo Silva
Miguel de Almeida Vasconcellos
Julio Cesar Chaves
Rafael Sgoda Tomazeti
Jéssica Fernandes Honda de Souza
Melina Heyse
Marchetti
Renata Seabra
Renato Machado de Souza



COMPLIANCE



ANTI CORRUPÇÃO



INOVAÇÃO

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

Editorial

RENATA ANDRADE

Presidente da CAC OAB/SP Pinheiros e
Diretora de Compliance e Proteção de Dados.

A grande inovação do Compliance é ser parceiro estratégico do Negócio. Conhecer os riscos e o ambiente regulatório, e com simplicidade, traduzir os objetivos empresariais, a integridade e a sustentabilidade como ferramentas de competitividade e sucesso.



ALINE OLIVEIRA IGOR FERNANDEZ DE MORAES MARIANA DE ALMADA JEVEAUX

Secretários da CAC

Assim como no ano passado, em 2021 seguimos necessitando de resiliência. Os desafios e angústias da pandemia se mantêm, tanto pessoais quanto profissionais.

A Comissão de Anticorrupção e *Compliance* – CAC OAB/SP Pinheiros permanece cumprindo sua missão, mantendo as reuniões mensais mas de forma virtual e segura, participando ativamente em estudos técnicos e espalhando boas práticas de mercado, bem como continua com a publicação deste material, através do qual os autores, conhecedores dos temas e ativos protagonistas do Direito e do *Compliance* em suas Organizações, Escritórios e Instituições, consagram os 8 anos da história de sucesso da CAC OAB/SP Pinheiros.

Agradecemos todos os envolvidos e especialmente aos autores por mais uma edição que generosamente compartilham suas experiências e conhecimento em torno dos temas: ANTICORRUPÇÃO, COMPLIANCE e INOVAÇÃO pelo 4º ano consecutivo. Parabéns a todos pela resiliência e dedicação. Nós, da CAC OAB/SP Pinheiros, dedicamos essa edição à Sociedade Brasileira em constante transformação e reinvenção.



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

Aline Oliveira Silva
Secretária

Igor Fernandez de Moraes
Secretário

CAC COMTEXTO

ISSN 2675-8490

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.

RONCARATI
E D I T O R A

EDITORA RONCARATI LTDA

Fone: (11) 3071-1086

www.editoraroncarati.com.br

contato@editoraroncarati.com.br

Índice

- 3** EDITORIAL
Renata Andrade
Aline Oliveira
Igor Fernandez de Moraes
Mariana de Almada Jeveaux
- 5** APRESENTAÇÃO
Paulo Sergio Ferraz de Camargo
- 6** PREFÁCIO
Fabyola En Rodrigues
- 8** “O COMPLIANCE NO SETOR PÚBLICO E SEUS PRESSUPOSTOS”
André Almeida Rodrigues Martinez
- 15** A PRIVATIZAÇÃO DO CONTROLE ESTATAL E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO
Isabella Zampini Veneroso
- 20** PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Julio Cesar Chaves Cocolichio
Miguel de Almeida Vasconcellos
Hítalo Silva
- 24** O COMBATE À CORRUPÇÃO NA AGENDA 2030 DA ONU
Renata Welinski da Silva Seabra
- 31** PESSOAS JURÍDICAS E COMPLIANCE: BREVE ANÁLISE DOS INCENTIVOS DOS SISTEMAS DO BRASIL E DA ESPANHA
Renato Machado de Souza
- 45** A IMPORTÂNCIA DA EXPERIÊNCIA DO USUÁRIO NO PROCESSO DE ADEQUAÇÃO À LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS)
Rafael Sgoda Tomazeti
Jéssica Fernandes Honda de Souza
Melina Heyse e Marchetti

Apresentação

PAULO SERGIO 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.



Difícil ao escrever, fugir de um tema tão recorrente, ultimamente, que é a Pandemia COVID 19. Em 2021 a Pandemia se agravou e a vida que já estava difícil ficou ainda mais complicada.

E as atividades da OAB Pinheiros, também, foram atingidas. Ficamos fechados por dois longos períodos, adaptamos nossa casa para atender os protocolos sanitários e observar o necessário distanciamento social. Além disso, fizemos um rodízio de serviços e reduzimos o horário de atendimento.

Mas mesmo na adversidade o importante é tirarmos algo de positivo e destacarmos bons trabalhos realizados. E, nesse sentido, temos que destacar o trabalho da CAC que se manteve ativo, produzindo conteúdo e

realizando as reuniões de forma virtual, sem perder a qualidade.

Em relação à produção de conteúdo é destaque a 4ª (quarta) edição da *Revista da Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB Pinheiros*.

Mais um exemplar para guardar com carinho, pois de inestimável utilidade para os operadores do direito e profissionais da área de *compliance*.

É com muita satisfação que acompanho a consolidação desse trabalho capitaneado pela Drª. Renata Fonseca de Andrade, na pessoa de quem deixo meu abraço para todos os integrantes da Comissão.

Prefácio

Compliance - Anticorrupção – Poder Público



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)

LLM-MLI USA; Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie e Presidente da Comissão.

Participam da obra os autores: Andre Martinez, Julio Cesar Chaves Cocolichio, Miguel Vasconcellos, Hítalo Silva, Renata Seabra, Rafael Sgoda Tomazeti, Jéssica Fernandes Honda de Souza, Melina Heyse e Marchetti, Renato Machado Sousa e Isabella Zampini,

O ano de 2020 foi marcado na história pelas drásticas mudanças de hábitos causados pela pandemia, implicando na alocação de recursos federais em cifras expressivas. Segundo a Polícia Federal, até o mês de junho, as transferências para auxílio financeiro aos estados, distrito federal e municípios para compensação da variação normal negativa dos recursos repassados pelo fundo e participação e o enfrentamento da

A Comissão de Anticorrupção e Compliance da OAB/Pinheiros apresenta na sua 4ª edição, temas da mais alta relevância, abordando aspectos relacionados ao Compliance com destaque para o setor público, trazendo reflexões decorrentes da nova lei de licitações – a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 e o papel dos programas de integridade; a responsabilidade das pessoas jurídicas diante da constante e necessária luta contra a corrupção.

A coletânea contou com a coordenação da Renata Andrade, Mestre pela University of Wisconsin-Madison School of Law,

emergência de saúde pública somaram R\$ 13.091.569.764,34.

Todos esses valores foram empregues baseados nas medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública, alteando regras importantes como a dispensa de licitação, permitindo assim, dar celeridade ao processo de contratação pelo poder público.

Como desdobramento já esperado, atualmente existem diversos procedimentos criminais em curso por todo o país, bem como procedimentos administrativos perante as mais diversas entidades, tais como a Controladoria Geral da União.

Em meio a todo esse cenário pandêmico, foi sancionada no dia 1º de abril de 2021 a Nova Lei de Licitações, trazendo regras atuais para o sistema de licitação, como o emprego dos meios eletrônicos, tornando as licitações presenciais uma exceção.

Em linha com a política moderna, a nova Lei de Licitações trouxe dispositivos expressos sobre a importância da adoção de programas de Compliance na área de integridade e anticorrupção, impondo até mesmo a obrigatoriedade em casos de contratos de grande vulto. Seguramente, esse é um dos pontos em que ainda teremos muitas discussões nas regulamentações pelos Estados.

Segundo a OCDE, a corrupção movimentada globalmente US\$ 2,6 trilhões por ano, causando significativo impacto nas iniciativas globais de infraestrutura. O Brasil, após quase 10 anos da conhecida operação Lava Jato ainda discute os resultados da operação, quer seja sob aspecto da legalidade, quer seja sob o aspecto da contínua necessidade de mudar a cultura das empresas, tanto através de políticas internas, como por força normativa.

Estamos vivendo a chamada década da ação e as discussões estão voltadas igualmente tanto ao papel do poder público, bem como do particular no cumprimento dos objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS), abordando as três dimensões: econômica, social e ambiental.

Segundo o Índice de Percepção da Corrupção da Transparência Internacional Brasil, o Brasil permanece estagnado com 38 pontos em um patamar ruim, como o mundo está reagindo? Como temos percebido as mudanças legislativas? Como está a independência das agências anticorrupção e o Ministério Público?

E você, qual ação está implementando/incentivando a mudar a realidade da sua comunidade? A contribuir com esse momento histórico em que vivemos?

“O Compliance no setor público e seus pressupostos”



ANDRÉ ALMEIDA RODRIGUES MARTINEZ

Procurador da Fazenda Nacional e ex-Superintendente de *Compliance* da rede nacional de agências do Banco Itaú S/A. Master of Laws (LL.M.) in *Compliance* pela Université de Fribourg, na Suíça. Especialista lato sensu em Direito Empresarial e em Direito Constitucional. Ex-Procurador Federal na AGU. Ex-membro da ECI – Ethics & Compliance Initiative, com certificação LPEC – Leadership Professional in Ethics and Compliance. Instrutor credenciado da Escola da AGU. Coautor da obra “*Compliance Bancário. Um Manual Descomplicado*”, ed. Juspodivm.

O objetivo do presente artigo é tratar, ainda que de forma sintética, do pressuposto para a implementação da cultura de *compliance*¹ no setor público.

Na esteira da Convenção da ONU contra corrupção, de 2003, e da Lei Anticorrupção, de 2013, alguns entes federados no Brasil² já possuem seus respectivos programas de *compliance*/integridade.

Contudo, se essa nova cultura, importada do setor privado, não for incorporada ao setor público com a observância de alguns

importantes pressupostos, os resultados não serão os esperados e o termo “*compliance*” será só mais um substantivo no nosso vocabulário administrativista, sem nenhum efeito prático.

Juntamente com a lavagem de capitais, a corrupção é questão relevante que os sistemas econômicos e judiciais mundiais têm tentado enfrentar há anos. Apesar de também não contar com um sistema perfeito, ainda assim o setor privado tem muito a ensinar ao setor público quando o tema é a ética nos negócios³.

1 Ou de “integridade”, como preferem alguns.

2 Alguns exemplos: Lei 13.303/2016 (*compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista), Decreto Federal 9.203/2017 e Portaria CGU 1.089/2018, Portaria 239/2019 do Ministério da Economia, Decreto Municipal do Rio de Janeiro/RJ 45.385/18, Decreto 9.406/2019 do Poder Executivo do Estado de Goiás e Lei 19.857/2019 – Programa de Integridade do Estado do Paraná.

3 Os bancos experimentaram novos mecanismos de controle graças ao arcabouço normativo desenvolvido principalmente pelo BIS – *Bank for International Settlements* – por meio do seu “Comitê da Basileia para Supervisão Bancária”. Dos EUA vieram também importantes ensinamentos da SEC – *Securities and Exchange Commission* – entidade equivalente à nossa Comissão de Valores Mobiliários – e do DOJ, o Departamento de Justiça Norte-Americano.

Com base em teorias vindas principalmente dos EUA e da Europa, o setor privado brasileiro desenvolveu, durante as últimas duas décadas, um eficiente – quando realmente levado a sério pelo empresário – sistema de vigilância, de educação e de treinamento de seus funcionários para o combate ao cometimento de ilícitos: a chamada estrutura de *compliance*.

A engrenagem de *compliance* tem uma abordagem útil para os principais problemas éticos enfrentados no setor privado, sendo que seus princípios podem e devem ser utilizados também no setor público. Contudo, não basta a simplista implementação do *compliance* no setor público.

Obviamente, as Controladorias – e respectivas Corregedorias –, têm tido papel fundamental no controle das ações dos servidores públicos, com números de demissões cada vez mais expressivos⁴, mas, apesar de todos os esforços, a corrupção tem se mantido em patamares ainda bastante altos, sempre com a coparticipação de um agente privado, diga-se. Como triste exemplo dessa realidade vivida no Brasil, cite-se a compra de respiradores superfaturados durante a Pandemia da Covid-19 por entes públicos – fato notório noticiado pela imprensa.

A adoção de programas de *compliance* pela Administração não significa, em absoluto, a ruptura de nenhum dos princípios e conceitos do Direito Administrativo. Ao contrário, destina-se a melhorar a utilização do dinheiro público por meio da construção de novas competências, sem deixar de lado as regras específicas da Administração, sempre prestigiando os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência – artigo 37 da Constituição Federal.

Note-se que o *compliance* no setor público não pode significar, porém, excesso de

regulamentação. A estrutura de *compliance* na Administração deve utilizar a teia estrutural que já existe e que é, muitas vezes, subutilizada. Como bem colocado por Ramakrishna⁵, “*It is important to note that more regulation does not mean better regulation, and more compliance expenditure does not mean better compliance.*”⁶

Em outras palavras, a estrutura de *compliance* no setor público deve ser simples e eficiente, pois “*If you have ten thousand regulations, you destroy all respect for law*”⁷.

Vamos aos seus pressupostos.

1. Engajamento civil e político

O setor público, em muitos países, ainda sofre com o pensamento de que o bem público é coisa de ninguém. Algumas pessoas consideram que a propriedade privada deve ser tutelada, protegida e receber a atenção do Estado, enquanto os bens públicos, tangíveis ou não, e suas instalações são, várias vezes, deixados em segundo plano.

É um paradoxo. Ao mesmo tempo em que o cidadão quer a proteção do Estado, esta mesma pessoa não respeita nem considera o Estado como sendo também de sua responsabilidade.

Algumas pessoas querem ser atendidas pela estrutura estatal, mas elas mesmas não tomam o aparelho estatal como algo valioso. Ao contrário, elas só querem que o Estado as sirva e as respeite, ao mesmo

4 Como demonstram os dados disponíveis no site da CGU.

5 RAMAKRISHNA, Saloni P. *Enterprise Compliance Risk Management*. Singapore: John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd, 2015, p. 325.

6 “É importante notar que mais regulamentação não significa melhor regulamentação, e mais despesas de conformidade não significa melhor conformidade”. [Tradução nossa]

7 CHURCHILL, Winston *apud* Ramakrishna, 2015, p. 329. “Se você tem dez mil regulamentos, você destrói todo o respeito pela lei”. [Tradução nossa]

tempo em que não dão o devido valor ao patrimônio público (tangível ou intangível).

Esta situação é muito comum nos países menos desenvolvidos, onde o Estado ainda hoje é projetado, em muitos casos, para servir como um braço privado de algumas poucas pessoas em detrimento da maioria.

Se algo vai mudar nas organizações públicas, isso envolverá, necessariamente, toda a sociedade – civil e política – nesta complexa mudança cultural.

Sobre a sociedade civil e a política, como enfatizado por Sergio Fajardo *apud* Cruz e Forman⁸, a política é feita por meio da participação das pessoas, com o envolvimento de todos com as questões que afetam o Estado. Somente com o envolvimento das pessoas o Estado pode evoluir:

*"It's all about politics. If you don't change politics, you are going to end up doing more or less the same... and the possibility of this change depends on people's willingness to get involved. If you think that you can do what we have done or what some people have done in other places without the people's participation, you are mistaken. If you have a society's commitment, I think many things can be done."*⁹

Ou seja, a sociedade civil também precisa mudar sua atitude, com maior engajamento político. É necessário obter mais respostas dos políticos para que eles elaborem leis cada vez mais justas sob o ponto de vista ético, e que de fato se harmonizem

com a busca do bem comum. A classe política, por outro lado, deve despir-se do sentimento egoísta que, muitas vezes, a tem dominado nas últimas décadas.

Feita esta observação relevante, sabemos que o setor empresarial e as pessoas naturais que desrespeitam o bem comum, são tratadas pelo direito penal e administrativo. No entanto, há também um cenário ainda pior: os servidores públicos que degradam a estrutura estatal, na maioria das vezes de mãos dadas com o setor privado em atos de corrupção.

Em outras palavras, alguns funcionários públicos – a minoria, isto deve ser sempre frisado – tomam seus cargos apenas como um trampolim para outros fins ilegais, especialmente as práticas corruptas.

Esta realidade também é considerada pelo direito – penal e administrativo –, mas há um fenômeno de natureza cultural que está por trás desse comportamento, que deve ser mudado com a ajuda do *compliance*, atuando junto com as Controladorias.

Importante lembrar que os funcionários de carreira tomam posse depois de fazerem exames bastante rigorosos, pois esta tem sido a melhor maneira de se selecionar os candidatos. Os exames públicos são a forma mais justa de se escolherem os profissionais mais capacitados para aquela determinada função, para que, então, eles prestem serviços públicos de qualidade. Os concursos são, pois, a maneira mais legítima de se escolher alguém, sem a existência de benefícios ilegais.¹⁰

No entanto, um exame bastante competitivo não é, necessariamente, o suficiente para garantir o ingresso apenas de candidatos que atinjam o paradigma ético exigido no setor público. Isto é, o difícil e competitivo exame, embora seja o método

8 CRUZ, Teddy and FORMAN, Fonna. *Public Servants. Art and the Crisis of the Common Good*. Edited by Johanna Burton, Shannon Jackson and Dominic Willsdon. Chapter *Latin America and a New Political Leadership: Experimental Acts of Coexistence*. Massachusetts, USA: The MIT Press, 2016, p. 71.

