

Cláudia Carneiro
Ana Ayres Delloso

Coordenação

COMPLIANCE.lab

COMPLIANCE APLICADO AO DIREITO

Prefácio: Pierpaolo Bottini

Autoras/Autores:

Adriana Dantas

Alexandre Rangel

Ana Fernanda Delloso

André Martinez

André Carvalho

André Uryn

Barbara Kreutzfeld

Camila Pepe

Cláudia Carneiro

Cristina Oliveira

Daniela Coelho

Duncan Grieve

Eduardo Tardelli

Eloísa Gomes

Fernando Pastore

Filipe Henrique Magliarelli

Florence Haret

Gabriela Arcentales

Gustavo de Oliveira

Henrique Melo

Jefferson Kiyohara

João Augusto Gameiro

Juliana Sá de Miranda

Karlis Novickis

Leonardo Palazzi

Letícia Cecchin

Marcelo Cavali

Marcelo de Oliveira

Marina Nicolosi

Patrícia Latorre

Patrícia Punder

Paula Indalecio

Paulo Tiago Muliterno

Raphaela Nawa

Robert Huie

Steven Neuman

Thiago Maroli

Thiago Luís Sombra

Vanessa Germano

Victor Fanti

Wilson de Barros Filho

©2021 ComplianceLab
Diversos Autores e Autoras
Diagramação: Géssica Ruana

A violação de direitos autorais constitui crime Código Penal, art 184|Lei n° 10.695, de 01/07/2003, sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas-Lei n° 9.610/98. A obra não pode ser utilizada para fins comerciais.

COMPLIANCE APLICADO AO DIREITO

Todos os Direitos Reservados à Compliance.Lab
contato@compliancelab.com.br
<https://www.compliancelab.com.br/>

Carneiro, Cláudia
Delloso, Ana Ayres
Compliance Aplicado ao Direito
ISBN: 978-65-00-27380-9

Notas das Coordenadoras

Razão de grande felicidade que esse e-book venha à luz e principalmente nesse formato, pois possibilita o acesso à leitura por todas as pessoas interessadas em conhecer temas de compliance e suas interfaces com variadas áreas do Direito, por meio de uma visão mais multidisciplinar. O compliance tomou conta das discussões no mundo jurídico que permeia o desempenho de atividades empresariais. Ao longo dos últimos anos, não há debate em que deixe de ser citado. A legislação brasileira também tem trazido novas responsabilidades no tocante à estruturação de sistemas de conformidade e prevenção de ilícitos. Há variados dispositivos legais que exigem a obrigatoriedade da implementação dos programas de integridade, seja com o foco na redução de ilegalidades, como na capacidade de prevenir práticas de corrupção e de lavagem de dinheiro, seja com a ideia de garantir um ambiente de negócios mais transparente e ético. As interfaces do compliance com diversas áreas do direito levam profissionais experientes a refletirem sobre novos temas que tangem suas práticas jurídicas. Esse livro é resultado de algumas dessas reflexões e busca abrir caminho para que outras tantas sejam colocadas.

*Cláudia Carneiro
Ana Fernanda Ayres Delloso*

RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER À LUZ DO CRIME DE
LAVAGEM DE DINHEIRO

Ana Fernanda Ayres Dellosso
Cláudia Carneiro

COMPLIANCE E DIREITO TRIBUTÁRIO

Florence Haret

UMA BREVE INTRODUÇÃO AOS PROGRAMAS DE REPORTANTES DO BRASIL

Raphaela Nawa

AINDA SOBRE OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Marcelo Ribeiro de Oliveira

“TOPICAL ISSUES IN CROSS - BORDER INVESTIGATIONS”

Duncan Grieve

UM ANO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Filipe Henrique Vergniano Magliarelli
Victor Campos Fanti

ANÁLISE DOS ELEMENTOS TÍPICOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE
INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

Marcelo Costenaro Cavali

REGULAÇÃO DO SETOR DE BENS DE LUXO E ALTO VALOR

Camila Pepe
Barbara Kreutzfeld

GESTÃO DE RISCOS DE TERCEIROS

Daniela Coelho
Jefferson Kiyohara

HOW TO SURVIVE A MONITOR'S SURVEILLANCE

Adriana Dantas
Marina Nicolosi
Eloísa Gomes

COMPLIANCE BANCÁRIO NO BRASIL
André Almeida Rodrigues Martinez

ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade Erga Omnes e Ações
Judiciais Preexistentes à sua Celebração
Gustavo Justino de Oliveira

COMPLIANCE E DIREITO DO TRABALHO
Henrique Soares Melo

COMPLIANCE EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO
André Uryn

COMPLIANCE NAS RELAÇÕES CORPORATIVAS
Cristina R. Oliveira
Karlis M. Novickis

A LOOK BEYOND THE FCPA
Fernando Ferreira Pastore
Robert Huie

ESG (ENVIRONMENTAL, SUSTAINABILITY AND GOVERNANCE)
Patricia Punder

DESASTRES AMBIENTAIS: COMPLIANCE 2.0
João Augusto Prado da Silveira Gameiro

O COMPLIANCE 4.0
Eduardo Carboni Tardelli

O PAPEL DO COMPLIANCE NO MODELO DE TRÊS LINHAS DE DEFESA
Alexandre Ribeiro Rangel

CORRUPÇÃO PRIVADA
Juliana Sá de Miranda
Gabriela Arcentales

DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A
Thiago Armigliato Maroli

A DECODIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES TRAZIDAS PELO WHISTLEBLOWER
Wilson Accioli de Barros Filho
André Castro Carvalho

CORRUPÇÃO PRIVADA E COMPLIANCE
Paulo Tiago Sulino Muliterno
Leonardo Palazzi

INCIDENTES DE SEGURANÇA COM DADOS PESSOAIS: DESAFIOS E ALERTAS
Thiago Luís Sombra
Paula Indalecio