9 "É uma questão política. Se você não mudar a política, vai acabar fazendo mais ou menos o mesmo... e a possibilidade dessa mudança depende da disposição das pessoas em se envolver. Se você acha que pode fazer o que nós fizemos ou o que algumas pessoas fizeram em outros lugares sem a participação das pessoas, engana-se. Se você tem um compromisso com a sociedade, acho que muitas coisas podem ser feitas" [Tradução nossa]

10 PROCTER, Arthur W.. *Principles of Public Personnel Administration*. London, England: FB&c Ltd, 1921 (reprinted 2015), p. 112.

mais justo para selecionar as pessoas, tem demonstrado não ser eficiente quando o comportamento ético é o quesito (ainda que em relação a uma minoria, insistimos).

Desde o início, quando um jovem é instado a escolher uma carreira a seguir, o verdadeiro significado do bem comum deve já estar integrado em sua mente. Mas, muitas vezes, não está. O problema surge ainda nos ensinamentos fundamental e médio, e permanece com o indivíduo, a menos que algo novo seja trazido à luz.

2. O processo de mudança da cultura organizacional

Colocando os problemas educacionais básicos de lado, já que eles não são objeto do presente artigo, a “cultura organizacional” é o termo essencial para qualquer mudança real e efetiva no setor público, fato que afetará diretamente o setor privado, como uma consequência natural.

Mas o que a cultura organizacional realmente significa?

A cultura é o conjunto de crenças e valores que formam a maneira de pensar e decidir de uma pessoa ou organização. Não é, portanto, uma questão de regulamentações, de normas internas e externas, mas, sim, da maneira como essas normas são valorizadas, interpretadas e, acima de tudo, aceitas. Ela realmente se revela nos atos diários dos membros de uma organização e, especialmente, na racionalização que fazem das decisões que são tomadas.¹¹

Ou seja, a cultura é a expressão do conhecimento acumulado pelas pessoas, de suas crenças e a forma como elas se comportam

no dia a dia, acreditando fazerem o modo correto. Não significa a simples obediência a esta ou a aquela regra. Tem a ver com os valores que o indivíduo carrega.

Edgard Schein e Peter Schein¹² fornecem uma definição interessante da cultura de um grupo:

“The culture of a group can be defined as the accumulated shared learning of that group as it solves its problems of external adaptation and internal integration, which has worked well enough to be considered valid and, therefore, to be taught to new members as the correct way to perceive, think, feel, and behave in relation to those problems. This accumulated learning is a pattern or system of beliefs, values, and behavioral norms that come to be taken for granted as basic assumptions and eventually drop out of awareness. (...) Culture is ultimately a characteristic of a group, just as personality and character are ultimately characteristics of an individual.”

Em outras palavras, a cultura de um grupo pode ser vista como a forma como os problemas foram resolvidos ao longo do tempo em um determinado lugar, de modo que esta forma de agir torna-se, então, um padrão válido e legitimado de crenças e valores.

Neste cenário, o líder do grupo tem uma função significativa e efetiva, pois ele é quem primeiro define o que está errado e o

12 SCHEIN, Edgard H. and SCHEIN, Peter, *Organizational Culture and Leadership*. New Jersey, USA: Wiley, 2017, pp. 6, 127.

“A cultura de um grupo pode ser definida como a aprendizagem compartilhada acumulada daquele grupo à medida que resolve seus problemas de adaptação externa e integração interna, que tem funcionado bem o suficiente para ser considerada válida e, portanto, ser ensinada aos novos membros como a correta maneira de perceber, pensar, sentir e se comportar em relação a esses problemas. Esse aprendizado acumulado é um padrão ou sistema de crenças, valores e normas comportamentais que passam a ser aceitos como pressupostos básicos e, por fim, desaparecem da consciência. (...) A cultura é, em última análise, uma característica de um grupo, assim como a personalidade e o caráter são, em última instância, características de um indivíduo.” [Tradução nossa]

11 MARTINEZ, André Almeida Rodrigues e LIMA, Carlos Fernando dos Santos. *Compliance Bancário. Um Manual Descomplicado*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021, pp. 53-55.

que é certo numa dada organização. Se os outros concordam, seguirão o líder e, em seguida, a cultura será formada.¹³

Os exemplos são muito importantes e o “*tone at the top*” de fato funciona para o bem e para o mal. Mudar a cultura organizacional no setor público não é uma tarefa fácil, pois envolve primeiro os líderes dos três Poderes de uma República.

Tais líderes são os primeiros responsáveis pela mudança da cultura na seara pública. O aprendizado de algo correto ou inadequado será mediado pelo comportamento de liderança.¹⁴

No cenário de fraude e corrupção, os líderes tomam esse papel de destaque, pois podem ser proativos ou negligentes nestes aspectos. Se forem negligentes, a cultura da instituição será principalmente a favor da corrupção ou da fraude, uma vez que não haverá nenhum estímulo legítimo para combater e/ou interromper as tais práticas.

A corrupção e a fraude no setor público brasileiro, como sabido, têm raízes profundas – desde o período colonial –, e a mudança cultural levará tempo. Enquanto a verdadeira vontade das pessoas não for alterada, especialmente através de bons exemplos e educação, a situação provavelmente permanecerá, infelizmente, como ela está hoje.

A mudança da cultura organizacional no setor público pressupõe a valorização da coisa pública. Pressupõe o respeito ao patrimônio público e a compreensão de que o verdadeiro objetivo da máquina estatal é a consecução do bem comum.

E como pode ser mudada a cultura organizacional no setor público? Será que ela só pode ser mudada por meio de escândalos?

13 SCHEIN and SCHEIN também afirmam que, “*an excellent way to define the unique function of leadership is to say that leadership is the management of culture*”. Op. cit., p. 125.

14 Ibidem, p. 14.

De fato, desastres ou escândalos públicos podem forçar alterações na forma como as coisas são feitas dentro de uma organização.¹⁵ Isto é, depois de um escândalo público com grande impacto social, há uma tendência para mudanças no antigo processo em andamento. Mas isso não significa, necessariamente, melhoria da cultura.

Isto significa que haverá mudanças, mas elas só podem ser consideradas uma revolução cultural se o novo padrão, nascido após o escândalo, realmente trouxer soluções diferentes e mais eficazes – sob o ponto de vista ético – para os velhos problemas.

Em outras palavras, escândalos serão considerados uma mudança cultural somente se tais eventos abrirem, com eles, um novo horizonte mais eticamente sadio, para que as questões antigas possam ser resolvidas em novos termos. “*Scandals create the conditions for new practices and values to come into play, but they become new cultural elements only if they produce better results*”¹⁶

No entanto, a cultura não precisa esperar por um grande escândalo, a fim de ser alterada, especialmente no setor público. Pelo contrário, as lideranças do setor público devem ser proativas e estar sempre um passo à frente do novo problema que está por vir. A cultura da ética pública deve ser implementada antes que algum novo desvio de conduta aconteça.

15 Ibidem, p. 247: “*Public scandals force senior executive to examine norms and practices and assumptions that had been taken for granted and had operated out of awareness. Disasters and scandals do not automatically cause culture change, but they are a powerful disconfirming force that cannot be denied and that therefore start some kind of public self-assessment and change program. In the United States, this kind of public reexamination started with respect to the occupational culture of finance through the public scandals involving Enron and various other organizations that have evolved questionable financial practices.*”

16 SCHEIN and SCHEIN. Op. cit., p. 248.

“Os escândalos criam as condições para que novas práticas e valores entrem em ação, mas eles se tornam novos elementos culturais apenas se produzirem melhores resultados”

Outro aspecto importante é que os funcionários públicos devem estar cientes e crer naquilo que estão a fazer para o bem comum. A mudança de cultura não acontecerá em um cenário corrupto se aqueles que trabalham numa instituição pública não começarem a pensar de maneira diferente, guiados por seus respectivos líderes. Convicções dificilmente são transformadas espontaneamente. Deve haver muita educação e disciplina, juntamente com treinamento.

Entretanto, somente a disciplina e a formação não são suficientes, uma vez que, se o agente público não estiver comprometido com a ética, será muito difícil para ele mudar o seu comportamento. Haverá aqueles agentes que estarão abertos a mudanças e aqueles que não estarão. Para os últimos, a única solução são as sanções administrativas e penais.

Podem ser considerados passos importantes para a promoção da mudança da cultura no setor público:

- a) *"Tone at the top"*. Sem o exemplo transparente dos líderes públicos, em todos os níveis, sem comprometimento e sem disciplina, não haverá exemplo a ser dado aos outros servidores/membros. Haverá falta de liderança ética e os demais não receberão a firme indicação da direção correta.
- b) *Regulamentos internos claros e precisos*. Os regulamentos internos, todos baseados em leis administrativas e criminais, devem ser muito claros e precisos para serem bem compreendidos e obedecidos por todos os funcionários públicos. Se os regulamentos internos não forem nem precisos nem facilmente compreensíveis, mais erros e irregularidades poderão ocorrer;
- c) *Recrutamento de pessoas com valores éticos*. Se os recém aprovados funcionários públicos não forem eticamente

qualificados, haverá uma forte tendência para irregularidades, não importa quão boas sejam a lei e a formação acadêmica daqueles que ingressaram;

- d) *Comprometimento*. O comprometimento com a ética deve estar presente o tempo todo durante a vida de trabalho do agente público. Sem seu compromisso genuíno, a cultura organizacional dificilmente será mudada;
- e) *Formação contínua*. Novos conhecimentos devem ser incorporados com frequência, com o propósito de realmente haver diferença na rotina dos servidores/membros;
- f) *Monitoramento*. Cada funcionário público deve ser monitorado e objeto de avaliação. Não importa a sua posição, deve haver um processo de monitoramento de sua produção e respectiva conduta ética.

Sem prejuízo das investigações internas e das eventuais punições, todos estes passos acima indicados devem ser adotados em cadeia, em um movimento dinâmico e constante, uma vez que todos eles estão interligados e interdependentes.

Punição sem leis e regulamentos internos claros e precisos e/ou sem investigação prévia – respeitado o contraditório – seria injusta, e monitoramento sem punição, quando for o caso, seria inútil na transformação da cultura organizacional.

Da mesma forma, seleção de pessoas com valores éticos sem o "tone at the top" seria apenas utopia na mudança do quadro atual, e formação sem compromisso do funcionário público seria desperdício de tempo e dinheiro.

Só quando todas estas medidas começarem a fazer parte da rotina pública é que se pode, então, esperar por alguma mudança de cultura no ambiente. Não é uma tarefa fácil, mas é perfeitamente possível ser

colocada em ação, e, dentro de alguns anos, a cultura será mudada para melhor.

Mas repita-se: nenhum hábito será mudado se os líderes dos Poderes públicos não apoiarem e não derem o exemplo sobre este novo paradigma ético.¹⁷ *Compliance* no setor público sem a real e verdadeira mudança da cultura ainda existente, e/ou sem o suporte das lideranças, não nos será, infelizmente, de todo útil.

Referências

- CRUZ, Teddy and FORMAN, Fonna. *Public Servants. Art and the Crisis of the Common Good*. Edited by Johanna Burton, Shannon Jackson and Dominic Willson. Chapter *Latin America and a New Political Leadership: Experimental Acts of Coexistence*. Massachusetts, USA: The MIT Press, 2016;
- FONE, Martin and YOUNG, Peter C. *Public Sector Risk Management*. Oxford, England: Butterworth-Heinemann, 2001;
- JOHNSON, Craig E. *Organizational Ethics. A practical approach*. 4th edition, Los Angeles, EUA: Sage Publications, 2019;
- MARTINEZ, André Almeida Rodrigues e LIMA, Carlos Fernando dos Santos. *Compliance Bancário. Um Manual Descomplicado*. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021;
- PROCTER, Arthur W.. *Principles of Public Personnel Administration*. London, England: FB&c Ltd, 1921 (reprinted 2015).
- RAMAKRISHNA, Saloni P. *Enterprise Compliance Risk Management*. Singapore: John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd, 2015;
- SCHEIN, Edgard H. and SCHEIN, Peter, *Organizational Culture and Leadership*. New Jersey, USA: Wiley, 2017.
- SINGH, Nitish and BUSSEN, Thomas J. *Compliance Management*. Santa Barbara, California, EUA: Praeger, 2015.

¹⁷ Sobre ética, Kara Bhala afirma que: "*Ethics is a guide to human conduct using reason. An agent chooses the best morally right action in a situation based on reason, in light of the interest of each individual affected by the action. Ethics therefore, is the theoretical basis for compliance programs.*" (apud SINGH, Nitish and BUSSEN, Thomas J. *Compliance Management*. Santa Barbara, California, EUA: Praeger, 2015, p. 16).

A Privatização do Controle Estatal e os Programas de *Compliance* no Combate à Lavagem de Dinheiro

ISABELLA ZAMPINI VENEROSO

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduada em *Compliance* pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Analista de *Compliance* em empresa do setor Alimentício. Atua na elaboração e monitoramento de Programa de *Compliance*, com a estruturação de matriz de risco, produção e gestão de políticas internas, elaboração e desenvolvimento de plano de comunicação, acompanhamento de canal de denúncias, treinamentos e *due diligence* de terceiros. Possui experiência, também, em investigações corporativas de grande porte.



1. Introdução

O crime de lavagem de dinheiro vem, cada vez mais, ocupando as manchetes dos noticiários, dos jornais e se tornando um elemento quase que mandatário no telejornalismo da sociedade moderna. A globalização mundial e a sofisticação no *modus operandi* da prática de atos ilícitos e crimes internacionais são elementos que favorecem a atividade da lavagem de recursos e, diante deste cenário, a comunidade internacional passa a clamar por legislações que alcancem a tipificação específica dessa conduta, além da indicação de mecanismos e controles para prevenção da lavagem de dinheiro.

Neste contexto, um mecanismo de prevenção hoje muito conhecido e utilizado em

território brasileiro e internacional é a previsão expressa do rol de pessoas legalmente obrigadas a reportarem operações suspeitas correlacionadas aos crimes de lavagem de ativos, a partir de uma análise rigorosa e detalhada da atividade de seus clientes, fornecedores, parceiros e, até mesmo, funcionários aos Órgãos de Fiscalização do Estado.

No Brasil, a Lei de prevenção à lavagem de dinheiro – Lei nº 9.613 de 1998, inovou ao indicar um rol taxativo de pessoas obrigadas a reportar operações suspeitas às autoridades competentes. Em 9 de julho de 2012 esse dispositivo legal foi alterado pela

Lei nº 12.683/2012, buscando adaptar a lei nacional e aproximá-la das recomendações internacionais inerentes ao tema.

Dentre uma série de alterações, o novo dispositivo ampliou o rol de pessoas obrigadas, incluindo uma série de profissionais que antes não eram previstos no antigo texto legal, ampliando as possibilidades de delegação do controle estatal para particulares.

O presente artigo busca explorar como programas de *Compliance* passam a ocupar papel fundamental para que entidades particulares obrigadas legalmente cumpram com as obrigações inerentes à prevenção à lavagem de dinheiro.

2. Macrocriminalidade Moderna

Em um mundo cada vez mais globalizado, as barreiras geográficas antes conhecidas passam a se tornar cada vez mais tênues e, como consequência, passamos a conhecer uma realidade em que indivíduos de todas as partes do mundo passam a se relacionar de maneira particular, incluindo a forma com que esses sujeitos passam a se comportar com relação a seus recursos.

Nessa nova realidade, o plano de fundo do Direito Penal passou a ter que se adaptar a este contexto para acompanhar as novas tendências de condutas praticadas pelos sujeitos que habitam este novo cenário e, com isso, novas tipificações passaram a fazer parte do mundo jurídico internacional, condutas hoje conhecidas como “crimes do colarinho branco”.

A criminalidade “de rua”, que conta com práticas violentas, muitas vezes relacionadas à condutas que ferem o direito à vida e a própria integridade física do sujeito passivo dessas ações, como roubo, sequestro e homicídios, passou a dar lugar para

a macrocriminalidade, que, por sua vez, abrange condutas mais silenciosas, mas igualmente danosas, chamados de crimes financeiros, como a lavagem de dinheiro e a corrupção.

A macrocriminalidade perfura a sociedade de forma abrupta, uma vez que pode, muitas vezes, ser seguida pela impunidade, visto que seus executores se camuflam como grandes empresários e figuras imponentes do Estado, os quais utilizam de atividades lícitas para multiplicarem seus recursos provenientes de fontes ilícitas e, quando investigados, são servidos dos melhores advogados que o mercado pode oferecer.

Por essa razão, o controle punitivo da sociedade, que vem ampliando o espectro de incidência do Direito Penal, buscou algumas soluções para trabalhar com essa criminalidade moderna, o que inclui a recorrência aos crimes de perigo abstrato, a hiper criminalização, a adoção e utilização de normas penais em branco – principalmente na área de sistema financeiro com a regulamentação de legislação complementar ao incremento das normas do Banco Central – e a responsabilização penal das pessoas jurídicas, no que tange ao Brasil, aos crimes aplicados contra o meio ambiente.

Diante de um cenário de tantas incertezas e mudanças, o Estado, figura que detém controle sob a ordem da sociedade moderna, passa a se utilizar do setor privado, designando o dever de manutenção da ordem, também, ao particular.

Ou seja, o Estado passa a atribuir algumas de suas obrigações de controle à Instituições Privadas para que estas o auxiliem no monitoramento e controle da sociedade, vinculando-as ao reporte mandatário aos Órgãos de Controle – Estado – de qualquer situação suspeita que possa contribuir para a prática de crimes diretamente vinculados à macrocriminalização penal, ou seja,

crimes financeiros. Desta forma, o Estado se socorre do Direito Penal para tipificação das condutas em seu normativo legal, mas, diante da complexidade do tema, passa, também, a criar obrigações para o particular, privatizando o controle de potenciais condutas criminosas.

3. Pessoas Obrigadas na Lei nº 9.613/98

Diante a tendência de privatização do Estado no que diz respeito aos controles correlacionados aos crimes financeiros, a legislação brasileira passou a acompanhar essa conjuntura e refletir suas consequências, passando a obrigar as pessoas que, em função de sua atuação no mercado financeiro, empresarial e negocial, possuísem informações relevantes, a fornecê-las ao órgão encarregado de verificação, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras –, que passa a investigar a situação detalhadamente.

Neste sentido, quando promulgada, a Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998, doravante Lei de Lavagem de Dinheiro, passou a atribuir à Instituições Privadas o dever de reporte de informações relevantes aos Órgãos de Controle do Estado, dessa forma, colaborando com o sistema de inteligência financeira e atribuindo a responsabilidade administrativa das atividades setorizadas ao próprio setor privado.

O artigo legal que passa a especificar as pessoas, físicas ou jurídicas, obrigadas ao dever de informação é o art. 9º e suas respectivas obrigações podem ser encontradas nos artigos 10 e 11 do mesmo dispositivo legal.

Essa atribuição foi realizada a partir da previsão taxativa legal de um rol de pessoas obrigadas, na qual uma série de pessoas e entidades foram vinculadas à eventuais responsabilizações no caso de falha na

comunicação estipulada. Neste sentido, toda operação suspeita passa ser mandatoriamente reportada diretamente ao COAF, que por sua vez, analisa as informações recebidas, investiga a existência ou não do crime de lavagem de recursos e, em caso positivo, comunica às autoridades competentes.

Caso a pessoa obrigada não forneça as informações necessárias, ou se o fizer sem que sejam observadas as exigências legais, ela enfrentará severas penalidades, que podem alcançar, inclusive, multas multimilionárias ou até o encerramento das atividades da empresa.

3.1 Alterações trazidas pela Lei nº 12.683/12

Após 14 anos do primeiro normativo jurídico brasileiro que trata especificamente do crime de Lavagem de Dinheiro integrar a legislação brasileira, a Lei 12.683 de 9 de julho de 2012 foi promulgada alterando uma série de dispositivos, antes contemplados pela lei anterior, atualizando e trazendo à realidade e ao contexto moderno a legislação sobre o tema em uma série de aspectos relevantes.

Dentre tantas inovações, o tema de estudo do presente artigo, o rol de sujeitos obrigados, também sofreu grandes alterações legislativas, sendo a principal delas, a ampliação de seu rol, trazendo a obrigação de reporte, também, à todas as pessoas que trabalham com as atividades listadas no art. 9º, passando a alcançar, assim, doleiros, empresários que negociam direitos de atletas e comerciantes de artigos de luxo, por exemplo.

Neste sentido, a nova Lei inovou ao atualizar a redação de três incisos legais, quais sejam: inciso I, X e XII, objetivando justamente a abrangência de mais pessoas sujeitas às obrigações e, além disso, acrescentou 6 novos dispositivos, os quais são responsáveis por indicar novas hipóteses

em que pessoas físicas e/ou jurídicas estão obrigadas à prestar as informações de que tratam os artigos 10 e 11 da respectiva Lei.

Diante de alterações legais tão relevantes, fator este aliado ao cada vez maior número de entidades e pessoas físicas vinculadas à responsabilização decorrente de obrigações legais, um elemento passa ser cada vez mais requisitado dentro das estruturas empresariais do mercado, uma vez que passa a ser o responsável pela detecção de qualquer inconformidade e pela análise direta de riscos de terceiros: os programas de *Compliance*.

4. Programas de *Compliance*

Frente à seus muitos mecanismos de controle e prevenção, os programas de *Compliance* foram inaugurados na sociedade brasileira grande parte em decorrência da necessidade do mercado regulado por controles internos e análise de riscos, particularidades estas que contribuem, e muito, com os deveres e obrigações das pessoas obrigadas antes pela Lei 9.613/98 e, agora, pela Lei 12.683/12.

Com a crescente privatização do controle Estatal alavancando de forma exponencial a responsabilidade do setor privado, o mesmo buscou de, forma urgente, se assegurar que seus controles internos seriam eficazes o suficiente para não apenas identificarem, mas prevenir e mitigarem qualquer risco aos quais seu negócio estaria exposto, possibilitando, portanto, o cumprimento de sua obrigação de reporte aos Órgãos Fiscalizadores e tornando sua atividade verdadeiramente aderente às melhores práticas de integridade e ética.

As estruturas de controles internos de um programa de *Compliance* muito se adaptam às formas específicas de prevenção utilizadas para cada realidade negocial,

mas, muitas delas possuem pontos de intersecção importantes para garantirem a observância de aspectos inerentes à um programa de *Compliance* eficaz.

Em mercados regulados e obrigados é indispensável que haja investimento contínuo na capacitação continuada dos profissionais que irão compor a área de *Compliance* para que os controles utilizados por esses profissionais transmitam efetivamente a segurança necessária para que a atividade em questão seja desenvolvida de forma correta.

Neste contexto, a criação de um cultura ética, com o fomento de normativos internos que preveem a adoção das melhores práticas de integridade por meio de um Código de Ética e Conduta e de políticas de *Compliance* que compreendem as condutas a serem adotadas por seus colaboradores em situações de risco, bem como a intensa capacitação de todos os seus colaboradores para que todos tenham ciência das normativas internas da Companhia e um respectivo Canal de Denúncias que seja disponibilizado para reporte de qualquer situação não conforme, são de absoluta imprescindibilidade.

Além disso, a fim de que os procedimentos de identificação e o monitoramento de atividades suspeitas pelas entidades obrigadas seja eficiente, a forma com que essa entidade se relaciona com seus terceiros é um grande ponto de atenção. Por essa razão, também cabe ao programa de *Compliance* da Instituição desenhar um procedimento de *Due Diligence* que possua musculatura e rigidez suficientes para que todos os clientes, parceiros, contratados e, até mesmo, funcionários daquela instituição sejam expostos à controles periodicamente revisados e aperfeiçoados.

Desta forma, todas as partes relacionadas ao negócio daquela empresa serão verdadeiramente conhecidas e qualquer transação que tenha como plano de fundo

uma fonte de recursos desconhecida, o envolvimento com uma pessoa politicamente exposta (PEP) ou uma entidade ou pessoa sujeita à sanção, seja nacional ou internacional, seja identificada e prontamente notificada ao Órgão Fiscalizador Competente.

5. Conclusão

A intensa privatização do controle do Estado em temas relacionados à lavagem de recursos financeiros para entidades privadas atribuí ao setor privado uma série de obrigações que, caso não cumpridas, podem vir a prejudicar sua atividade de forma substancial e, em alguns casos, permanentemente.

A figura de pessoas obrigadas legalmente, por sua vez, segue a tendência legislativa mais conservadora, incorporando cada vez mais representantes da sociedade moderna buscando a prevenção de ilícitos penais.

Nesse cenário, a adoção de controles internos se torna imprescindível para que tais instituições possam desenvolver suas atividades e, ao mesmo tempo, estarem aderentes à suas obrigações decorrentes de Lei.

Por tudo isso, a adoção de um programa de *Compliance* por meio de uma política de governança estratégica permite que as pessoas obrigadas por lei criem e estabeleçam políticas e procedimentos que

efetivamente incorporem os requerimentos legais relativos ao tema de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, construam uma estrutura robusta o suficiente para identificarem seus riscos e assimilarem como responde-los, desenhem e incorporem uma cultura que fomenta o engajamento dos profissionais daquela empresa e monitorem continuamente assuntos relativos ao tema lavagem de dinheiro, permitindo o gerenciamento e pronto reporte de suas obrigações junto aos Órgão Fiscalizadores.

Referências

BRASIL. *Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998.*

BRASIL. *Lei n.º 12.683 de 9 de julho de 2012.*

<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/lavagemdinheiro> – acesso em 29/05/2021, às 10h16.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo H. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico.* Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo. "Alterações na legislação de combate à lavagem de dinheiro: primeiras impressões." *Boletim IBCCRIM.* São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, ago./2012.

PRICEWATERHOUSE COOPERS LLP (2003): *Anti-money laundering current customer review cost benefit analysis.*

Programa de Integridade na Lei de Licitações e Contratos Administrativos



JULIO CESAR CHAVES COCOLICHIO

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Com extensões acadêmicas em “Obras Públicas de Edificação e Saneamento”, “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. Coordenados da área de Direito Público consultivo e contencioso do WFaria Advogados.



MIGUEL DE ALMEIDA VASCONCELLOS

Advogado especialista em Direito Público, com experiência em consultivo e contencioso administrativo, com ênfase em licitações e contratos públicos, atua em todas fases do processo licitatório e execução contratual, bem como em litígios daí decorrentes.



HÍTALO SILVA

Advogado sênior da área de *Compliance* do WFaria Advogados. Formado em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e Mestre em Direito Norte-Americano (LL.M.) com ênfase em International Business Transactions pela University of Missouri-Kansas City (UMKC) School of Law. Hítalo também tem especialização em sistemas jurídicos contemporâneos pela Universidad Complutense de Madrid – UCM.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conhecida como nova lei de licitações e contratos administrativos ("LLCA") irá passar a ser obrigatória para todas as contratações públicas apenas partir de 01/04/2023, oportunidade em que estarão revogadas a Lei do Pregão, Lei do RDC e a Lei de licitações.

Uma das grandes diferenças entre a lei e outra é que a nova lei passa a ser o marco legal de contratações públicas no País reunindo num diploma só as regras antes contempladas pela Lei nº 8.666/1993, Lei do Pregão e Lei do RDC.

Outra grande diferença que merece destaque é de que a LLCA trouxe expressamente o programa de integridade em 4 (quatro) passagens do texto legal, as quais trataremos adiante.

Fomento do *Compliance* no País: para quem?

A LLCA colocou fim na discussão doutrinária sobre a necessidade de existir na lei de contratações públicas uma previsão expressa obrigando os contratados a terem um programa de integridade.

Segundo o art. 25, §4º, da LLCA:

"nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento".

Como visto, a implementação de um Programa de Integridade passa a ser obrigatório em toda e qualquer contratação de grande vulto, que, no dizer da lei, são aquelas contratações que ultrapassem o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de

reais). Em outras palavras, tal regra que será aplicada apenas para poucos contratados e, provavelmente, apenas para contratos de grandes obras e de serviços com uso intensivo de mão-de-obra.

Não se tem dúvidas de que em contratos dessa envergadura um programa de integridade é bastante conveniente, especialmente diante do histórico em nosso País de atos lesivos à Administração Pública revelados em contratos de grande expressão econômica.

Questiona-se apenas qual teria sido o critério definidor para se eleger o valor do contrato passível de uma implementação de um programa de integridade próprio. Por que duzentos milhões de reais e não cem milhões de reais, como já se fez constar inclusive no projeto de lei, ou de qualquer outro valor? Não temos essa resposta.

Na falta de um estudo do interesse e da conveniência da fixação de piso tão elevado para exigência de implementação de programa de integridade cogita-se que a nova legislação buscou harmonizar essa nova obrigatoriedade legal ao Princípio Administrativo da Competitividade, afinal baixar essa régua de valor para alguém do necessário (cujo valor não sabemos quanto é) encareceria as compras públicas e alijaria empresas menores da disputa.

Critério de desempate

A solução encontrada pelo legislativo para tentar harmonizar essa aparente dicotomia foi transformar a existência de um Programa de Integridade como um dos critérios de desempate para as contratações. A inovação é bem vista, mas talvez de pouca utilidade. Isso porque o programa de integridade é o quarto critério de desempate a ser aplicado na disputa da contratação mais vantajosa para a Administração. Confira-se:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I – disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II – avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III – desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV – desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.
(grifos nossos)

Fator de redução na aplicação de penalidades

Quanto à possibilidade da atenuação de sanções impostas, a nova legislação beira uma paráfrase da Lei 12.846/13, senão fosse por uma única omissão, a Lei anticorrupção exige que se prove a efetividade do programa de integridade da empresa, o que não foi objeto de análise do legislador no caso da Nova Lei de Licitações.

A nova lei é lacunosa nesse ponto, exigindo apenas no art. 157, §1º, V, da LLCA que a implantação ou de aperfeiçoamento de programa de integridade são elementos que podem afastar a imputação de responsabilidade pelo licitante / contratado, assim como atenuar ou agravá-la.

Resta-nos torcer para que seja apenas uma falha na técnica legislativa, e não um sinal da fragilidade do poder de fiscalização da Administração Pública, que estaria assumindo sua incapacidade de fiscalizar a eficácia dos Programas de Integridade

apresentado pelas empresas penalizadas e passando a admitir a apresentação de programas de integridade apenas no papel.

Aperfeiçoamento do programa como condição de reabilitação de pena de inidoneidade

Já no que diz respeito a implantação ou aperfeiçoamento dos Programas de Integridade, como condição de reabilitação de Licitantes, temos uma inovação legislativa louvável. Vemos uma demonstração de que muito mais do que punir a corrupção, o legislador pretende fomentar uma cultura de conformidade, buscando não apenas sancionar as empresas infratoras, mas reeducar seus colaboradores.

O que muda nas legislações de Estados, Distrito Federal e Municípios que exigem programas de integridade em hipóteses distintas da regra da LLCA?

Por ser a LLCA norma geral de licitação, entendemos que as normas dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) relativas à implementação de programas de integridade nas contratações públicas devem se adequar à nova norma geral de licitações, sob pena de existirem aplicações de penalidades sem uma padronização e em contrariedade ao que deseja a LLCA.

Muda algo nos controles de integridade feitos pelas Estatais?

Não. A LLCA tem previsão expressa no seu art. 1º, §1º, no sentido de que não são abrangidas pela nova lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

É dizer, a nova legislação de contratações públicas em nada altera os regulamentos de licitações e contratos de cada Estatal, tampouco sua sujeição ao regime jurídico do Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

A nosso ver, essa limitação foi muito bem posta, permitindo a cada Estatal tratar o tema a exigência do programa de integridade como bem lhe aprouver nos seus Regulamentos de Licitações e Contratos.

Veja-se que, a despeito de a LLCA ainda pender de regulamento nessa particularidade, esse corte feito pela legislação foi muito importante, permitindo que as Estatais prossigam com a exigência específicas para sua finalidade. Cite-se, por exemplo, o bem-sucedido programa da Petrobrás que criaram as regras de Due Diligence de Integridade (“DDI”) e o Grau de Risco de Integridade (“GRI”).

Conclusão

Indiscutivelmente, as novidades trazidas pela nova legislação não são a salvação da lavoura, tampouco a solução para a erradicação da corrupção tupiniquim, mas aplicadas efetivamente e com a devida fiscalização, com certeza contribuirão para o fomento da Integridade como o “novo normal” brasileiro.

O combate à corrupção na Agenda 2030 da ONU



RENATA WELINSKI DA SILVA SEABRA

Diretora executiva com 20 anos de experiência trabalhando com estratégia de sustentabilidade corporativa em multinacionais dos setores químico e de energia, bem como com outros setores empresariais e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), liderando secretariado do Pacto Global Brasil, composto por mais de 700 organizações por três anos. Atua na elaboração de estratégias de desenvolvimento sustentável junto ao público interno (gerenciamento de risco/redução de custo/criação de valor) and externamente (relações com partes interessadas e desenvolvimento de parcerias institucionais). Atuação na UNESCO como consultora para o desenvolvimento de parcerias multisetoriais em projetos educacionais

Introdução

Em setembro de 2015, a Organização das Nações Unidas lançou a Resolução A/Res/70/1 Transformando o nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (United Nations, 2015), doravante Agenda 2030, com o intuito de ampliar o escopo dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) (ODM Brasil, 2021), os quais vigoraram no período de 2000 a 2015, abrangendo oito objetivos específicos de direitos humanos, tais como: acabar

com a fome e a miséria, oferecer educação básica de qualidade para todos, promover a igualdade entre os sexos e valorização da mulher, reduzir a mortalidade infantil, melhorar a saúde das gestantes, combater a AIDS, a malária e outras doenças, garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente e estabelecer parceria para o desenvolvimento.

O documento “O Futuro que Queremos”, constante na Declaração final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (2012) (United Nations, 2021), reconhecendo a efetividade da definição de metas evidenciada pela implementação dos ODM, lançou um amplo processo intergovernamental, envolvendo consultas globais à sociedade

civil, setor privado e outras partes interessadas para a formulação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais entrariam em vigor em 2015, com término para sua implementação em 2030. Neste processo de consulta global, o tema “Governo responsivo e honesto”, incluso na pesquisa realizada por meio da plataforma UN My World Survey recebeu 4 milhões de votos, sendo o terceiro tema prioritário a ser endereçado pela Agenda 2030, logo após “boa educação” e “melhor sistema de saúde” (United Nations Development Program, 2014).

A Agenda 2030, composta por 17 objetivos e 169 metas, apresenta, além de objetivos semelhantes e complementares aos temas endereçados pelos ODM, metas que integram as dimensões social, econômica e ambiental, incluindo o combate à corrupção.