GESTÃO DE CRISES & CONTINUIDADE DE NEGÓCIOS
Letícia Felippelli Cecchin
Vanessa de O. Bueno Germano

A DESCOBERTA DE ATOS ILÍCITOS ESCONDIDOS ATRÁS DOS DADOS
Steven Neuman
Patrícia Latorre

Sumário

	PREFÁCIO.....	16
1	RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER À LUZ DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.....	20
1.1	O papel do compliance officer na prevenção à lavagem de dinheiro	22
1.2	Algumas noções básicas sobre crimes omissivos impróprios com ênfase na posição de garante e nos sujeitos responsáveis por deveres de cuidado da Lei 9.613/98.....	29
1.3	Conclusão.....	40
2	COMPLIANCE E DIREITO TRIBUTÁRIO	46
2.1	<i>Compliance</i> fiscal e Sanções Fiscais: verificação da compatibilidade dos critérios adotados pelos Fiscais.....	47
2.2	<i>Compliance</i> fiscal e planejamento tributário: assunção dos efeitos próprios dos atos celebrados	53
2.3	<i>Compliance</i> fiscal e remessas ao exterior: Necessidade de constante revisão dos documentos internos	58

2.4	<i>Compliance</i> fiscal: respondendo às indagações iniciais	61
2.5	Conclusões.....	63
3	UMA BREVE INTRODUÇÃO AOS PROGRAMAS DE REPORTANTES DO BRASIL.....	65
3.1	Programas de reportantes brasileiros	70
3.2	O programa de reportantes da Lei Anticrime ..	71
3.3	Conclusão.....	76
4	AINDA SOBRE OS ACORDOS DE LENIÊNCIA	78
5	“TOPICAL ISSUES IN CROSS - BORDER INVESTIGATIONS”.....	116
5.1	Global enforcement continues despite disruption	117
5.2	Investigative practices are evolving to meet current circumstances.....	119
5.3	Enhanced cooperation and newly active investigating authorities	121
5.4	Multilateral development banks increase oversight and enforcement	127
5.5	Data leaks and investigative journalism continue to drive enforcement.....	130
5.6	Sectors under the spotlight in 2021 and beyond	131

6	UM ANO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	134
6.1	O ANPP em 2020: Os dados e a posição do Ministério Público Federal sobre a Finalidade do Instituto	137
6.2	A possibilidade de retroatividade do ANPP mesmo depois de oferecida a denúncia	139
6.3	Conclusões	149
7	ANÁLISE DOS ELEMENTOS TÍPICOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA.....	151
7.1	Competência para processamento e julgamento do delito.....	153
7.2	Qualquer pessoa pode cometer o crime de uso indevido de informação privilegiada?	159
7.3	O conceito de informação privilegiada	164
7.4	O rol de valores mobiliários	166
7.5	Uso indevido mediante negociação.....	169
8	REGULAÇÃO DO SETOR DE BENS DE LUXO E ALTO VALOR	171
8.1	Bens de luxo e bens de alto valor: conceito e legislação vigente	174
8.2	O que vem sendo esclarecido nos precedentes	178
8.3	Conclusão.....	181

9	GESTÃO DE RISCOS DE TERCEIROS	183
9.1	Contexto do <i>Compliance</i> Anticorrupção . . .	183
9.2	Os terceiros e seus riscos.....	185
9.3	Mitigando os riscos de terceiros através do Compliance	187
9.4	Ampliando a gestão de riscos de terceiros para além do <i>Compliance</i> Anticorrupção.....	190
9.4.1	Seleção e qualificação	191
9.4.2	Contratação e <i>onboarding</i>	193
9.4.3	Monitoramento e Auditoria.....	195
9.4.4	Encerramento do contrato	196
9.5	Continuidade e Sustentabilidade	197
9.6	Afinal, o que se espera da relação com terceiros e fornecedores?.....	199
10	HOW TO SURVIVE A MONITOR'S SURVEILLANCE.....	201
10.1	Objetivos do Monitoramento Independente	202
10.2	O Papel do Monitor	205
10.3	Deveres que recaem sobre a Empresa Monitorada.....	211
10.4	Desafios do Monitoramento Independente no Brasil	213
10.5	Conclusão.....	217
11	COMPLIANCE BANCÁRIO NO BRASIL	219

11.1	Breve histórico	219
11.2	Avanços normativos.....	221
11.3	Principais desafios.....	224
12	ACORDO DE LENIÊNCIA, OPONIBILIDADE <i>ERGA OMNES</i> E AÇÕES JUDICIAIS PREEXISTENTES À SUA CELEBRAÇÃO.....	229
12.1	A problemática da segurança jurídica envolvendo o acordo de leniência.....	231
12.2	Sobre a oponibilidade de acordo de leniência celebrado por órgão competente em relação aos demais órgãos que não participaram diretamente da negociação	237
12.3	Acordo de leniência, ações judiciais preexistentes à celebração e a resolução dos litígios judicializados.....	247
12.4	Conclusão.....	259
13	<i>COMPLIANCE</i> E DIREITO DO TRABALHO	261
13.1	Estruturação do <i>compliance</i> trabalhista	264
13.1.1	Requisitos essenciais e ponto de partida do <i>compliance</i> trabalhista.....	264
13.1.2	Estrutura do <i>compliance</i> trabalhista	266
13.1.3	Operacionalização do <i>compliance</i> trabalhista ..	270