Desta forma, o presente artigo abordará a definição e classificação dos tipos de corrupção definidas pela ONU; como a Agenda 2030 endereça o combate à corrupção no âmbito de sua resolução e do ODS 16, um objetivo que visa a promoção da boa governança; suas interconexões com os ODS de Direitos Humanos, identificando-se potenciais conflitos e sinergias e os impactos negativos de ampla escala da corrupção.

Definição e classificação dos tipos da corrupção pela ONU

A dificuldade para a adoção de uma definição para o termo corrupção reside na variação de legislações e instituições, bem como de fatores culturais.

Práticas que violam a integridade podem ser identificadas não somente na sociedade atual, como também na sociedade

rusa do século XIX, retratada na literatura russa representada por Nikolai Gógol em suas obras *Almas Mortas* (1842) e *O Inspetor Geral* (1836), as quais retratam práticas de corrupção e suborno, consideradas comuns.

As definições tradicionais de corrupção baseiam-se na adoção de padrões de integridade, os quais detalham os desvios de atendimento a uma norma. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (1996), a qual passou a vigorar em 2003, tem como finalidade a promoção e o fortalecimento de medidas para prevenir e combater a corrupção, a promoção de facilitação e cooperação internacional e assistência técnica na prevenção e combate à corrupção, incluindo a recuperação de ativos e a promoção da integridade, da obrigatoriedade de prestação de contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, incluindo uma série de práticas de corrupção, mas não tipifica o que é corrupção (Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime, 2021, p. 6). A convenção, no entanto, prevê importantes disposições quanto à definição de medidas preventivas, penalização e aplicação da lei (em caso de subornos, enriquecimento ilícito, embargo preventivo, proteção a testemunhas e aos denunciantes, responsabilidade das pessoas jurídicas, dentre outros), cooperação internacional, recuperação de ativos, assistência técnica e intercâmbio de informações e mecanismos de aplicação. Sobre este aspecto, uma definição amplamente aceita foi adotada em documento publicado pelo PNUD em 1998, que define corrupção como “o abuso de poder para ganhos privados” (United Nations Development Program, 2008, p. 7).

Em termos gerais, a corrupção pode ser classificada por nível e por esfera, conforme pode ser evidenciado na tabela a seguir:

Tabela 1: Algumas classificações comuns de corrupção:

Por nível
<ul style="list-style-type: none">• Grande corrupção: perpetrada nos altos níveis governamentais, envolvendo usualmente suborno ou propina de grandes somas de dinheiro ou outros bens, causando perdas significativas.• Pequena corrupção: corrupção rotineira que acontece entre contatos de níveis mais baixos envolvendo cidadãos, negócios e oficiais governamentais, ocorrendo geralmente quando cidadãos tentam acessar serviços ou bens públicos.
Por esfera
<ul style="list-style-type: none">• Corrupção política: abuso de poder para ganho privado, para manutenção ou aumento de poder, para enriquecimento pessoal ou de ambos.• Corrupção burocrática: na qual algo é dado em troca do fornecimento de um bem público ou serviço.

Fonte: (United Nations, 2019, p. 41)

Há ainda a corrupção institucional, a qual caracteriza-se pelo recebimento de ganho político de um membro ao invés de um ganho pessoal, sendo que o serviço provido pelo membro é impróprio proceduralmente e a conexão entre o ganho e o serviço tem a tendência de prejudicar a legislatura ou o processo democrático. Em casos de corrupção sistêmica, esta torna-se parte do jogo e não um desvio isolado, sendo uma prática institucional ou social comum e menos que uma soma de atos de corrupção individuais (United Nations, 2019, p. 41).

A corrupção pode ser considerada como um problema causado por um agente principal, no qual as medidas anticorrupção visam a eliminação de oportunidades para que ocorram ou o aumento da probabilidade que o agente corrupto seja descoberto e punido. Outra abordagem é a visão sobre a corrupção como um problema de ação coletiva e, neste caso, o combate deve ser direcionado à criação de ambientes livres de corrupção e na promoção de bens comuns. Há, ainda, a corrupção como solucionadora de problemas, atuando, sob certas circunstâncias, como uma solução para coordenar a resolução de problemas quando outras possíveis alternativas não funcionam, como na falha ou inexistência

de instituições ou perante a ausência de confiança (United Nations, 2019, p. 41).

Mediante o contexto acima, discutir-se-á a inserção do combate à corrupção na Agenda 2030.

O combate à corrupção na Agenda 2030: visão geral

A Agenda 2030 contemplou o combate à corrupção no ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes – Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, no âmbito da meta 16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas. O Brasil adaptou esta meta para: Reduzir substancialmente a sonegação fiscal, a corrupção e o suborno em todas as suas formas e estabeleceu dois indicadores de acompanhamento: 16.5.1 Proporção de pessoas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que pagaram um suborno ou a quem foi pedido um suborno por funcionários públicos, nos últimos 12 meses e o indicador 16.5.2 – Proporção de empresas que tiveram pelo menos um contato com um funcionário público e que pagaram um suborno ou a quem foi pedido um suborno por funcionários públicos, nos últimos 12 meses (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicada, 2019).

É preciso salientar que textualmente na Agenda 2030, o termo corrupção aparece apenas duas vezes, o que não diminui a importância do combate à corrupção na resolução, conforme pode ser evidenciado no parágrafo 35, constante no item “A nova Agenda”, no qual a corrupção é considerada um fator que suscita a violência, a insegurança e a injustiça.

Não obstante, no parágrafo 9, inserido no item “Nossa visão”, a resolução afirma que adicionalmente à democracia e ao Estado de Direito, a boa governança propicia um ambiente em níveis nacional e internacional essenciais para o desenvolvimento sustentável, incluindo o crescimento econômico sustentado e inclusivo, o desenvolvimento social, a proteção ambiental e a erradicação da pobreza e da fome (United Nations, 2015, p. 35).

Analisando-se o conteúdo da Agenda 2030, identificam-se princípios associados aos riscos de redução de riscos de corrupção, tais quais: transparência nas informações e participação, considerando interesses sociais e ações coletivas, as quais contribuem para a responsabilização; integridade, tanto pessoal e corporativa e, por fim, o princípio da inclusão, por meio da não discriminação.

Os esforços visando ao aumento da transparência, responsabilização e participação reduzem o risco de corrupção e melhoram a governança, assim como ações relacionadas à integridade, as quais promovam o bom comportamento e a inclusão, atuam diretamente na redução de oportunidades para pessoas que procurem ganhar recursos financeiros mediante a captura de recursos públicos ou instituições por grupos privados ou atores específicos. Vale ressaltar que juntamente com a promoção de medidas de transparência e integridade, devem ser implementados mecanismos que possam desencadear e manter o fluxo de informações atualizados e disponíveis a todas as partes interessadas envolvidas no processo, bem como devem ser estabelecidos canais para monitoramento e responsabilização.

As interconexões da meta de combate à corrupção com os objetivos de desenvolvimento sustentável de Direitos Humanos

A Agenda 2030 apresenta 17 objetivos, os quais podem ser classificados em 5 Os, definidos em seu teor: Pessoas (ODS 1 ao 6, os quais endereçam os temas relacionados com os direitos humanos fundamentais que permitem que as pessoas tenham uma vida digna;), Prosperidade (ODS 7 ao 10, os quais referem-se às condições necessárias para que os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e plena e para que o progresso econômico, social e tecnológico se produza em harmonia com o meio ambiente), Planeta (ODS 11 ao 15, que tratam temas que buscam a proteção do planeta, promovendo a gestão sustentável dos recursos e combater a mudança climática), Paz (ODS 16, o qual a promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas que sejam livres do terrorismo, da corrupção e da violência) e Parcerias (ODS 17, que tem o objetivo de mobilizar os meios necessários para implementar a Agenda mediante uma Aliança Mundial para o Desenvolvimento Sustentável revitalizada, que se baseie em um espírito de maior solidariedade mundial).

O combate à corrupção e a proteção dos direitos humanos estão intrinsecamente relacionados, haja vista que a efetivação do direito a uma sociedade livre de corrupção coaduna com o direito à vida, à dignidade (ODS 1 – erradicação da pobreza, ODS 2 – acesso à alimentação, ODS 3 – acesso à saúde, ODS 4 – acesso à educação, ODS 5 – igualdade de gênero, ODS 6 – acesso à água e saneamento básico e ODS 8 – inclusão econômica) e igualdade (ODS 10 – redução da desigualdade) e outros direitos e valores que dependem de ações

governamentais que visem ao combate à corrupção e à promoção e proteção dos direitos humanos. A corrupção cria discriminação ao não prover acesso aos serviços públicos em favor de pessoas que possam influenciar autoridades em prol de seus interesses privados. Da mesma forma, sistemas judiciais corruptos (ODS 16-promoção de instituições eficazes) violam o direito à igualdade de todos perante a Declaração Universal de Direitos Humanos e outras convenções de Direito Internacional de Direitos Humanos. Vale ressaltar que a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) (United Nations, 2020), estabelece que o direito ao desenvolvimento – abrangidos pelos ODS 8 ao 10 – é um direito humano inalienável, considerando que toda pessoa tem o direito a participar e usufruir do desenvolvimento econômico, social, cultural e político (United Nations Development Program, 2008, p. 18).

A corrupção, ao gerar a redução do crescimento econômico (ODS 8), contribuir para o aumento da desigualdade nos países (ODS 10), reduzir a capacidade governamental de atender às necessidades da população, como o acesso à água (ODS 6), saúde (ODS 3), educação (ODS 4), ao sistema jurídico (ODS 16), dentre outros, contribui para a manutenção e aumento da pobreza pela evasão fiscal que onera e prejudica a capacidade de investimento do Estado na promoção do bem-estar social e para o fomento à tecnologia e à inovação (ODS 9), sendo estes parâmetros essenciais para o desenvolvimento econômico e à redução da dependência tecnológica.

O estudo da Transparência Internacional de 2006 demonstra o impacto de contratos ganhos por meio de práticas de corrupção nos direitos humanos, tais como: contratos de exploração de madeira, compra ilegal de produtos comercializados, os quais acarretam degradação ambiental, erosão de receitas, exploração de trabalho e erosão

da sustentabilidade das comunidades, ressaltando ainda que a violação do direito da liberdade de expressão pela autocensura da imprensa obtida por meio de práticas de corrupção, exemplifica a corrupção dos sistemas políticos. (United Nations Development Program, 2008, p. 19).

A relação entre corrupção e igualdade de gênero (ODS 5) é evidenciada em países menos desenvolvidos à medida que as mulheres pobres são afetadas mais severamente também devido aos valores culturais, como no caso de situações de escassez hídrica e na privação do controle de recursos produtivos como terra, crédito e educação (United Nations Development Program, 2008, p. 19).

Os impactos negativos de ampla escala da corrupção

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, estima-se que 148 bilhões de dólares por ano são perdidos por países africanos devido à corrupção e quase 1 trilhão de dólares por ano são utilizados como suborno globalmente (United Nations Development Program, 2014, p. 12), sendo que este número equivale ao PIB de países como o México (1,040 trilhão de dólares) e Indonésia (1,089 trilhão de dólares e não muito distante do PIB do Brasil (1,364), a oitava economia global (em paridade de poder de compra) (Dicionário Financeiro, 2020).

Embora o impacto da corrupção em países menos desenvolvidos seja mais evidente, o combate à corrupção é uma preocupação global, pois também afeta países ricos¹, contribuindo com a falência do Estado, apresentando-se como um

¹ Um exemplo é caso de fraudes contábeis e fiscais envolvendo a empresa norte-americana de energia Enron, o qual envolveu a empresa Arthur Andersen em 2001.

desafio para a manutenção da democracia e como uma falha das instituições e dos mecanismos de verificação sociais, judiciais, políticos e econômicos, bem como dos equilíbrios necessários em garantir a governabilidade (United Nations Development Program, 2008, p. 5) e para garantir o Estado de Direito. Quando estes mecanismos se encontram enfraquecidos devido à corrupção, dificulta-se a implementação e aplicação de legislações e políticas que assegurem a transparência e a responsabilização por atos de corrupção. E, conseqüentemente, amplia-se o espaço para a ocorrência de violação de direitos humanos básicos ao desenvolvimento pelo aumento da pobreza, prejudicando o crescimento e econômico e aumentando a desigualdade por meio do aumento do preço dos serviços públicos, juntamente com a queda da qualidade destes serviços (United Nations Development Program, 2008, p. 5).

Relatórios da organização Global Witness demonstram que países ricos em recursos naturais, como petróleo e gás natural, são particularmente propícios à corrupção e à facilitação do enriquecimento ilícito das elites, por meio da violação de regulamentações sobre o uso de recursos naturais (United Nations Development Program, 2008, p. 11).

Conclusão

O presente artigo demonstrou que a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas considera o combate à corrupção como essencial para o atingimento do desenvolvimento sustentável, considerando-se seus impactos transversais em vários ODS, incluindo a proteção ao meio ambiente.

O combate à corrupção, em diversas formas, pontual ou sistêmica, por nível – grande ou pequena ou por esfera – política

ou burocrática, demanda esforços contínuos, seja no fortalecimento das instituições e mecanismos de inibição, seja pela promoção e valorização e proteção de valores morais pessoais, os quais traduzir-se-ão em mudança de comportamento.

Não se trata apenas da gestão efetiva das receitas oriundas dos impostos e dos recursos oriundos de investimentos, mas da implementação de mecanismos apropriados que garantam a boa governança, com transparência e responsabilização por meio do estabelecimento de instituições eficazes que garantam a segurança jurídica e o acesso aos serviços públicos de qualidade ao longo do tempo.

Referências

- Dicionário Financeiro. **As maiores economias do mundo**. Disponível em: <https://www.dicionariofinanceiro.com/maiores-economias-do-mundo/>. Acesso em 29.mar.2021.
- Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime. **Convenção das Nações Unidas contra Drogas e Crime**. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 19.mar.21
- Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicada. **ODS16**. 2019. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>. Acesso em: 29.03.21.
- Nikolai Gógol. (2020). **Almas Mortas**. São Paulo: Editora 34, 2020.
- _____. **O Inspetor Geral**. São Paulo: FTD, 2003.
- ODM Brasil. **O Brasil e os ODM**. Disponível em: http://www.odmbrasil.gov.br/o-brasil-e-os-odm?TSPD_101_R0=2b3c107a00efe36f46a223be4907e0c7yl30000000000000000000000000000000000006054b07d00c3728fea08282a9212ab200071ab2e46bf3581685-8c3214186cf693965e48eeb93caf1073c-db6c6e6995da560862aead. Acesso em: 19.mar.21.

Organização das Nações Unidas. **Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável**, 1992. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/clientes/rio20/rio20/documentos/documentos-da-conferencia.html?TSPD_101_R0=aa37b9932971e7d26476d505f98d4494sPy0000000000000000d5e63eb1ffff0000000000000000000000000000606307c3003f78e33308282a9212ab200065ad764db830c2fe59b08abb6072a1b. Acesso em: 28.mar.21.

United Nations. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**. New York, 2015. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 30.mar.2021.

_____. **Corruption and Development Anti-Corruption Interventions for poverty reduction, realization of the MDGs and Promoting Sustainable**

Development. UNDP. New York, 2008. Disponível em: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/anti-corruption/corruption.html>. Acesso em: 29.mar.2021.

_____. **Discussion Paper Building Transparency, Accountability and Anti-Corruption into the Post-2015 Development Framework**. New York, 2014.

_____. United Nations Development Program. **UNDP Global Anti-corruption initiative (gain) 2014-2017**. New York, 2014.

United Nations. **World Public Report**. New York: United Nations, 2019.

Universidade de São Paulo. (2020, 3 30). **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**, 1986. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 30.mar.2021.

Pessoas jurídicas e *compliance*: breve análise dos incentivos dos sistemas do Brasil e da Espanha

RENATO MACHADO DE SOUZA

Formou em direito em 2003 na Ufes, e é doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, na Espanha, com Prêmio Extraordinário. Fez mestrado em Estratégias Anticorrupção pela mesma universidade e também é mestre em Direito Internacional pela Universidade de Stetson, nos Estados Unidos. É pesquisador e professor nas áreas de *compliance*, corrupção e responsabilidade de pessoas jurídicas, tendo participado de palestras e publicado artigos e capítulos de livros sobre esses temas, no Brasil e no exterior. Renato trabalha para o governo brasileiro, na Controladoria-Geral da União, tendo ocupado vários cargos no governo federal desde 2005, como Corregedor-Adjunto da Área Social, Assessor do Ministro e Corregedor Setorial do Ministério da Saúde. Atualmente é Diretor de Acordos de Leniência, da Secretaria de Combate à Corrupção da CGU.



I. Introdução

Tanto na Espanha quanto no Brasil, assim como em outros países, diversas mudanças no sistema jurídico permitiram que as empresas fossem responsabilizadas por sua participação na prática de determinados crimes. Na Espanha, após duas reformas no Código Penal, em 2010 e em 2015, foi adotada a responsabilidade penal das empresas, enquanto no Brasil, por meio da Lei 12.846/2013, foi implementado um novo paradigma de responsabilidade das pessoas jurídicas por pressupostos de corrupção nacional e transnacional. Ainda assim, a responsabilidade das pessoas jurídicas nos dois países

apresenta características muito distintas, embora em ambos os casos estejam relacionadas com a existência ou inexistência de programas de *compliance* e medidas de controle interno.

Especificamente no caso da Espanha, o Código Penal prevê que um programa de *compliance* pode implicar uma isenção de responsabilidade, desde que certas condições e elementos estejam presentes. Já no Brasil, não há previsão de isenção total de responsabilidade nos casos em que haja pagamento de propina. Além disso, embora possa haver a possibilidade de receber vantagens como a redução da sanção para adoção de programas e outras medidas, talvez, pela forma como o sistema

brasileiro foi estruturado, todos os benefícios com que as empresas podem contar. Além disso, o sistema espanhol adota a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com os mesmos padrões aplicáveis aos crimes múltiplos, enquanto a responsabilidade no Brasil é de natureza administrativa e aplicável, nos termos da Lei 12.846/2013, estritamente às condutas relacionadas à corrupção e suborno, embora haja disposições sobre a responsabilidade de pessoas jurídicas pela prática de outros atos ilegais em outros regulamentos¹.

Este artigo apresentará uma breve análise dos incentivos para que pessoas jurídicas adotem programas de *compliance*, no Brasil e na Espanha, especialmente considerando as legislações aplicáveis aos casos de corrupção. Isso será feito apresentando, na segunda parte, noções gerais sobre a importância dos programas de *compliance* e alguns possíveis padrões de modelos jurídicos, dando continuidade a uma exposição do sistema brasileiro da Lei 12.846/2013 e do sistema do Código Penal espanhol. Em seguida, na terceira parte, após apresentar noções sobre a importância do escalonamento da responsabilidade das pessoas jurídicas, é feito um breve estudo dos incentivos produzidos em casos práticos dos dois países.

II. Incentivos para a adoção de programas de *compliance*

1. A importância dos programas de *compliance*

A adoção de um programa de integridade que funcione de forma eficaz pode gerar

1 Simão & Vianna (2017, p. 43-58) e Souza (2019, p. 44-66) citam outras leis que preveem a responsabilidade de pessoas jurídicas no Brasil. Não obstante, neste artigo será abordada apenas a Lei 12.846/2013, por prever programas (medidas) de integridade e cultura de integridade como fatores que geram a redução da responsabilidade.

uma série de benefícios para as pessoas jurídicas, incluindo, por exemplo, padrões adequados de responsabilidade social, cada vez mais importantes em um mundo globalizado, e que exigem transparência e boa-fé das empresas. Além disso, significa também ter controles internos eficazes para a prevenção e detecção da prática de crimes ou outras irregularidades, o que pode, em última instância, reduzir os custos relacionados à responsabilidade da pessoa jurídica (ZENKNER, 2019) (AZNAR, 2018). De qualquer forma, esses efeitos positivos – para prevenir crimes e outras condutas indesejáveis – também trazem vantagens para a sociedade, de modo que é possível observar que a importância dos programas de *compliance* não se limita estritamente às pessoas jurídicas que os adotam.

Ao nível da Administração e do interesse público, os programas de *compliance* e medidas de integridade² têm uma importância acrescida: para além de servirem como modelo de prevenção da criminalidade, também auxiliam na sua identificação e investigação, podendo conduzir a um aumento real da atividade do Estado para prevenir e reprimir atos ilegais. A partir dessa percepção de produção de vantagens para as empresas e para a sociedade, organismos internacionais e diversos países têm se empenhado em desenvolver padrões que incentivem e regulem a estrutura de programas de *compliance*³.

Porém, como esses programas e medidas são ferramentas que requerem investimento e geram custos significativos para

2 A lei brasileira utiliza a terminologia “medidas de integridade” para falar de sistemas e programas de *compliance* normativo.

3 Por exemplo, o *Working Group on Bribery* da OCDE, tem guias e manuais sobre a importância de programas de *compliance* e seus elementos. Além disso, o *Global Compact*, que une organismos internacionais e empresas, também tem standards de programas de *compliance*, de análise de risco e de boas práticas. Sobre isto, ver <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdworkinggrouponbriberyininernationalbusinessstransactions.htm> y <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>.

as empresas, é importante que o próprio ordenamento jurídico ofereça algum tipo de incentivo ou benefício às empresas que adotam as medidas, que geralmente são constituídas a partir de uma série de eleições legislativas que mudam de acordo com as políticas adotadas nos diferentes países. Para efeito de análise, os diferentes modelos de legislação sobre adoção de programas de *compliance* podem ser divididos em três grupos, considerando que os países podem adotar mais de um modelo de acordo com a necessidade de prevenir grupos específicos de comportamentos indesejáveis.

No primeiro, os sistemas que utilizam a lei para estabelecer a obrigação de as pessoas jurídicas adotarem medidas e programas podem ser agrupados, por exemplo, considerando os riscos específicos de suas atividades. Para este modelo, a simples decisão de não adotar determinada medida ou programa seria suficiente para implicar a responsabilização da pessoa física ou jurídica⁴. Por outro lado, no caso do segundo e terceiro modelos, não há previsão de responsabilidade pela não adoção de programa de integridade. No entanto, a possibilidade de obtenção de algum tipo de benefício ou incentivo no caso de sua adoção (ou pela existência de medidas de prevenção e controle) é levantada de forma sistêmica quando é aplicada uma sanção pela prática de ato ilícito. Nestes termos, o primeiro grupo é formado por sistemas de normas que sancionam a não adoção de controles, enquanto os outros dois são compostos por sistemas que atribuem vantagens para a adoção de sistemas e medidas de controle.

4 Este tipo de incentivo sistêmico é utilizado, por exemplo, com a finalidade de prevenir a lavagem de dinheiro através da imposição de obrigação de implementar sistema de controle de operações suspeitas. A não adoção desses sistemas, com independência da ocorrência ou não do delito de lavagem de ativos, é suficiente para gerar algum tipo de sanção à pessoa obrigada (a exemplo do previsto no art. 12 da Lei Federal 9.613/1998).

No segundo grupo estariam os sistemas que preveem a possibilidade de utilizar um programa de *compliance* e medidas de controle interno como defesa, por exemplo, para alegar a ausência de culpabilidade da empresa com base na adoção adequada de todas as medidas necessárias para prevenir a comissão de crimes. O sistema espanhol de responsabilidade penal pela prática de crimes, de acordo com a reforma da Lei Orgânica 1/2015, pode ser considerado deste grupo, tendo em conta que o Código Penal prevê a possibilidade de isenção de responsabilidade em caso de um programa de conformidade eficaz e adequado (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016).

De acordo com a regulamentação do país, o programa de *compliance* ou as medidas de controle interno podem e devem ser avaliados em diversos níveis. Nesse sentido, um país pode exigir que a empresa adote modelos baseados em elementos pré-determinados, outro pode focar na defesa também verificando se o programa é eficaz. Nesse sentido, o comum é que a regulamentação específica do país exija que a pessoa jurídica realize o teste de diversos elementos e fatores de seu programa de *compliance*. Por exemplo, pode haver uma lista de elementos mínimos dos programas que as empresas devem adotar, e também pode haver a obrigação de verificar se esses elementos estão equipados com a qualidade necessária para prevenir e detectar com eficácia a prática de crimes e irregularidades. Neste caso, um sistema pode atribuir a isenção total de responsabilidade ou a sua redução, com base na verificação dos elementos necessários e da sua eficácia, situação que irá variar de acordo com o sistema de cada país.

Qualquer um dos primeiros modelos apresentados gerará incentivos eficazes para que uma pessoa jurídica se esforce para implementar programas de conformidade. O que nos levará a outra questão: esses dois modelos serão suficientes para gerar

incentivos para que as empresas utilizem seus programas como ferramentas eficazes na mudança da cultura corporativa?

É interessante notar que a própria concepção de que os programas (e medidas de controle interno) devem ser «eficazes» dá a possibilidade de considerar o terceiro modelo de sistemas jurídicos, que geralmente é proposto para atribuir mais benefícios às pessoas jurídicas de acordo com o fato, que é possível extrair mais vantagens para o interesse público de sua “atuação”. Nesse sentido, o terceiro tipo de sistema é aquele que tenta trazer o maior número de efeitos positivos da implementação de um programa de conformidade e medidas de integridade. Nesse caso, a estrutura da norma jurídica geralmente atribuirá importância e, conseqüentemente, incentivos, à existência de um programa, à sua eficácia e às medidas que a empresa nele adotar. O escalonamento dos benefícios às pessoas jurídicas se dará considerando também os fatos externos ao programa de *compliance*, e somente nestes casos será possível obter as maiores vantagens, seja a isenção total de responsabilidade ou a maior redução possível.

Este tipo de abordagem permite à Administração analisar a cultura de *compliance* em dois momentos distintos: no primeiro, procura identificar a qualidade e eficácia do programa de *compliance*, o seu funcionamento adequado em termos gerais e a capacidade de prevenir e detectar os fatos ilegais, o que seria uma análise do próprio programa. Na segunda, é permitido considerar outros elementos da cultura corporativa, potencializando os benefícios das empresas que, além de implementarem programas, também os utilizam como suporte para detectar o comportamento nocivo, corrigi-lo, fazer o relato voluntário à Administração e colaborar de forma ampla com as investigações para que seja gerada a responsabilidade para com os demais envolvidos, que está relacionada

à “conduta” da empresa para o exterior de seu programa de controles internos.

Nesse conceito de cultura de *compliance*, o ordenamento jurídico atribuiria apenas os maiores benefícios (seja a isenção de responsabilidade ou a maior redução possível de penalidades) para as empresas que (i) implementarem um programa de *compliance* (efetivo); (ii) identificar a prática dos crimes ou conduta irregular; (iii) conduzir uma investigação interna que produza evidências e informações suficientes; (iv) realizar o relato voluntário da conduta às autoridades competentes e (v) colaborar de forma integral com as investigações (ARLEN, 2016).

Na perspectiva de maior benefício ao interesse público, é relevante que os maiores benefícios (isenção ou maior redução de responsabilidade) sejam concedidos neste cenário: o desempenho da empresa terá gerado evidências e informações que significarão a redução do uso de recursos públicos nas investigações, garantindo a responsabilidade das pessoas físicas e eventualmente jurídicas envolvidas nos fatos (ou pelo menos aumentando a probabilidade de isso acontecer). Nesse sentido, otimizam-se as recompensas da empresa pelo seu comportamento ético e íntegro, atribuindo-lhe um benefício baseado em uma ideia racional do ponto de vista econômico: sua cultura tem efetivamente economizado recursos da Administração.

Além disso, a adoção de um sistema escalonado de benefícios às pessoas jurídicas produz os incentivos necessários para que a empresa faça mudanças em suas políticas e procedimentos para reforçar junto a seus colaboradores e gestores a importância da plena adesão à cultura de *compliance*. Até porque um sistema que considera também os elementos de investigação interna, relato voluntário e cooperação, demonstra aos colaboradores e gestores que a empresa, em caso de incumprimento,

agirá no mesmo lado da lei e da ética, ainda que este significa entregar as provas e documentos internos que permitirão a imputação das demais pessoas envolvidas nos crimes, inclusive seus colaboradores (ARLEN, 2016) (ARLEN & KRAAKMAN, 1997) (RODRÍGUEZ-GARCÍA & SOUZA, 2019).

2. O sistema brasileiro da Lei 12.846/2013

A Lei das Empresas Limpas (Lei Federal 12.846 / 2013) prevê a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos⁵ contra a Administração nacional ou estrangeira, o que inclui o pagamento de vantagens indevidas a funcionários (SIMÃO & VIANNA, 2017). Além disso, prevê a aplicação de multa e a publicação extraordinária de sua sentença, ambas as situações ocorridas após o processo de responsabilidade administrativa, e também prevê a possibilidade de aplicação de outras sanções em processo judicial⁶. Nos termos do seu artigo 7º, a existência de mecanismos e procedimentos internos de “integridade” é um dos fatores que devem ser considerados para a redução do cálculo da multa aplicável, sendo esta a única vez que se mencionam tais instrumentos, que podem ser considerados equivalentes do programa de *compliance*⁷. Dessa forma, o que seria um programa

de *compliance* é citado apenas como fator de redução do percentual da multa (SIMÃO & VIANNA, 2017).

De acordo com seus preceitos, os fatores de avaliação do programa de *compliance* (ou integridade) e redução da sanção devem ser previstos em regulamentação federal, passando a vigorar com a publicação do Decreto 8.420 / 2015. Levando em consideração que o Brasil é uma federação de estados com poderes para legislar, a provisão de um único regulamento federal é uma vantagem, pois deve garantir a uniformidade nacional do que seriam os elementos dos programas de *compliance* anticorrupção e seus efeitos na redução das sanções, levando a um aumento da segurança das empresas: é possível identificar previamente sob qual modelo elas devem desenvolver suas medidas de controle interno e prevenção. Essa uniformidade deve se traduzir em um incentivo à adoção de programas de *compliance*, pois permite otimizar o investimento das pessoas jurídicas no *compliance* de padrão único adotado pelos Poderes federais, estaduais e municipais⁸.

A lei também prevê a possibilidade de celebração de acordo de leniência assim que dois resultados forem obtidos: a identificação dos demais envolvidos na conduta e a pronta entrega de informações e documentos que comprovem os atos ilícitos (CANETI, 2018)⁹. Além disso, prevê também os requisitos para a assinatura do acordo: que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse em colaborar com as investigações, que interrompa sua participação nos eventos, que assuma sua conduta e

5 A lei prevê a expressão “atos lesivos”, conforme pode ser observado em seus artigos 2, 5 e 6. Como se trata de um tipo de responsabilidade administrativa, esses atos poderiam ser descritos como “atos irregulares”. Entretanto, conforme as definições que prevê, são atos relacionados à corrupção, pagamento de suborno e outras condutas que também são consideradas crimes na lei penal (SOUZA, 2019, p. 62-66).

6 Artigos 6º e 9 da Lei 12.846/2013. Ver Rodríguez-García & Souza (2019, p. 323-334). A lei prevê um processo perante a autoridade administrativa, instruído por uma comissão de servidores públicos, ao final do qual é possível a imposição de sanção, de maneira que se denomina “processo administrativo de responsabilização”, marcando uma clara distinção com meros procedimentos administrativos ao final dos quais não pode ser aplicada sanção.

7 Artigo 7º, VIII da Lei 12.846/2013. A lei utiliza a nomenclatura “integridade”, evitando o anglicismo *compliance* o ou o termo “cumprimento”.

8 Nesse sentido, não está claro se haverá, para todos os casos, a consideração de um modelo uniforme de programa de integridade. Isto porque alguns entes subnacionais editaram seus próprios regulamentos sem necessariamente observar o dispositivo legal de que os elementos dos programas e sua avaliação são matéria a ser tratada no regulamento federal. Exemplos são os decretos de Minas Gerais e de Santa Catarina, respectivamente, Decretos 46.782/2015 e 1.106/2017.

9 Artigo 16, incisos I e II da Lei 12.846/2013.

que colabore amplamente com as investigações¹⁰. A definição de responsabilidade por meio de contrato permite a redução de até dois terços do cálculo original da multa a ser aplicada e prevê a isenção da pena (aplicável em processo administrativo) de publicação extraordinária da condenação e da sanção (aplicável através de processo judicial) de proibição de receber incentivos, subsídios e fundos públicos¹¹. Por fim, a lei também prevê a extensão dos efeitos do acordo de leniência à responsabilidade prevista nas leis de licitações e contratos, especialmente na Lei 8.666/1993¹².

É importante destacar que a lei prevê nove fatores que devem ser utilizados para definir um percentual da multa aplicável, que variará de 0,1 a 20 por cento do valor da receita bruta da empresa no exercício anterior do processo administrativo de responsabilidade¹³. Entre esses fatores estão: a gravidade da infração, o grau do dano que ela produziu, seus efeitos negativos, a colaboração da pessoa jurídica com as autoridades responsáveis, o valor dos contratos mantidos com a Administração, além da existência de mecanismos e procedimentos de integridade¹⁴.

No campo da jurisdição federal, o regulamento contém disposições sobre circunstâncias agravantes e atenuantes (ou negativas e positivas, respectivamente) da conduta de definição de percentuais a aumentar e reduzir, respectivamente, para fins de cálculo do percentual da multa¹⁵.

10 Art. 16, §1º da Lei 12.846/2013.

11 Art. 16, §2º da Lei 12.846/2013.

12 Art. 17 da Lei 12.846/2013. Assim, um caso no qual se apura o pagamento de suborno relacionado a um contrato público pode ser resolvido através de um acordo de leniência, assim como outros atos lesivos, como a fraude ao processo de licitação (SOUZA, 2019).

13 Art. 6º, I da Lei 12.846/2013. A legislação também prevê outras regras para o cálculo da multa, caso não seja possível com base no faturamento bruto. Além disso, prevê limites mínimo e máximo da multa, proibindo, por exemplo, que seja menor do que a vantagem indevida obtida com os atos ilícitos.

14 Art. 7º, VIII da Lei 12.846/2013.

15 Arts. 17 e 18 do Decreto 8.420/2015.

Além disso, a lei cita mais de uma vez que a imposição de responsabilidade administrativa não ficará isenta do dever de reparação integral dos danos, ainda que haja acordo de leniência, vedando, por consequência, o estabelecimento de cláusulas de isenção de reparação de danos¹⁶.