13.2	Benefícios oriundos do compliance trabalhista	272
14	COMPLIANCE EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.....	275
15	COMPLIANCE NAS RELAÇÕES CORPORATIVAS	286
16	A LOOK BEYOND THE FCPA	293
16.1	More than the FCPA	293
16.2	Extraterritorial reach of US anti-money laundering statutes.....	297
16.3	Extraterritorial reach of U.S wire fraud statute	301
16.4	Conclusion	304
17	ESG (ENVIRONMENTAL, SUSTAINABILITY AND GOVERNANCE)	306
17.1	Histórico.....	308
17.1.1	Capitalismo	308
17.1.2	Visão Liberal.....	309
17.1.3	Função Social Corporativa Liberal	311
17.1.4	Capitalismo dos Acionistas.....	311
17.1.5	Novo Capitalismo/Capitalismo dos <i>Stakeholders</i> (sociedade).....	313
17.2	ESG no Brasil e no Mundo	315
17.3	Estratégias de ESG.....	322

17.4	Integridade e Reputação empresarial	326
17.5	Consequências.....	329
17.6	Conclusão.....	331
18	DESASTRES AMBIENTAIS: COMPLIANCE 2.0	334
19	O COMPLIANCE 4.0	351
20	O PAPEL DO COMPLIANCE NO MODELO DE TRÊS LINHAS DE DEFESA.....	364
20.1	A importância da estrutura organizacional.....	364
20.2	O modelo Linhas de Defesa (LdD)	365
20.3	A Primeira Linha de Defesa.....	367
20.4	A Segunda Linha de Defesa.....	368
20.5	A Terceira Linha de Defesa.....	371
20.6	Conclusão.....	371
20.7	Só podemos gerenciar aquilo que compreendemos.....	372
21	CORRUPÇÃO PRIVADA	373
21.1	Identificando atos de corrupção privada.....	376
21.2	Repercussões penais da corrupção privada	381
21.3	Prevenindo a corrupção privada	383
21.4	Conclusões	387
22	DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A	389

22.1	Questões Gerais relacionadas ao M&A	392
22.2	Auditoria Anticorrupção e o M&A	395
22.3	Providências Pós Aquisição	403
23	A DECODIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES TRAZIDAS PELO WHISTLEBLOWER	405
23.1	Acordo administrativo público - privado: contexto, conceito e parâmetros fundamentais.....	411
23.2	<i>Whistleblowing</i> : conceito, realidade normativa e breves anotações críticas	420
23.3	Acordo administrativo e <i>whistleblowing</i> : decodificando o conteúdo da informação reportada pelo <i>whistleblower</i> para a formalização de acordo público - privado.....	430
23.3.1	Fase pré-investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo?.....	433
23.3.2	Fase investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo?.....	439
23.3.3	Fase processual pós-investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo? ..	447
23.4	Conclusão.....	453
24	CORRUPÇÃO PRIVADA E COMPLIANCE	456
24.1	Alguns esforços contra a corrupção “tradicional”	458
24.2	Corrupção no setor privado.....	461
24.3	Exemplos de combate à corrupção “privada”	

	no mundo.....	467
24.4	Corrupção “privada” no Brasil.....	472
24.5	A importância do Compliance diante da corrupção “privada”	484
24.6	Conclusão.....	492
25	INCIDENTES DE SEGURANÇA COM DADOS PESSOAIS: DESAFIOS E ALERTAS.....	497
26	GESTÃO DE CRISES & CONTINUIDADE DE NEGÓCIOS.....	505
26.1	Referencial teórico	507
26.1.1	Gestão de Riscos	507
26.1.2	Riscos e sua interface com o <i>compliance</i>	509
26.1.3	Gestão de Crises e Continuidade de Negócios	512
26.2	Continuidade de Negócios	512
26.2.1	Gestão de Crises.....	514
26.3	Comunicação e Treinamento.....	520
26.4	Considerações finais.....	522
27	A DESCOBERTA DE ATOS ILÍCITOS ESCONDIDOS ATRÁS DOS DADOS.....	525
27.1	Definição de <i>data analytics</i>	526
27.2	Em que momento o <i>Data Analytics</i> se torna mais útil?	528

27.3	Levando a análise de dados um passo adiante – monitoramento de transações	530
27.4	Alavancando o monitoramento de transações ..	533
27.5	Foco na lei anticorrupção para o melhorar o retorno sobre investimento	537
27.6	Como auxiliar por meio de <i>Data Analytics</i>	539
27.7	As melhores práticas para a identificação de má conduta	541
27.8	Conclusão.....	544
	Referências Bibliográficas	546

PREFÁCIO

O presente livro, que celebra a 3ª edição do laboratório internacional do ComplianceLab, coordenado pelas amigas Cláudia Carneiro e Ana Fernanda Ayres, oferece ao leitor um amplo panorama sobre a atividade de compliance nos mais diversos setores. Pela reunião de profissionais diversos, com experiências distintas, oferece ao leitor uma gama de perspectivas e visões sobre essa atividade que ganha corpo e relevância no cenário jurídico nacional.

Advogados, acadêmicos, juízes e promotores discutem o tema sob diferentes visões, em um contexto de reorganização de marcos legais e institucionais no qual a preocupação de profissionais e empresas com a prevenção de delitos, ou com sua rápida detecção, tem relevância ímpar. Novas regras sobre a lavagem de dinheiro, o mercado de capitais, e uma guinada na jurisprudência que amplia os âmbitos de responsabilidade dos dirigentes empresariais, seja por ação, seja por omissão, indica a importância da adoção de mecanismos sérios e eficientes para impedir que as estruturas corporativas sejam usadas para a prática de ilícitos.

Nessa linha, a presente obra parte de reflexões sobre o papel do compliance officer – peça chave na estrutura de prevenção de crimes – suas atribuições e a natureza jurídica de suas atividades. O artigo das organizadoras Ana Fernanda Ayres e Cláudia Carneiro, aborda de maneira organizada e clara ponde-

rações sobre as consequências penais – e seus limites – de um mal desempenho de atribuições por parte deste profissional.