Com isso, é possível concluir que a legislação brasileira não garante, nem mesmo para os casos de acordo de leniência, a isenção total das sanções impostas às pessoas jurídicas, embora permita uma redução significativa na multa: até dois terços. Além disso, também não permite a isenção de indenização por perdas e danos, embora permita a isenção da pena de publicação da condenação – uma sanção do tipo *name and shame*¹⁷ –, da pena de proibição de receber incentivos e recursos públicos, e sanções que proíbem a contratação com a Administração.

3. O sistema do Código Penal espanhol

A responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática de crimes em Espanha foi introduzida a partir de uma reforma do Código Penal em 2010 e, posteriormente, reformada com a Lei Orgânica 1/2015. A reforma original permitia ao máximo a mitigação das penalidades cabíveis caso a empresa tivesse implantado um programa de *compliance* antes do início da fase de julgamento oral, o que causou certa controvérsia e foi considerado um dos fatores relevantes para a reforma posterior (CAMACHO & URÍA PRADO, 2019). A reforma de 2015 estabeleceu outros regulamentos para a responsabilidade das pessoas jurídicas, o que inclui orçamentos e condições que podem gerar isenção de responsabilidade ou, nos outros casos, redução da pena (PASTOR, 2019) (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016).

16 Por exemplo, art. 16, §3º da Lei 12.846/2013. Ver ATHAYDE (2019: 284-289).

17 Ver MEDINA ARNÁIZ (2016: 103-104), indicando a importância desse tipo de sanção.

Não existe no código uma lista específica dos crimes que podem gerar a responsabilidade da pessoa jurídica, mas em cada artigo relacionado com o crime ou em cada capítulo, há uma indicação de que as pessoas jurídicas podem ser indiciadas por esses crimes (SOUZA, 2020). De acordo com o caso, as sanções que podem ser aplicadas são a multa, que pode ser até cinco vezes o benefício, e sanções como a suspensão do exercício da atividade comercial, a proibição do exercício de atividades relacionadas ao crime, a proibição de receber subsídios e verbas públicas, contratar com a Administração, o encerramento de estabelecimentos e até mesmo a intervenção judicial¹⁸.

A pessoa jurídica terá responsabilidade criminal pela conduta quando (i) o crime foi cometido por seu representante legal, por quem detenha o poder de decisão em seu nome ou por quem tenha competência organizacional e de controle¹⁹. Além disso, também será responsável quando (ii) a prática do crime for praticada por pessoas físicas sob a autoridade de seus representantes legais, dirigentes ou pessoas com poderes de organização e controle²⁰; é necessário que tal conduta esteja relacionada com a falência grave dos deveres de fiscalização, fiscalização e controle dos administradores ou autoridades da sociedade. Em todos os casos, é necessário que a conduta tenha sido cometida por conta da pessoa jurídica ou em seu benefício direto ou indireto²¹.

De acordo com o que já mencionamos, mesmo que não haja obrigação de adoção de um programa de *compliance*, sua existência e eficácia pode gerar a isenção de responsabilidade ou, conforme as circunstâncias, pelo menos a redução das penalidades (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019)

(GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016). Para que a isenção de responsabilidade ocorra, é necessário que a pessoa jurídica (i) adote e execute um programa efetivo (ou modelo de organização e gestão que inclua as devidas medidas de vigilância e controle), antes da prática do crime (CAMACHO & URÍA PRADO, 2019); que (ii) a sua supervisão foi confiada ao órgão com os poderes e autonomia necessários para o fazer; e (iii) caso os crimes tenham sido cometidos pelos representantes legais ou administradores, é necessário demonstrar que o fizeram contornando os programas de controles e *compliance*, sem omissão por parte do órgão de fiscalização e controle ou insuficiente exercício das suas funções²² (CAMACHO & URÍA PRADO, 2019).

No caso de responsabilidade corporativa, não há previsão de instrumento de acordo de colaboração abrangente que leve ao processo não criminal, embora seja possível que o participante investigado em negociação anterior ao processo penal com o Ministério Público, admitindo sua culpa e colaborando com as investigações (DE PEDRAZA FERNÁNDEZ & MARTÍNEZ-BARROS RODRÍGUEZ, 2019). Dessa forma, é possível, por exemplo, que a empresa denuncie voluntariamente os crimes, se comprometa a implementar programas de *compliance* e colabore com as investigações, para que o caso seja resolvido com a anuência do investigado perante a autoridade judiciária (RODRÍGUEZ-GARCÍA, 2015) (PASTOR, 2019).

Desta forma, é possível perceber que o Código Penal espanhol permite a isenção de responsabilidade às pessoas jurídicas que adotem, antes da prática do crime e de acordo com os requisitos descritos, programas eficazes de *compliance* penal. No entanto, os elementos relativos à denúncia voluntária e à colaboração com as investigações parecem estar relacionados com os

18 Arts. 427 *bis* e 33 (7) (b)(c)(d)(e)(f)(g) do Código Penal Espanhol (CPE).

19 Art. 31 *bis* (1)(a) do CPE.

20 Art. 31 *bis* (1)(b) do CPE. Ver DE PEDRAZA FERNÁNDEZ & MARTÍNEZ-BARROS RODRÍGUEZ (2019).

21 Art. 31 *bis* do CPE

22 Art. 31 *bis* 2 do CPE.

casos em que a isenção não é possível, mas é possível uma redução da pena aplicável²³.

III. Breve análise crítica dos sistemas

1. A responsabilidade “escalonada”

Pelo que expusemos, entre as possibilidades legislativas para estimular a adoção de programas de *compliance* está a estratégia de oferecer benefícios e incentivos às pessoas jurídicas de forma escalonada, a partir da análise se sua “atuação” gera maiores ou menores vantagens. à Administração e ao interesse público.

Nesse sentido, um sistema projetado para permitir um amplo escalonamento de benefícios deve permitir uma avaliação se a empresa (i) adotou um programa de *compliance* geralmente eficaz; se o programa (ii) identificou o descumprimento específico (ou seja, se foi efetivo no caso relacionado à concessão de benefícios); (iii) que conduziu a inquérito interno com obtenção de documentos e informações; se, com base nisso, a empresa (iv) fez a denúncia voluntária da infração e se (v) colaborou amplamente com a Administração na investigação e nos processos relacionados ao caso (ARLEN, 2016).

Além de incentivar a “adoção e implementação” de um programa de *compliance*, esse escalonamento cria um incentivo para a adoção de uma verdadeira cultura de *compliance*, em que as pessoas jurídicas atuarão ao lado da Administração na prevenção e repressão. Nesse sentido, uma análise dos sistemas do Brasil e da Espanha permite identificar graus de escalonamento, mas que foram elevados de forma diferente. No caso brasileiro, a Lei 12.846/2013 e sua regulamentação federal atribuem benefícios para que as empresas

adotem uma estrutura de integridade que atenda a esses cinco elementos mencionados (RODRÍGUEZ-GARCÍA & SOUZA, 2019), que podem ser avaliados em dois momentos: o primeiro, por meio da observação do cálculo da multa base para seja aplicável; a segunda, por meio da análise dos requisitos e condições para a assinatura do acordo de leniência. No caso espanhol, o Código Penal prevê a isenção de responsabilidade pela adoção do programa de *compliance* efetivo se for feito antes da prática do crime; e também a mitigação da responsabilidade, após a sua comissão, com base (pelo menos implicitamente) nos cinco elementos mencionados.

2. Os incentivos no Brasil

2.1. Incentivos relacionados ao cálculo da multa

O Decreto prevê, em relação ao cálculo da multa base, percentuais para a formação da multa, até o total de 20 pontos. A multa é calculada com a soma dos percentuais previstos pela coincidência de circunstâncias negativas (ou agravantes) da conduta e subtração dos percentuais previstos pela coincidência de circunstâncias positivas (ou atenuantes) da conduta²⁴.

De uma lista de seis fatores, existem três circunstâncias negativas que estão especialmente relacionadas com a existência anterior de um programa de *compliance*: a continuidade no tempo da prática dos atos ilícitos (de 1 a 2,5 pontos de aumento), o consentimento ou conhecimento dos diretores ou administradores da empresa (de 1 a 2,5 pontos de aumento) e a reincidência na prática de atos lesivos prevista na Lei 12.846/2013 (cinco pontos de aumento)²⁵. Essas circunstâncias negativas

²⁴ Nesse sentido, não seriam circunstâncias agravantes ou atenuantes *per se*, porque não servem para incrementar ou reduzir a multa base, mas sim para realizar o próprio cálculo da multa base.

²⁵ Art. 17, incisos I, II e V do Decreto Federal 8.420/2015.

²³ Ver art. 31 *quater* do CPE

correspondem a um máximo de 10 pontos no percentual da multa, o que significa que, embora não haja continuidade na prática dos fatos, nem consentimento ou conhecimento por parte da administração, bem como nenhuma reincidência, o percentual máximo da multa (considerando a presença dos demais fatores) será limitado à metade do percentual máximo do resumo (que originalmente é de 20 pontos).

É importante observar que a ausência dessas circunstâncias negativas não está necessariamente ligada à adoção de um programa de *compliance*, porém, são circunstâncias que serão evitadas se houver um programa eficaz, embora não sejam suficientes para evitar de maneira absoluta o cometimento da conduta. Por exemplo, o Decreto 8.420/2015 menciona como elementos do programa de *compliance* o comprometimento da alta administração, a existência de procedimentos que impliquem a interrupção ou suspensão da má conduta e a supervisão contínua que se traduzem em possíveis melhorias do programa²⁶.

A regulamentação federal também prevê pelo menos três circunstâncias positivas relacionadas à existência de um programa: a colaboração da pessoa jurídica com a apuração dos fatos (gerando de 1 a 1,5 pontos de redução)²⁷, o relato voluntário da ocorrência dos eventos lesivos antes do início do processo administrativo previsto na lei (2 pontos de redução)²⁸ e da verificação da existência e execução de um programa de *compliance* (1 a 4 pontos de redução)²⁹.

A presença dessas circunstâncias positivas pode gerar, na aplicação máxima, uma redução de 7,5 pontos na multa, considerando um valor importante, visto que o

percentual da multa seria de no máximo 10 pontos (ausentes as circunstâncias negativas relacionadas ao programa de *compliance*)³⁰. As duas primeiras circunstâncias positivas podem estar presentes mesmo nos casos em que não existe um programa de *compliance*, embora exista a expectativa de que o programa apoie esta redução, por exemplo, porque a sua existência pode implicar um aumento do potencial de detectar e investigar internamente, gerando a decisão de reportar voluntariamente e colaborar de maneira ampla com a Administração.

2.2. Incentivos relacionados ao acordo de leniência

O segundo momento de atribuição de incentivos para a implantação de um programa de *compliance* está relacionado à negociação de um acordo de leniência, embora a implantação prévia não seja uma exigência do acordo³¹.

A celebração da responsabilidade em acordo de leniência permite a isenção de algumas sanções, além da possibilidade de redução da multa para dois terços do seu valor original³². Não há dispositivo que indique os fatores que devem ser avaliados nesta redução, apenas o seu máximo, o que cria uma subjetividade (e discricionariedade) embora a Administração possa avaliar os requisitos e resultados previstos na lei e oferecer a redução aplicável nos termos essas circunstâncias. Os resultados que o acordo deve gerar são: a identificação das demais pessoas envolvidas na conduta e a rápida obtenção de informações

26 Art. 42, incisos I, XII e XV do Decreto 8.420/2015.

27 Art. 18, III do Decreto Federal 8.420/2015 e art. 7º VII da Lei 12.846/2013.

28 Art. 18, IV do Decreto Federal 8.420/2015.

29 Art. 18, V do Decreto Federal 8.420/2015 e art. 7º VIII da Lei 12.846/2013.

30 Não obstante, é importante observar que a lei prevê que a multa não será menor do que o benefício obtido através da prática do ato lesivo, de maneira que, ainda que o percentual seja muito reduzido, há previsão de um patamar mínimo de multa. Art. 6º, inciso I da Lei 12.846/2013.

31 Sem embargo, conforme o regulamento federal, o acordo de leniência pressupõe a adoção ou pelo menos a melhoria de um programa de integridade. Art. 37, IV do Decreto Federal 8.420/2015.

32 Art. 16, § 2º da Lei 12.846/2013.

e documentos que comprovem os atos lesivos³³; pode ser realizada através de ampla colaboração com as investigações e entrega de todas as provas recolhidas durante a investigação interna realizada pela própria pessoa jurídica (ou por equipe contratada para ela).

A lei prevê como requisitos para a assinatura do acordo: que a empresa tenha encerrado sua participação nos eventos e seja a primeira a manifestar interesse em colaborar com a Administração³⁴. Esses dois requisitos estarão presentes, por exemplo, se houve detecção dos fatos por meio do programa de *compliance* e se houve relato voluntário dos comportamentos. Além disso, a lei também prevê como requisitos a ampla e total colaboração com a Administração e a entrega de informações e documentos relativos aos fatos³⁵, que já estariam necessariamente implícitos na colaboração que dá origem aos resultados do referido acordo, também como a adoção e implementação de um programa eficaz. O último requisito é a admissão da participação nos atos lesivos³⁶, que também deve ocorrer quando a pessoa jurídica identifica a conduta, apura e faz o relatório à Administração.

Com esses resultados e exigências, será possível firmar acordo de leniência entre a pessoa jurídica e a Administração para que a multa seja reduzida no máximo de dois terços acima mencionado.

3. Os inventivos na Espanha

3.1. A isenção de responsabilidade

Com base no que indicamos anteriormente, para obter a isenção de responsabilidade, não basta que a pessoa jurídica adote um programa de *compliance*. Tratando-se de prática do crime por representante, gestor

ou administrador da pessoa jurídica, para que esta isenção seja concedida é necessária, para além da existência de um programa eficaz e adequado prévio à prática de crime, que haja autônomos e independentes responsáveis pela fiscalização de seu funcionamento. É necessário, ainda, que a prática do crime ocorra de forma fraudulenta, contornando os controles do negócio e que não haja omissão ou exercício insuficiente dos órgãos da empresa (que atuaram com a devida diligência) (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019). Em suma, é necessário verificar, perante a autoridade judiciária, se o programa existe, é eficaz, se não houve omissão no seu exercício e se a conduta foi cometida por contornar os controles implementados pela empresa.

Nos casos de responsabilidade relacionada com a prática do crime por pessoa subordinada aos administradores ou dirigentes da pessoa jurídica, é necessária a comprovação da existência de um programa prévio, eficaz e idóneo, fiscalizado por órgão com poderes autônomos e não houve omissão ou exercício insuficiente das referidas funções de supervisão, controle e vigilância (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019). É importante destacar que o texto do Código Penal menciona, para esses casos, apenas a necessidade de verificação da adoção prévia de um programa que seja eficaz e adequado³⁷. No entanto, as outras condições mencionadas são implicitamente necessárias, exceto para fraude fraudulenta de controles (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019) (CAMACHO & URÍA PRADO, 2019).

O Código Penal também fornece os seis (mínimos) requisitos que os programas de conformidade devem atender. O primeiro deve identificar as atividades em que podem ser cometidos os crimes que devem ser evitados, o que significa que devem ser baseados em análises de risco relacionadas com as atividades específicas

33 Art. 16, I e II da Lei 12.846/2013.

34 Art. 16, § 1º, I e II da Lei 12.846/2013.

35 Art. 16, § 1º, IV e V da Lei 12.846/2013.

36 Art. 16, § 1º, III da Lei 12.846/2013.

37 Art. 31 *bis* 4 do CPE

da pessoa jurídica. A segunda, os programas devem estabelecer protocolos e procedimentos relevantes para a tomada de decisão da pessoa jurídica, conduzindo a uma estrutura de prevenção e à adoção de medidas concretas em caso de incumprimento. O terceiro requisito é que possuam modelos de gestão de recursos necessários à atividade de prevenção e o quarto, que imponham a obrigação de relatar os riscos de não conformidade, o que inclui a necessidade de um canal para denúncias. Como quinto elemento, a empresa deve ter um sistema disciplinar que pune o descumprimento e, por fim, deve haver uma atualização contínua do programa por meio de sua verificação periódica e das modificações necessárias para corrigir e prevenir o cometimento de crimes, bem como manter o programa adequado às mudanças nas atividades e estruturas da pessoa jurídica³⁸ (CAMACHO & URÍA PRADO, 2019).

Com base no exposto, podemos observar que, para gerar a isenção de responsabilidade, a lei da Espanha exige a implementação de um programa de *compliance* criminal de alto padrão. No entanto, esta norma não implica a necessidade de a empresa fazer o relato voluntário ou colaborar extensivamente com as investigações. Assim, é possível presumir que para obter a isenção não será estritamente obrigatório verificar se o programa identificou a prática do crime e gerou a sua investigação interna, mas sim se o programa se adequa a tais fins.

3.2. A atenuação de responsabilidade

Caso as condições mencionadas para a isenção não possam ser totalmente acreditadas, a sua verificação parcial pode ser utilizada para concretizar a mitigação da responsabilidade³⁹ (GONZÁLEZ CUSSAC, 2019).

38 Art. 31 bis 5, 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do CPE.

39 Art. 31 bis 2 *in fine* do CPE.

Além disso, o Código Penal também prevê outras circunstâncias atenuantes da responsabilidade das pessoas jurídicas, após a prática do crime e por intermédio dos seus representantes legais. Essas circunstâncias também estão relacionadas à criação de uma cultura efetiva de conformidade e integridade: (i) a confissão da infração às autoridades antes de se conhecer o processo judicial; (ii) colaboração com a investigação do evento, com fornecimento de novas e relevantes evidências; (iii) a adoção de medidas para reparar ou reduzir os danos (a qualquer momento durante o procedimento e antes do julgamento oral) e (iv) estabelecer um programa de conformidade (antes do início do julgamento oral)⁴⁰.

Desse modo, é possível perceber que o sistema fornece como fatores atenuantes independentes e, conseqüentemente, com potencial para gerar benefícios escalonados se presentes: a adoção de um programa, o relatório voluntário (a confissão, que também pode resultar em algum tipo de detecção interna dos factos) e colaboração com o fornecimento de provas (o que implica investigação interna). No entanto, esses fatores são usados para maximizar a redução do passivo. Em contrapartida, a existência de um programa anterior (e as demais condições mencionadas na seção anterior) são suficientes para gerar a isenção.

3.3. Considerações sobre o reporte voluntário e a presunção de inocência

Em termos pragmáticos, parece ser mais eficaz exigir que as pessoas jurídicas cooperem o mais estreitamente possível com a Administração no caso de estarem envolvidas na prática de atos indevidos, o que é feito escalonando os benefícios de redução e isenção de responsabilidade de acordo com a conduta da pessoa jurídica e sua adesão à cultura de *compliance* e

40 Art. 31 *quater* (a)(b)(c) e (d) do CPE.

integridade. No entanto, o escalonamento apresentado como modelo –que leva à concessão de benefícios máximos apenas nos casos em que é feita a denúncia voluntária, entre outros elementos– parece levar a algum grau de violação do princípio da presunção de inocência.

Embora não exista uniformidade no direito internacional na aplicação do princípio às pessoas jurídicas, tanto na Espanha como no Brasil a garantia é extensível, com as necessárias modulações e considerando, no caso do Brasil, a aplicação em matéria processual administrativa⁴¹. Isso leva, por exemplo, ao fato de que, no caso espanhol, o direito ao silêncio é garantido às pessoas jurídicas, atribuindo o ônus da prova ao Ministério Público, inclusive no que se refere à verificação da inexistência de um programa de *compliance* efetivo⁴². Desta forma, reconhecendo uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas que não seja objetiva ou automática, é necessário que os elementos dessa natureza sejam verificados pelo Ministério Público para que se obtenha a condenação⁴³.

Consequentemente, e pelo menos no caso da Espanha, pareceria irracional exigir a confissão e o relatório voluntário como uma das condições para gerar a isenção de responsabilidade: o Código Penal exige que a pessoa jurídica adote todas as medidas necessárias e medidas eficazes (de acordo com as condições e requisitos que prevê) para prevenir e impedir a prática de crimes.

De forma diversa e de acordo com o que já foi mencionado, no Brasil adota-se um modelo de responsabilidade administrativa e objetiva⁴⁴, de forma que as pessoas jurí-

dicas serão responsabilizadas caso os fatos ocorram (sem avaliação de sua culpabilidade). As condições da lei: a adoção de um programa de *compliance*, o relatório voluntário e a colaboração com a Administração, são peças que acrescentam um nível de análise de culpabilidade apenas no cálculo da responsabilidade (objetivo). Nestes termos, a eleição legislativa no Brasil é de responsabilidade da pessoa jurídica, ainda que exista um programa de *compliance* efetivo e adequado para prevenir e coibir a prática de atos indevidos.

IV. Conclusões

No caso do Brasil, a Lei 12.846 / 2013 e seus regulamentos federais apresentam incentivos escalonados para que as pessoas jurídicas implementem programas de *compliance*: receber todos os benefícios possíveis no caso de responsabilidade pelo cometimento de má conduta, além de implementar o programa, é necessárias para detectar os fatos, realizar investigação interna com a qual coletar documentos e informações como suporte necessário para a empresa fazer o relato e colaborar amplamente com a Administração. Este sistema de incentivos estimula não só a adoção de um programa de *compliance*, mas também uma verdadeira mudança na cultura corporativa, que nos direcione para a efetiva prevenção e detecção de eventos nocivos. Tudo isso com o foco nos colaboradores e demais agentes, de forma que o interesse da empresa seja colaborar com a Administração, proporcionando o que for necessário para auxiliar nos processos de imposição de responsabilidades às demais pessoas envolvidas nos eventos.

Porém, mesmo que a mudança na cultura corporativa seja suficiente para reduzir bastante a penalidade (e ficar isento de outras penalidades), não há possibilidade de

41 Ver, para Espanha, PÉREZ GIL (2017) e RODRÍGUEZ BAHAMONDE (2017). Para Brasil, MENDES & BRANCO (2012) 545) e DE ARAÚJO (2017).

42 Ainda que tal reconhecimento não seja pacífico. Ver ARANGÜENA FANEGO (2019: 454).

43 ARANGÜENA FANEGO (2019) explica a sentença do Tribunal Supremo espanhol no. 154/2016 (Tol 5651211).

44 Arts. 1º e 2º da Lei 12.846/2013.

isenção total de responsabilidade. Nesse sentido, mesmo nos casos em que as pessoas jurídicas implementem todas as medidas de *compliance* e controle possíveis, considerando os padrões internacionais de prevenção, detecção, investigação, notificação e ampla colaboração com as autoridades, estarão sujeitas à imposição de responsabilidade mediante a aplicação de uma multa (e a recomposição dos danos causados).

Daí resultará a responsabilidade da pessoa jurídica mesmo nos casos em que não haja omissão dos responsáveis pelos sistemas internos e que um gestor ou colaborador tenha cometido a conduta contornando os referidos controles. Desta forma, embora haja benefícios, considerando os aspectos financeiros, existe um desincentivo significativo à colaboração, especialmente nos casos mais importantes: quando a Administração não dispõe de qualquer informação ou prova sobre a prática dos atos lesivos.

No caso de Espanha, a existência de um programa prévio de *compliance* – e com um elevado grau de qualidade, eficaz, adequado, funcional e com as condições e elementos previstos – é suficiente para gerar uma isenção de responsabilidade. A este respeito, embora se possa considerar que o sistema incentiva e promove uma cultura de *compliance*, não será necessariamente conduzido à plena colaboração com a autoridade na investigação e repressão dos demais envolvidos na prática de crimes. A confissão, investigação interna e colaboração serão elementos que levarão, no máximo, à redução da responsabilidade nos casos em que a isenção não seja possível.

No entanto, as pessoas jurídicas estarão isentas se adotarem medidas de controle interno, desde que adotadas antes da prática do crime, considerando-se este um importante estímulo para investimentos em programas de *compliance*. Embora o incentivo à colaboração seja concedido

apenas nos casos de redução e não nos casos em que seja possível a isenção de responsabilidade, a colaboração com as autoridades não conduzirá à imposição de sanções às pessoas jurídicas que tenham implementado os sistemas necessários. Desta forma, não se traduz em um desincentivo à colaboração com as investigações e não representa uma violação do princípio da presunção de inocência, porque a “confissão” não é exigida para a atribuição dos benefícios mais elevados.

Referências

- ATHAYDE, Amanda. *Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral. “El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable de la persona jurídica y el régimen de *compliance*”. En: GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- ARLEN, Jennifer & Reinier KRAAKMAN (1997): “Controlling corporate misconduct: An analysis of corporate liability regimes”. *New York University Law Review*, vol. 72, nº 4.
- ARLEN, Jennifer. (2016): *Public consultation on liability of legal persons: compilation of responses*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development Anti-Corruption Division.
- AZNAR, Enrique. ¿Cómo y para qué crear una cultura ética em las organizaciones? In: FRAGO ARMADA, Juan Antonio (Dir). *Actualidad Compliance 2018*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, edição eletrônica. pos. 11%-15%.
- CAMACHO, Antonio & Angela URÍA PRADO. “Los programas de prevención de delitos del artículo 31 bis del Código Penal”. En: CAMACHO VIZCAÍNO, Antonio. (dir.): *Tratado de Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de leniência*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

- DE ARAÚJO, Kleber Martins. "Processo Administrativo de Responsabilização". En: MUNHOZ Jorge & Ronaldo Pinheiro DE QUEIROZ: *Lei Anticorrupção e Temas de Compliance* (2 ed.). Salvador: Jus Podium, 2017.
- DE PEDRAZA FERNÁNDEZ, Mar & Paula MARTÍNEZ-BARROS RODRÍGUEZ. "Bribery & Corruption 2019 Spain", 2019. *Global Legal Insights* (<https://www.global-legalinsights.com/practice-areas/bribery-and-corruption-laws-and-regulations/spain>).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Capítulo VII. La culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Aut). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, 2ª edición eletrônica. pos. 55%-60%.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "Condiciones y requisitos para la eficacia eximente o atenuante de los programas de prevención de delitos". En: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Dir.): *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- SOUZA, Renato Machado de. (2019): "White Collar Crime and Corruption: Liability of Legal Entities in the United States and Brazil". *ILSA Journal of International and Comparative Law*, vol. 26.
- SOUZA, Renato Machado de. "Personas jurídicas y corrupción: análisis comparado de su responsabilidad y de los sistemas de cumplimiento y colaboración en Alemania, España e Italia". En: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. & N. RODRÍGUEZ-GARCÍA (edit.): *Decomiso y recuperación de activos Crime doesn't pay*. Valência: Tirant lo Blanch, 2020.
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa (2016). La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción. *Revista Vasca de Administración Pública*, 2016, n. extra 104-II, p. 77-113.
- MENDES, Gilmar Ferreira & Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012 (7 ed.).
- PASTOR, Cecilia. "Corporate Liability in Spain". *Global Compliance News*, 2019 (<https://global-compliancencnews.com/white-collar-crime/corporate-liability-in-spain/>).
- PÉREZ GIL, Julio. "Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-J. & Ana NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas* (ed. eletrônica). Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa. "Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". En: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-J. & Ana NEIRA PENA (coords.): *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas* (ed. eletrônica). Cizur Menor: Aranzadi, 2017.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; MACHADO DE SOUZA, Renato. El "acuerdo de lenidad" como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir actos de corrupción en Brasil. In: RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán; RODRÍGUEZ-LÓPEZ, Fernando (Edit). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*. Valência: Tirant lo Blanch, 2019, p. 295-379.
- SIMÃO, Valdir Moysés; VIANNA, Marcelo Pontes. *O acordo de leniência na lei anticorrupção: histórico, desafios e perspectivas*. São Paulo: Trevisan, 2017.
- ZENKNER, Marcelo. *Integridade governamental e empresarial: um espectro da repressão e da prevenção à corrupção no Brasil e em Portugal*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

A importância da experiência do usuário no processo de adequação à LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)

RAFAEL SGODA TOMAZETI

Advogado, sócio da Moreno Moro Advogados. Bacharel em Direito pelo UniBrasil, tendo sido laureado com o título de melhor aluno do Curso de Direito. Especialista em *Compliance* e Integridade Corporativa pela PUC Minas. Membro da Comissão de *Compliance* e Governança Corporativa (Curitiba/PR) da ABA – Associação Brasileira de Advogados. Membro do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados. Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB Paraná. Possui formação em propriedade intelectual pela WIPO e em proteção de dados pelo ITS Rio.



JÉSSICA FERNANDES HONDA DE SOUZA

Advogada, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus/SP e pós-graduanda em Direito Digital e *Compliance* pelo Ibmec/SP. Membro do Comitê Público da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD). Foi Secretária-Geral da Comissão de Direito Digital, *Startups* e Inovação da OAB/AM e possui diversos cursos nas áreas de privacidade/proteção de dados pessoais e *Design Thinking/User Experience (UX)*. Atualmente é advogada no escritório Moreno Moro Advogados.



MELINA HEYSE E MARCHETTI

Advogada, graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (ESMAFE/PR). Possui curso de atualização em *compliance* pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e curso de extensão universitária (intercâmbio) na Alma Mater Studiorum – Università de Bologna – Itália. Atualmente é advogada no escritório Moreno Moro Advogados e realiza diversos trabalhos e estudos relacionados à área de direito empresarial, *compliance* e LGPD.



1. Introdução: As noções de “Experiência do Usuário”

A “Experiência do Usuário” (“*User Experience*” em inglês ou, abreviadamente, “UX”) é uma expressão que se destina a englobar todos os aspectos e pontos de contato do cliente com uma organização e o produto ou serviço oferecido.

Possui três principais pilares: (i) o quanto o serviço é útil para ser utilizado; (ii) o quanto o serviço é fácil de ser entendido e/ou utilizado; e, o (iii) quanto ele é desejável para ser utilizado. Visa, em geral, compreender e, conseqüentemente, aperfeiçoar toda a jornada do usuário com o produto ou serviço.

O criador do termo, Donald A. NORMAN, objetivando explicar essa preocupação com o usuário evidencia que “para uma experiência ideal é preciso oferecer o que o usuário deseja de forma simples e direta”.

Mais do que apenas questões estéticas, a experiência do usuário abarca toda a interação com o produto/serviço da sua concepção até a utilização de fato, sendo importante que a solução seja funcional.¹

Em um momento onde a tecnologia impacta significativamente a advocacia e a maneira como os documentos são versados, essas lições podem ser um importante diferencial.

Margaret HAGAN, diretora do “*Legal Design Lab – Stanford*”, na sua obra “*Law by Design*”² corrobora o entendimento, afirmando que

se trata de uma oportunidade de oferecer um serviço diferenciado, com serviços mais adaptados às necessidades dos clientes e tornando as informações jurídicas complexas em comunicações mais claras, utilizáveis e mais atraentes.

Nesta perspectiva, o laboratório de HAGAN trabalha com a ideia de que existem três pontos principais dessa união de áreas: (i) a criação de uma cultura experimental, inovando a forma como profissionais do direito desenvolvem soluções para o setor; (ii) uma perspectiva de inovação centrada no usuário: focando no cliente e no usuário leigo que precisa utilizar os sistemas jurídicos, prestando serviços mais adequados à sua função; e, por fim, (iii) novos caminhos para o trabalho jurídico e a prestação de serviços à justiça.

Em outras palavras, os benefícios de se aliar *design* e direito podem ser percebidos pela criação de uma cultura experimental, inovando a forma como os profissionais do direito desenvolvem soluções para o setor, acarretando uma perspectiva de inovação centrada no usuário, isto é, focando na pessoa que precisa utilizar os serviços jurídicos.

Em pesquisa brasileira de análise comportamental de usuários diante de documentos jurídicos, realizada pela Bits Academy³ e com participação dos autores da obra “*Legal Design: criando documentos que fazem sentido para os usuários*”⁴, concluiu-se que é importante desenvolver documentos jurídicos a partir da perspectiva do cliente, tornando o conteúdo mais assertivo a partir da utilização de uma linguagem simplificada e recursos visuais.

1 Donald A. NORMAN, em sua obra “*The Design of Everyday Things*” (“*O design do dia a dia*”, na tradução brasileira), parece diferenciar os conceitos de “*user interface* (UI)” dos de “*user experience* (UX)”. Enquanto o primeiro traduz os cuidados na forma como o produto/serviço se apresenta visualmente ao usuário, o segundo parece colocar as necessidades e preocupações do usuário como principal ponto de atenção, suplantando o cuidado meramente visual (NORMAN, Donald A. **The design of everyday things**: Revised and expanded edition. New York: Basic Books, 2013).

2 HAGAN, Margaret. **Law by Design**, 2017. Disponível em: <<https://www.lawbydesign.co/>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

3 BITS ACADEMY. **Legal design – Uma nova abordagem na criação de documentos jurídicos**: Pesquisa de análise de comportamento de usuários diante de documentos jurídicos. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/ErikFonteneleNyb/pesquisa-sobre-a-aplicao-de-legal-design-e-comportamento-do-usuario>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

4 MAIA, Ana Carolina; NYBØ, Erik Fontenele; CUNHA, Mayara. **Legal design**: Criando documentos que fazem sentido para os usuários. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Os dados coletados na pesquisa sugerem que: (i) cláusulas que ocupam um espaço menor dentro das margens de um arquivo e que possuem uma redação mais objetiva tem uma fluidez de leitura maior; (ii) elementos gráficos auxiliam na compreensão de textos em documentos jurídicos; (iii) os usuários de documentos jurídicos preferem documentos elaborados com técnicas de *legal design* ao invés dos tradicionais documentos com apenas textos; (iv) o uso exagerado de cores vibrantes pode não ser agradável para usuários; (v) o uso das cores verde e vermelho para concordar e discordar, respectivamente, pode influenciar o usuário; (vi) os usuários de documentos jurídicos interagem mais com documentos de *legal design* em comparação com os documentos tradicionais. Isso também significa que de alguma forma, o nível de atenção aumenta em relação ao documento analisado.⁵

Nesta conjuntura, como melhor detalhado a seguir, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ou, simplesmente, “LGPD” (Lei nº 13.708/19) prevê em seu texto que as informações sobre o tratamento de dados pessoais devem ser fornecidas de maneira transparente, simples, clara e acessível, de modo que a intersecção entre *design* e direito se demonstra útil e altamente eficiente na tarefa de disseminar a cultura de privacidade e proteção de dados pessoais no país e garantir um processo de adequação às normas jurídicas que atenda às intenções do legislador.

2. A evolução na tutela jurídica do direito à privacidade e proteção de dados pessoais

Como visto, o presente estudo discorrerá como as noções de experiência do

usuário – amplamente conhecidas na área de *design* – são importantes no processo de adequação à LGPD. Para tanto, é imprescindível compreender a evolução da tutela jurídica do direito à privacidade e da proteção de dados pessoais que já coloca o usuário como o centro de atenção.