Ainda na linha do tema central, o *compliance*, são apresentadas as contribuições de Alexandre Ribeiro Rangel, André Uryn, André Martinez, Florence Cronemberger, Henrique Soares Melo, Eduardo Carboni Tardelli, João Gameiro e Patrícia Punder, Letícia Felippelli Cecchin e Vanessa de O. Bueno Germano, todos com diferentes e importantes abordagens que vão desde o direito do trabalho até os impactos da lei anticorrupção na estruturação desta atividade.

Outros artigos que compõem a obra tratam de temas intimamente ligados à atividade de prevenção de delitos no âmbito empresarial, como a LGPD (Thiago Luís Sombra e Paula Indalecio), a due dilinge em operações de M&A (Thiago Maroli), a gestão de risco de terceiros (Jefferson Kiyohara e Daniela Coelho), as questões complexas das investigações internacionais (Duncan Grieve), a descoberta de ilícitos escondidos atrás dos dados (Steven Neuman e Patrícia Latorre), a corrupção privada (Juliana Sá de Miranda e Gabriele Arcentales) (Paulo Tiago Sulino Muliterno e Leonardo Palazzi), o whistleblowing (Raphaela Nawa), as informações de whistleblower e os acordos administrativos público-privados (Wilson Accioli de Barros Filho e André Castro Carvalho), a extraterritorialidade de leis americanas em relação a crimes financeiros na América Latina (Fernando Pastore e Robert Huie), as regras para sobreviver à “Monitor Surveillance” (Adriana Dantas, Marina Nicolosi e

Eloísa Gomes).

Outro tema relevante – e que reúne alguns artigos – é a atividade colaborativa de empresa e executivos com as autoridades públicas para a prevenção e apuração de delitos, e as diversas questões que a ela permeiam. Nessa linha, as contribuições de Marcelo Ribeiro de Oliveira, do professor da Universidade de São Paulo Gustavo Justino de Oliveira e de Filipe Magliarelli e Victor Campos Fanti.

Sobre este assunto, é importante destacar as dificuldades que perpassam as instâncias decisórias de corporações quando optam por cominicar ao Poder Público a existência de irregularidades em seu seio. As lacunas legislativas e a falta de consenso sobre temas centrais a respeito da leniência e da colaboração impõem um debate constante, para buscar a racionalização de procedimentos e critérios e a construção de um cenário mais seguro para todos aqueles que decidem adotar posturas colaborativas.

A obra traz ainda importantes contribuições de estudiosos em temas específicos, como o artigo de Marcelo Cavali, magistrado especialista na área de crimes contra o mercado de capitais, os estudos de Camila Pepe e Barbara Kreutzfeld sobre a regulação de bens de luxo e a prevenção à lavagem de dinheiro, e a contribuição de Cristina R. Oliveira e Karlis M. Novickis, a respeito da aplicação de modelos restaurativos de justiça nas relações corporativas.

As estratégias de compliance, seus contornos e desdobramentos nos diversos campos do direito merecem estudo, debate e conceituação, para que os discursos e decisões

PREFÁCIO

sobre a matéria saiam do lugar comum e da superficialidade, e os não poucos problemas práticos que se apresentam sejam solucionados com racionalidade e seriedade.

A heterogeneidade de temas e as distintas abordagens da presente obra vão nesse sentido, oferecendo uma visão completa e multidisciplinar sobre um tema atual e relevante, que merecia uma reflexão deste jaez, agora apresentada ao público.

São Paulo, 15 de setembro de 2021

Pierpaolo Cruz Bottini

1 RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER À LUZ DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Ana Fernanda Ayres Delloso

Advogada criminalista. Especialista em Direito Penal Econômico e em Compliance pela Fundação Getúlio Vargas.

Cláudia Carneiro

Sócia do ComplianceLab. Curso Direito Tributário pelo IBDT - USP e Educação Profissional a Distância em Gestão de Negócios pela Georgetown University McDonough School of Business. Prêmio Esdras Destaque 2020 pela FGV- SP.

Nos últimos anos no Brasil, entre as interfaces dos direitos empresarial e penal, instrumentos de prevenção à criminalidade econômica ganharam cada vez mais destaque – tanto em legislações, como em discussões acadêmico-doutrinárias e, em especial e na prática, com implementações de programas de *compliance*.

Sob o prisma legislativo, dois sistemas de *compliance* encontram-se mais estruturados: o de anticorrupção (Lei 12.846/13) e o de prevenção à lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98). No entanto, parece-nos que a relevância e o potencial penal da ideia de *compliance* não foram de todo explorados com profundidade. E aqui, para os fins e limites desse artigo, falamos da responsabilização de pessoas físicas que trabalham com

integridade, no tocante à análise de riscos e aos deveres de comunicação de fatos possivelmente caracterizadores de lavagem de dinheiro.

Logo de início, é curioso notar que partimos de um aparente paradoxo: embora um dos principais objetivos do *compliance* criminal seja a prevenção de delitos, a sua concretização aumenta as chances de responsabilização penal, inclusive de profissionais de integridade (gerentes, diretores, entre outros). Isso porque a implementação de programas de conformidade cria condições para que, no âmbito de uma empresa ou instituição financeira, identifiquem-se cadeias de atribuições e responsabilidades, ao passo em que pode colocar a figura do *compliance officer* em potencial posição de garante.¹

A discussão é profunda e envolve temas caros e basilares do direito penal, no que toca à omissão e a elementos de autoria e participação. Nos limites desse artigo, porém, levantam-se os principais aspectos dessas importantes reflexões para a atuação concreta do profissional de *compliance*, em específico em relação a situações de branqueamento de capitais.

¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance e prevenção à de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 165-180, jul./set. 2014.

1.1 O papel do compliance officer na prevenção à lavagem de dinheiro

A análise da possível responsabilização penal de um *compliance officer* passa necessariamente pelo exame das suas atribuições, funções e responsabilidades dentro da estrutura empresarial.

Em visão bastante ampla, pode-se dizer que esse profissional desempenha função indispensável na promoção da integridade nas corporações. Responsável por garantir que as empresas cumpram as regras que se aplicam às suas operações, trabalha em conjunto com a liderança corporativa para infundir uma cultura de conformidade e transparência, com a finalidade de evitar danos à empresa, aos investidores e terceiros.²

Ainda em linhas gerais, conforme recomendações do Departamento de Justiça dos Estados Unidos,³ a atuação do *compliance officer* deve envolver medidas afirmativas para implementar mecanismos de conformidade interna, o que inclui: (i) a existência de um programa com recursos adequados para mitigação de ilegalidades em todos os setores da empresa; (ii) a competência, autoridade e real autonomia desse profissional de integridade para desempenhar seu papel, de forma a poder

² <https://www.sec.gov/news/statement/supporting-role-of-chief-compliance-officers.html>

³ Evaluation-of-corporate-compliance-programs-june-2020-revision.pdf .
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

supervisionar “ações de toda a organização, incluindo, mas não se limitando à alta administração”.⁴

Destarte, o papel técnico do *compliance officer* pode compreender, por exemplo: (i) avaliação e gestão de riscos; (ii) alocações de recursos sob medida para diferentes tipos de riscos conforme peculiaridades do negócio de cada companhia; (iii) elaboração de políticas e procedimentos internos; (iv) desenvolvimento de projetos de acessibilidade e de canais de comunicações, reportes e orientações; (v) acompanhamento da disponibilidade desses canais e de orientações a funcionários; (vi) estruturação de relatórios de processos internos de investigação; (vii) realização de processos de due diligence e outras diligências em transações da companhia, como em fusões e aquisições; (viii) constantes atualizações e revisões de melhoria contínua; entre outras atividades que favoreçam a evolução da cultura de conformidade da atividade empresarial.

Nesse contexto, o desafio da atuação do *compliance officer* está intimamente ligado com as dificuldades que empresas ou instituições financeiras podem encontrar na implementação de um programa de conformidade efetivo. Entendido este como aquele em funcionamento amplo e adequado o suficiente, para que os colaboradores de determinada organização reportem ativamente os possíveis problemas encon-

⁴ Evaluation-of-corporate-compliance-programs-june-2020-revision.pdf
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

trados na execução de suas atividades,⁵ de forma a facilitar a identificação e resolução interna de irregularidades ou de eventuais atos ilícitos, sem que haja necessidade de processos externos de investigações ou ações judiciais.

No ponto, é interessante observar que, ainda hoje no Brasil, algumas empresas e instituições não parecem ter a percepção adequada sobre a verdadeira função da cultura de integridade. A implementação de programas de conformidade parece ser vista apenas como um instrumento necessário para participação em determinadas licitações ou para descontos ou abatimento de eventuais multas que possam ser aplicadas, em processos administrativos de apuração de infrações ou celebração de acordos de leniência, entre outros. Apesar de tais constatações, estamos inseridos no que se poderia chamar de uma “era de *compliance*” e existe um olhar cada vez maior para a importância do desenvolvimento de lideranças éticas e da adoção de boas práticas na atividade empresarial, no sentido de

⁵ Conforme estudo da KPMG, mais de 80% dos colaboradores dependem do incentivo que possuem para agir em conformidade com a governança corporativa. Já 10% agem de forma ética e os 10% restantes são imorais independente de qualquer programa de compliance. Nessa ótica, a empresa que investir em consistentes mecanismos de integridade teria 90% dos colaboradores cooperando em prevenir, detectar e corrigir atos ilícitos. Vide: Estudo da KPMG, 2014: 2014 KPMG Transaction and Forensic Services Ltda. (sociedade simples brasileira, de responsabilidade limitada, e firma-membro da rede KPMG de firmas-membro independentes e afiliada à KPMG International Cooperative (“KPMG International”), uma entidade suíça. Impresso Brasil. (KPDS 77803)).

que tudo isso transborda os limites de cada organização e traz reflexos positivos para a sociedade como um todo.

Postas estas considerações, sabe-se que as empresas podem adotar diversos programas de *compliance*, conforme ramos de atividades específicos e outros aspectos de suas organizações, assim como conferir diferentes atribuições a profissionais responsáveis por integridade. Por isso, na prática, é muito difícil encontrar uma definição padrão ou um modelo para responder à pergunta: o que faz um *compliance officer*?

Tudo dependerá de situações concretas que envolvem a estrutura empresarial e o feixe de atribuições conferidas àquele profissional em cada organização.

No Brasil, para o campo da lavagem de dinheiro, a visão geral das atribuições de conformidade ganha contornos mais específicos: a Lei 9.613/98 elenca deveres de *compliance* e seus responsáveis, de forma vinculada ao nosso sistema de prevenção a tais delitos (arts. 10, 11 e 11-A). Vale destacar que, em 2012, referida Lei foi alterada e passou a exigir que empresas ou profissionais específicos (art. 9º) adotem “políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações” (art. 10, III).

A lei brasileira tornou obrigatória a implementação e desenvolvimento de programas de integridade voltados à prevenção de práticas de branqueamento de capitais – o que trouxe reflexos não só em relação ao âmbito de abrangência do

compliance no país,⁶ mas também na discussão dos deveres dos profissionais de conformidade e das consequências de seus descumprimentos.