Os debates a respeito do direito à privacidade se iniciaram no ano de 1890, com a publicação do artigo “*The right to privacy*” de autoria Samuel D. WARREN e Louis D. BRANDEIS, na “*Harvard Law Review*”. Conferindo uma natureza individualista à proteção da privacidade, este emblemático estudo a reconheceu como o “direito de estar só”.⁶ Esta proteção exigia absoluta abstenção do Estado na esfera privada individual e o desrespeito a ela configuraria uma violação ao direito da personalidade.⁷

Paulatinamente o conceito de privacidade foi alargado, reconhecendo-se que a concepção de privacidade e a proteção de dados pessoais, como é atualmente compreendida, estavam em um contexto muito próximo.⁸

No decorrer do século XX, a revolução tecnológica aliada à transformação do Estado contribuiu para transformar o sentido e o alcance do direito à privacidade em escala global, passando a ser considerado uma garantia de controle do indivíduo sobre as próprias informações, exteriorizando o conceito de proteção de dados pessoais como hoje é reconhecido. A partir desse

6 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy, *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

7 NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo. FONSECA, Maurício Leopoldino. **O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados:** autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Porto Alegre: Fi, 2020, p. 19.

8 MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direitos dos titulares de dados.** In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). Comentários ao GDPR. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 82.

5 BITS ACADEMY. Op. cit.

momento, os dados pessoais passaram a constituir uma projeção da personalidade do indivíduo.⁹

Esse contexto decorre, principalmente, da compreensão de que a informação é “elemento nuclear para o desenvolvimento da economia”, sendo que os avanços tecnológicos passaram a permitir o processamento e a transmissão de informações em uma quantidade e velocidade até então inimaginável.¹⁰

Como resultado da evolução tecnológica, as informações das pessoas passaram a estar cada vez mais disponíveis, sendo utilizadas para diferentes propósitos: prospecção, melhoria de serviços e produtos, coleta de opiniões, antecipação de cenários e comportamentos, entre tantos outros. Ocorre que, o seu uso de forma desmedida e, até então, sem uma adequada proteção jurídica, gerou conflitos e discussões sobre o “direito de estar só”, o direito à privacidade, passando a demandar, portanto, um melhor cuidado legal.

Em 1995, no âmbito da União Europeia, foi publicada a Diretiva 95/46/CE relativa à proteção de pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Porém, buscando um melhor alinhamento com a evolução do conceito de privacidade e proteção de dados, sobreveio, em 2016, a *General Data Protection Regulation* – GDPR (também conhecido como “Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados” ou, simplesmente, “RGPD”).

Em paralelo, no Brasil, a partir da década de 90, dando o primeiro passo na busca da proteção de dados pessoais, foram editadas leis que visavam, de alguma forma, o reconhecimento desse novo direito

fundamental, encontrando-se referências no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) e no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). Mas, com forte inspiração da GDPR e devido à pressão diante dos diversos escândalos envolvendo vazamentos de dados, foi apenas em 2018 que ocorreu a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/18), estabelecendo-se um regramento onde os titulares dos dados alcançaram um papel de protagonismo e passaram a ter maior controle e proteção em relação aos seus dados pessoais.¹¹

Dessa forma, no Brasil, assim como na União Europeia, a privacidade e, mais modernamente, a proteção de dados pessoais passam a ser consideradas como garantias do cidadão.

A LGPD emerge como norma fundamental para a tutela da dignidade, da privacidade, da honra, da imagem e da personalidade dos cidadãos, abrangendo dado pessoal como “aquele que se encontra atrelado à projeção, à extensão ou à dimensão de uma determinada pessoa, tanto na sua esfera individual, quanto em sua esfera relacional.”¹²

3. A experiência do usuário na adequação à LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)

Como visto, seguindo um movimento global, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi responsável por conferir, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova roupagem à tutela jurídica dos

9 MENDES, Laura Schertel. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais. *Revista de Direito do Consumidor*, [S.L.], v. 79, jul. 2011, p. 45-81.

10 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 33-34.

11 Idem, p. 190.

12 NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo. FONSECA, Maurício Leopoldino. Op. cit., p. 18.

dados pessoais, agora mais específica e cuidadosa.

Apesar de bastante principiológica, com diversos dispositivos que devem ser objeto de regulamentação infralegal pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a adequação das atividades de tratamento de dados pessoais por todos aqueles sujeitos à sua aplicação¹³ demanda uma “procedimentalização”.

Como destaca a professora Patricia Peck PINHEIRO:

“(...) as leis sobre proteção de dados pessoais [como é o caso da LGPD] têm uma característica muito peculiar de redação principiológica e de amarração com indicadores mais assertivos, de ordem técnica, que permitam auferir de forma auditável se o compromisso está sendo cumprido, por meio da análise de trilhas de auditoria e da implementação de uma série de itens de controle para uma melhor governança dos dados pessoais.”¹⁴

Por via de consequência, o processo de adequação e conformidade com a LGPD pode ser estruturado com certa liberdade, gerando certa insegurança, porquanto a legislação não traz os requisitos procedimentais para seu atendimento. Assim, as noções de experiência do usuário podem auxiliar para uma adequação mais sólida.

Vejamos: O art. 6º, inc. VI, da legislação especial, elenca entre os princípios que devem ser observados nas atividades de tratamento de dados pessoais, o princípio da transparência, que se traduz na “garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes

de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

Portanto, para a LGPD, o tratamento dos dados pessoais deve ser realizado de maneira transparente, pois se o titular é o proprietário de suas informações, deve saber quais são utilizadas, quem as utiliza, para quais finalidades, por quanto tempo, entre outros aspectos relevantes da atividade de tratamento de dados pessoais. Não por outra razão, o art. 18 da legislação assegura expressamente ao titular alguns direitos que decorrem do princípio da transparência, como o da confirmação da existência do tratamento, o de informação sobre entidades beneficiadas com o compartilhamento dos seus dados e o de informação sobre a possibilidade de fornecer o consentimento para tratamento de dados pessoais e as consequências de eventual negativa.

Destarte, imagine-se os impactos que essas disposições possuem, por exemplo, na programação de um sítio eletrônico (*site*), que agora precisa apresentar informações claras e precisas sobre como os dados pessoais de um visitante (usuário) são utilizadas. Esses dados podem ser *cookies* coletados ao visitar o *site* ou mesmo informações que são fornecidas pelo próprio usuário ao preencher um formulário de contato ou fazer o *download* de um material (estratégica de *marketing* cada vez mais comum).

Veja-se que, para se garantir uma efetiva transparência no tratamento de dados pessoais, conforme a intenção do legislador, não basta incluir um extenso acordo legal (termos de uso e/ou política de privacidade, p. ex.) com informações técnicas ou de difícil entendimento, sobretudo considerando que, em média, 90% (noventa por cento) das pessoas não leem esses documentos.¹⁵

13 O art. 4º da LGPD exclui algumas situações da sua aplicação, como o tratamento de dados pessoais para fins jornalísticos e artísticos ou para fins de segurança pública e o tratamento realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

14 PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 14.

15 A título exemplificativo, pesquisa realizada pela Deloitte apontou que 91% (noventa e um por cento) dos

Se a LGPD coloca a pessoa natural, titular dos dados pessoais, como o cerne da questão, destacando a importância da tutela jurídica das suas informações como forma de concretizar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da sua personalidade, não restam alternativas senão garantir que os instrumentos utilizados para buscar a conformidade legal sejam estruturados e desenvolvidos com foco nele.

Não por outra razão, as noções de *privacy by design* (ter a privacidade do usuário/cliente como preocupação presente desde a concepção de um novo produto ou serviço) e *privacy by default* (adotar o nível de privacidade mais elevado possível como configuração padrão de um dispositivo)¹⁶ encontram-se em crescente adoção.

Nesta conjuntura, a adoção de boas práticas relativas à experiência do usuário, além de atender as intenções do legislador, pode ser um importante aliado na conscientização/educação dos jurisdicionados e, conseqüentemente, na construção de uma cultura de proteção de dados pessoais.

Ainda, essas boas práticas podem evitar ou, quando menos, minimizar riscos de responsabilização pelo agente de tratamento de dados pessoais, garantindo a sustentabilidade do negócio¹⁷ e estabelecendo um

ambiente de confiança com o usuário (titular dos dados).

Por óbvio, a aplicação dos conceitos de experiência do usuário deve ocorrer mediante análise de cada atividade de tratamento de dados pessoais a ser realizada e não se traduz meramente em cuidados com a interface do produto ou serviço (p. ex., a forma como os termos de uso serão dispostos ou como um formulário de coleta de dados se apresentará), embora esse seja um importante aliado.¹⁸

Como visto, a experiência do usuário deve também considerar toda a relação com o titular, o que inclui, por exemplo, cuidados para que os avisos legais disponibilizados sejam facilmente compreendidos pelo titular e que haja um suporte efetivo para esclarecer eventuais dúvidas ou mesmo atender a requisições relativas aos dados tratados.

Os ensinamentos de *designers* de experiência do usuário ("*UX designers*") obtidos a partir da legislação de proteção de dados pessoais da União Europeia podem ser utilizados como fonte para estruturar adequações no contexto da legislação brasileira.

Exemplificativamente, uma das melhores práticas para obter o consentimento do titular de forma legal, é observar a sua característica de "granularidade", isto é, o titular deve conceder uma autorização de tratamento específica para cada tipo de dado pessoal a ser coletado e tratado, permitindo que ele se oponha ao tratamento de dados desnecessários ou excessivos à finalidade do tratamento.¹⁹

norte-americanos aceitam os termos e condições sem ler antes de instalar aplicativos, aceitar atualizações, registrar em pontos de conexão à rede mundial de computadores (internet) disponibilizado por lugares públicos ou organizações e assinar serviços *online*. Esse percentual chega a ser 97% (noventa e sete por cento) em pessoas entre 18 e 34 anos de idade (DELOITTE. **2017 Global Mobile Consumer Survey US Edition:** The dawn of the new era in mobile. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/technology-media-telecommunications/us-tmt-2017-global-mobile-consumer-survey-executive-summary.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2021). Essa pesquisa é corroborada por outras pesquisas de mercado, inclusive relativas a usuários de outras localidades.

16 BIONI, Bruno Ricardo. Op. cit., p. 233 e 250.

17 Registre-se que, de acordo com art. 52, §1º, da LGPD, a boa-fé e a adoção de boas práticas e medidas preventivas e corretivas para a proteção de dados pessoais devem ser levadas em consideração na aplicação das penalidades previstas na lei, de modo que a forma como

as adequações necessárias à conformidade legal foi implementada e estruturada pode ter impacto relevante na dosimetria das penas.

18 O Considerando 60 e o art. 12 do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho), que influenciou fortemente o texto da LGPD, já apresenta essas preocupações, destacando que ícones normalizados ("*standardised icons*") podem ser combinados com as informações a serem divulgadas ao titular dos dados para facilitar a compreensão sobre a atividade de tratamento a ser realizada.

19 BIONI, Bruno Ricardo. Op. cit., p. 239.

Adotando os conceitos de experiência do usuário, as políticas de privacidade não devem ser um “tudo ou nada”, devendo explicar como cada tipo de dado é utilizado e para qual finalidade, permitindo que o titular autorize ou se oponha ao tratamento por tipo de dado pessoal. Neste caso, não haveria apenas uma caixa de seleção (*checkbox*) genérica, em que o titular aceita a política de privacidade em sua integralidade (como habitualmente ocorre), mas uma caixa específica para cada tipo de dado pessoal tratado.²⁰

Outro exemplo: Frequentemente, ao realizar o *download* de um novo aplicativo, o usuário é submetido a um tutorial que explica as funcionalidades da aplicação e como utilizá-lo. Uma boa prática de experiência do usuário no contexto da proteção de dados pessoais, é destinar uma parte desse tutorial para também explicar como informações pessoais são utilizadas apresentando, de forma didática, os principais pontos da política de privacidade.²¹

Veja-se, portanto, que a criatividade é de fundamental valia na definição de como as adequações necessárias para atendimento da LGPD serão implementadas. O processo de adequação à legislação de proteção de dados pessoais pode – e deve – envolver profissionais multidisciplinares, suplantando conhecimentos meramente jurídicos ou de segurança da informação.

4. Considerações finais

Como alhures aduzido, as modificações sociais e os avanços tecnológicos demonstraram como os dados são um ativo de

inegável valia, o que permite afirmar a existência de uma economia movida a dados.

Ocorre que, essa nova realidade trouxe também novas preocupações e, entre elas, está o limite para utilização de informações de pessoas naturais, porquanto o seu uso desarrazoado traz preocupações quanto à privacidade, à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Não por outra razão, a tutela jurídica desses direitos fundamentais passou a ser vista sob uma nova perspectiva e legislações que regulamentam como essas informações podem ser utilizadas passaram a ser demandadas.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18), que entrou em vigor em sua maior parte em 2020, foi o primeiro diploma legal a tratar especificamente do tema, em que pese algumas referências jurídicas à tutela de dados pessoais já se encontram em legislações anteriores, de forma mais simplificada.

Apesar de ser a primeira legislação focada na temática, grande parte de suas disposições são principiológicas, não descrevendo com detalhamento como o processo de adequação deve ser implementado na prática, de forma procedimental.

Neste ínterim, as noções de experiência do usuário (*user experience*) podem auxiliar no cumprimento das obrigações legais e tornar a tutela jurídica dos dados pessoais efetiva.

Há muito já se discute a adoção de noções de *design* aliadas aos serviços jurídicos para torna-los mais efetivos – fenômeno que gerou práticas conhecidas como *visual law* e *legal design* (que abrangem as noções de experiência do usuário).

Especificamente em proteção de dados, essas práticas ganham relevo especial, sobretudo porque o titular dos dados é o destinatário da tutela jurídica, que deve ter as informações de sua propriedade

20 GRINA, Martin Braaten. **Best UX practices for GDPR compliance**. Disponível em: <<https://medium.com/@AukaPay/best-ux-practices-for-gdpr-compliance-563b73362095>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

21 BARRET, Claire. **What does GDPR mean for UX?** Disponível em: <<https://uxdesign.cc/what-does-gdpr-mean-for-ux-9b5ecbc51a43>>. Acesso em: 04 abr. 2021.

tratadas em estrita observância à legislação vigente, editada para assegurar o respeito a direitos fundamentais da pessoa natural.

Como exposto neste estudo, as ações para adequação à LGPD, quando devolvidas com enfoque no usuário (titular dos dados), além de garantir um maior entendimento sobre o tema, pode construir um ambiente de confiança entre o agente de tratamento e o titular dos dados, garantindo a perenidade do negócio.

Ademais, é certo que, em caso de eventual litígio ou mesmo violação da legislação, as condutas do agente de tratamento serão consideradas para a dosimetria de eventuais penas, de modo que, demonstrada a preocupação com a construção de uma cultura de proteção de dados e de atendimento aos direitos do titular – o que pode ser realizado com a adoção das noções de experiência do usuário no processo de adequação – os impactos econômicos e reputacionais de um risco de desconformidade podem ser drasticamente reduzidos.

Referências

- BARRET, Claire. **What does GDPR mean for UX?** Disponível em: <<https://uxdesign.cc/what-does-gdpr-mean-for-ux-9b5ecbc51a43>>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BITS ACADEMY. **Legal design – Uma nova abordagem na criação de documentos jurídicos:** Pesquisa de análise de comportamento de usuários diante de documentos jurídicos. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/ErikFonteneleNyb/pesquisa-sobre-a-aplicao-de-legal-design-e-comportamento-do-usurio>>. Acesso em: 03 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 12 set. 1990.
- _____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, 18 nov. 2011.
- _____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União.** Brasília, 24 abr. 2014.
- _____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União.** Brasília, 15 ago. 2018.
- DELOITTE. **2017 Global Mobile Consumer Survey US Edition:** The dawn of the new era in mobile. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/technology-media-telecommunications/us-tmt-2017-global-mobile-consumer-survey-executive-summary.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- GRINA, Martin Braaten. **Best UX practices for GDPR compliance.** Disponível em: <<https://medium.com/@AukaPay/best-ux-practices-for-gdpr-compliance-563b73362095>>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- HAGAN, Margaret. **Law by Design,** 2017. Disponível em: <<https://www.lawbydesign.co/>>. Acesso em: 02 abr. 2021.
- MAIA, Ana Carolina; NYBØ, Erik Fontenele; CUNHA, Mayara. **Legal design:** Criando documentos que fazem sentido para os usuários. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direitos dos titulares de dados.** In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). Comentários ao GDPR. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MENDES, Laura Schertel. **O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais.** Revista

- de Direito do Consumidor, [S.L.], v. 79, jul. 2011.
- NOGUEIRA, Fernanda Araújo Couto e Melo. FONSECA, Maurício Leopoldino. **O consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados**: autonomia privada e o consentimento livre, informado, específico e expresso. In: Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). Porto Alegre: Editora Fi, 2020.
- NORMAN, Donald A. **The design of everyday things**: Revised and expanded edition. New York: Basic Books, 2013.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/18 (LGPD). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho). **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas, 27 abr. 2016.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*, **Harvard Law Review**, Boston, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

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

RONCARATI
EDITORA

Legis 
Compliance