Note-se uma definição de *compliance* para efeito da legislação antilavagem de dinheiro: “é o conjunto de regras jurídicas que impõe aos sujeitos expressamente nelas elencados duas obrigações em essência: I) a de instituir filtros em suas atividades cotidianas, consistentes em controles sobre a movimentação financeira, de bens e serviços, de seus clientes, funcionários e sócios, de modo a perceber indícios do uso de sua profissão ou indústria para a transformação de bens econômicos de origem ilícita em bens econômicos aparentemente lícitos; II) a de comunicar às autoridades responsáveis a ocorrência desses indícios”.⁷

Nesse passo, considerados os deveres legais relacionados à prevenção de lavagem de dinheiro, podemos dizer que, em regra, o *compliance officer* possuirá notadamente algum grau de

⁶ Como aponta Bottini: “No Brasil, onde a responsabilidade criminal da pessoa jurídica é restrita à esfera ambiental, o âmbito de abrangência do *compliance* é voltado às áreas com maior risco de crises institucionais e de imagem, ou cuja regulação exija a criação do setor (embora venha se desenvolvendo com força nos mais diversos campos)” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais*, 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 53).

⁷ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de et alli. *Lavagem de dinheiro, prevenção e controle penal*, 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 61.

responsabilidade por: (i) detectar atos suspeitos e (ii) comunicá-los ou ao responsável por tomar uma atitude diante desses fatos ou diretamente ao órgão brasileiro de inteligência financeira (COAF – Conselho de Atividades Financeiras).

Logo, estamos diante de deveres de ação, cujo descumprimento implica uma omissão. Destarte, do ponto de vista da análise de responsabilidade penal, a atuação do *compliance officer* é relevante nas situações em que ele não comunica o ato suspeito a quem ele deveria comunicar. De onde surge a pergunta: Essa omissão/descumprimento de dever gerará para ele uma responsabilidade criminal?

Há posições doutrinárias⁸ no sentido de que o

⁸ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de compliance. In: CARLI, Carla Veríssimo de et alli. Lavagem de dinheiro, prevenção e controle penal, 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 104/105. Este autor faz ressalva somente para casos dolosos de coautoria ou participação no delito de lavagem de dinheiro: “a responsabilidade administrativa exclusiva não vale para aquele que tenham agido com dolo, isto é, participado dolosamente do crime, quando, nesse caso, passarão a coautores do crime de lavagem”. Vide ainda: “Vale, ademais, uma palavra sobre compliance e responsabilidade penal. O descumprimento das normas legais e regulamentares sobre precauções e cautelas que devem ser adotadas pelas entidades sensíveis à lavagem de dinheiro, a partir de agora expostas, não é suficiente para a responsabilidade criminal dos obrigados. Ainda que tais regras constituam um marco para a fixação do risco permitido, sua observância pode indicar imprudência, desídia, mas não necessariamente um ato de colaboração dolosa com a prática ilícita. Para este último, é necessária a identificação do descumprimento da obrigação legal, a posição de garante do agente (uma vez que na maior parte dos casos se tratam de condutas omissivas), sua relação direta com uma prática efetiva do crime em análise, bem

descumprimento por si só acarretaria, a princípio, uma responsabilidade administrativa, já prevista na própria Lei de Lavagem de Dinheiro (arts. 12 e 13) – que, aliás, estabelece a aplicação de multa quando houver descumprimento de obrigações de *compliance* (art. 12, § 2º, II).

Ademais, sabemos que não existe crime específico na parte especial do Código Penal ou na Lei 9.613/98 no tocante a tal omissão quanto aos deveres de integridade. Logo, a eventual responsabilidade criminal do *compliance officer* só poderia advir caso ele se encontre na posição de garante, em situação de crime comissivo por omissão (ou omissão imprópria), nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal.

A análise de tais aspectos da criminalização da omissão merece algumas considerações mais específicas que seguem.

como a ciência do contexto delitivo e o dolo de realizar ou de contribuir com a operação. Por isso, o presente capítulo deve ser lido como uma orientação para o adequado desenvolvimento de setores organizados e estruturados de *compliance*, mas não como uma lista de atividades cuja ausência implique automaticamente autoria ou participação na lavagem de dinheiro dolosa” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 54).

1.2 Algumas noções básicas sobre crimes omissivos impróprios com ênfase na posição de garante e nos sujeitos responsáveis por deveres de cuidado da Lei 9.613/98

As modalidades de práticas de lavagem de dinheiro previstas na Lei 9.613/98 são comissivas via de regra – vale dizer, representam um ato positivo do agente. A nossa legislação não prevê, em normas penais específicas, situações em que o “deixar de agir” poderia caracterizar a lavagem de ativos, razão pela qual não é possível praticar esse crime mediante a chamada “omissão própria”, mas apenas por “omissão imprópria”, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal.⁹

Vale ressaltar que a diferenciação de crimes omissivos entre “próprios” e “impróprios” rende diversas discussões e posições doutrinárias, cuja análise está além dos limites desse artigo. Aqui, com vistas à situação do *compliance officer*, passamos ao exame da prática de branqueamento de capitais nos termos da redação do dispositivo legal acima apontado (CP, art.

⁹ Norma in verbis: “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (. . .).

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

13, § 2º) – o que sempre caracterizará uma omissão imprópria ou um crime comissivo por omissão.

Posto isso, na medida em que a norma exige o “dever” e o “poder” de agir do omitente para evitar o resultado, a ocorrência de lavagem de dinheiro nesses casos depende de que o agente tenha o dever de impedir o resultado [chamado “dever de garante”], o poder de fazê-lo e não evite sua ocorrência.

Como se pode perceber, o conceito de “garante” será problemática central na análise da possível prática de lavagem de dinheiro, na forma comissiva por omissão, por pessoas obrigada a comunicar atos suspeitos. Em forma de questões,¹⁰ temos: o profissional de integridade pode ser considerado “garante” de operações duvidosas, no sentido de possuir o dever e poder de agir, para impedir a lavagem de dinheiro? E, em sendo garante, se ele descumprir as regras legais de registro ou de comunicação e, em decorrência disso, a prática de lavagem de dinheiro ocorrer, ele pode responder pelo delito?

¹⁰ Válido destacar que questões semelhantes se colocam no debate internacional. A propósito: “*Una de las primeras preguntas que cabe formular es: ¿qué consecuencias jurídico-penales puede tener el incumplimiento de estos deberes por parte de las concretas personas físicas encargadas de su cumplimiento? ¿Puede acarrear responsabilidad penal a título de (co)autoría o participación en el delito no evitado? ¿Cuáles son los riesgos penales que arrostra quien deba asumir la ejecución de estos deberes en el seno de la empresa, y cómo se concretan?*” (GOMÉZ-ALLER, Jacobo Dopico. Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. In: PUIG, Santiago Mir et al. Responsabilidad de la Empresa y Compliance, Madrid, 2014, p.338).

As respostas surgem a partir da noção de garante, em vista dos tipos penais de lavagem de dinheiro e o bem jurídico protegido.

A afamada posição de garante, a par das extensas discussões doutrinárias que gera,¹¹ parece-nos, de uma forma geral, estar atrelada ao comprometimento com a proteção de um bem jurídico, no sentido de evitar ocorrências com resultado lesivo para este. Nessa linha de raciocínio, podemos dizer que o sujeito será garante quando: (i) se encontra na posição de preservar um específico bem jurídico em relação a quaisquer ataques externos; ou (ii) detém o dever de controle e vigilância

¹¹ “Não obstante, comenta Roxin que a necessidade de identificação correta de um garante para a autoria dos delitos comissivos por omissão é tão forte quanto é controversa a sua delimitação. Tendo em vista que a previsão legal dos deveres de garante nos Códigos Penais é bastante genérica, são inúmeras as teses que pretendem fundamentar quando se deve reconhecer um sujeito como garante: em virtude de lei, contrato ou atuação precedente (ingerência), comunidade de vida ou de perigo, relação de domínio ou proximidade com um bem jurídico, domínio sobre a fonte de perigo, ou sobre o curso da lesão, dever de proteção, assunção de um dever especial de proteção, relação de confiança especial, responsabilidade por organização, usurpação de uma barreira de contenção, entre muitas outras teses que não seria possível enumerar aqui. ‘Garante’ é, conseqüentemente, um termo polissêmico para expressar o que em cada momento histórico se entendeu como sujeito cuja conduta omissiva fosse equivalente à ação. E, para acrescentar em dificuldade a delimitação dos deveres de garantia, existem tantas teses sobre o garantidor penal quanto existem teses sobre a comissão por omissão” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 145/146).

sobre uma fonte de perigo.¹²

Essa ideia geral tem consonância com as hipóteses de “dever de agir” trazidas pelo dispositivo do Código Penal supracitado (art. 13, § 2º, alíneas a, b e c). Seja nas figuras de obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância (alínea a), seja nas de assunção de responsabilidade por impedir resultado (alínea b), ou naquelas de riscos criados pelo próprio omitente (alínea c), sobressai um sentido geral do que se espera da figura do garante: proteção de bens jurídicos ou evitação de resultados lesivos ou perigosos a estes.¹³

Nesse passo, para a análise da omissão imprópria na lavagem de dinheiro, é importante ter em vista o bem jurídico protegido,¹⁴ que aqui entendemos como a administração da

¹² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações*. São Paulo, TirantLo Blanch, 2019, p. 217.

¹³ Sobre essas alíneas, Bottini aponta: “a cláusula geral pátria, a exemplo da espanhola e da colombiana, indica com precisão as hipóteses nas quais existe um dever de agir cujo descumprimento torna imputável o resultado típico previsto na Parte Especial. Esse dever de agir está atrelado a riscos criados pelo próprio garante – nos casos de ingerência (alínea c do § 2º do art. 13) – e a riscos alheios (alíneas a e b), cujo desdobramento em resultado será imputável ao omitente em decorrência de lei ou de assunção. Nesses casos, o legislador reconhece a legitimidade de expectativas construídas em torno da figura do garante, de quem se espera – com fundamento jurídico – uma ação no sentido de evitar um resultado ou de proteger um bem jurídico. Em outras palavras, a lei exige que os garantes protejam bens de terceiros diante de riscos próprios, produzidos pelo próprio garante, e de riscos alheios” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo, Marcial Pons, 2018, p. 128).

¹⁴ Vale ressaltar posição de Ana Carolina Oliveira: “O garante penal está

justiça, com o registro de que o assunto gera posições divergentes.¹⁵

comprometido com proteger um bem jurídico e evitar um resultado lesivo para este. Se, no entanto, na lavagem de dinheiro, o bem jurídico apresenta pouco rendimento para a definição do processo de lavagem, o referencial mais seguro para orientar o dever de garante é a interpretação literal dos verbos típicos da Lei de Lavagem. O resultado é a realização da conduta do verbo típico” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, p.313).

¹⁵ No sentido da administração da justiça como bem jurídico: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 89/95. BACIGALUPO, Enrique. Estudios comparativos del derecho penal de los Estados Miembros de la Union Europea sobre la represión del reciclaje o blanqueo ilícitamente obtenido. España en la Europa Comunitaria: Balance de diez años, 1995, p. 451. DE GRANDIS, Rodrigo. O exercício da advocacia e o crime de lavagem de dinheiro. In: CARLI, Carla Veríssimo de et alli. Lavagem de dinheiro, prevenção e controle penal, 2ª edição. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 159. PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.24. p.209-222. São Paulo, Revista dos Tribunais, out/1998. Outras posições: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 313. BARROS, Marco Antonio de. Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 42/47. CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. Lavagem de dinheiro. São Paulo, Atlas, 2014. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Lei 9.613 não protege administração da justiça. Publicação da revista eletrônica Conjur, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-11/lavar-dinheiro-nu-ma-economia-mercado-protoger-ordem-economica> (acesso em 14.7.2021). SOUZA NETTO, José Laurindo de. Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98. Curitiba, Juruá, 1999, p. 61. CORDERO, Isidoro Blanco. El Delito de Blanqueo de Capitales, 3ª edição. Navarra, Aranzadi, Capítulo III, 3.2. PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime

Consideradas essas premissas, resta claro que o enquadramento do *compliance officer* como garante depende do sistema normativo interno da empresa ou instituição financeira, de como se situa a posição desse profissional na estrutura hierárquica e, sobretudo, como ela é exercida na prática.

E, na medida em que há necessidade de análise de situações concretas, não é possível afirmar que esse profissional sempre estará na posição de garante.

A avaliação do feixe de atribuições de cada profissional de integridade, dentro da estrutura hierárquica e normativa da organização, permitirá aferir: se ele tem deveres de registro ou comunicação; se ele possui dever de vigilância ou, de alguma forma, assumiu pessoalmente a responsabilidade por atos de terceiros e pela evitação de perigo ou dano ao bem jurídico; se ele assumiu riscos com seu próprio comportamento de ingerência; se ele pode ser considerado responsável pela gestão de “fontes de perigo”,¹⁶ entre outros.

Nesse contexto, valem alguns apontamentos sobre fontes de perigo, delegações de funções, posição de garante e deveres

antecedente. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 66/98.

¹⁶ “O sujeito obrigado é garante da evitação da lavagem de dinheiro por gerir uma fonte de perigos, considerando tal fonte a atividade profissional de riscos elevados ou a não implementação de medidas de prevenção e contenção desse foco de perigo. Eles são titulares de uma liberdade especial autorizada pelo Estado, que deve ser exercida mediante deveres especiais de prevenção e cuidado” (OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 314).

de agir. Em nossa visão, as fontes de perigo devem ser consideradas no contexto de determinadas atividades profissionais, cuja execução implica maior risco de ocorrências de crime – e, na análise presente, falamos de lavagem de dinheiro. Nessa linha, pessoas serão consideradas fontes de perigo quando houver o risco de que elas, em suas atividades ligadas a determinada empresa ou organização, pratiquem esses atos ilícitos.

Por isso, no contexto das atividades profissionais que geram obrigações reguladas pela Lei 9.613/98, aquele que assume e exerce a gestão de pessoas, poderá ser considerado garante em relação aos seus geridos [será garante de uma fonte de perigo]. Em decorrência, esse gestor teria um dever de agir para impedir que seus liderados cometam ou participem de delitos durante a execução de suas atividades profissionais no âmbito da empresa ou instituição.

O exercício desse dever de agir [vigiar para que não haja crime] pode ocorrer de forma direta pelo próprio gestor [empresário, diretor, gerente, entre outros] ou mediante a delegação desse dever a um indivíduo ou órgão de vigilância, supervisão e controle [um setor de *compliance* ou *compliance officers*]. Nessa última hipótese, aquele que delega o dever de vigilância a uma área de compliance não se afasta da sua posição de garante, mas permanece com uma espécie de supervisão “reativa” – cabe a ele receber informações e reagir quando

houver a necessidade. Em tal situação, os profissionais de integridade deterão os deveres ativos de vigilância, mediante investigações e inspeções periódicas, entre outros.

Pois bem. Colocado esse panorama sobre a posição de garante, importam algumas reflexões sobre o *compliance officer*, em relação a situações específicas das obrigações de cuidado da Lei 9.613/98: (i) se a função do profissional de conformidade for especificamente a identificação de atos de lavagem de dinheiro e a comunicação destes diretamente ao COAF ou a algum superior hierárquico, para posterior envio das informações ao órgão de inteligência; e (ii) ele deixa de comunicar; (iii) essa omissão poderá afetar o bem jurídico administração da justiça, pois não será possível fazer o rastro dos ativos suspeitos. Em conclusão nesse aspecto, quanto ao dever de comunicação, existe a hipótese de o profissional responsável ser considerado garante.¹⁷

No entanto, isso não é o suficiente para se concluir por participação omissiva em lavagem de dinheiro. Entre o descumprimento de um dever de cuidado da Lei 9.613/98 ou a omissão de uma operação suspeita de branqueamento de capitais e a participação ou facilitação nesse delito há uma grande distância.

Em primeiro lugar, no tocante aos deveres de cuidado, importa observar que a Lei 9.613/98 não traz atribuição expressa

¹⁷ Nesse sentido, vide entrevista de Pierpaolo Cruz Bottini disponível em: Revista de Direito Penal Econômico e Compliance, ano 2, n. 6, abr/jun 2021, p.185 – São Paulo, Revista dos Tribunais.

de um dever de garantia no sentido específico de “impedir práticas de lavagem de dinheiro”. O dever de detecção, registro e comunicação de atos suspeitos do branqueamento de ativos não é sinônimo de um dever de impedir a prática desse crime. Por essa linha, o descumprimento das referidas obrigações de *compliance* não coloca automaticamente o sujeito na posição de garante e não será suficiente para a caracterização da omissão imprópria, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal.¹⁸

No entanto, há entendimentos no sentido de que a violação dos deveres de cuidado e prevenção do branqueamento de ativos pelo sujeito obrigado representa a infração de um dever que, se acompanhada da efetiva ocorrência desse crime, será suficiente

¹⁸ Nesse sentido, Bottini: “Ainda que a Lei 9.613/98 institua o dever de compliance para as pessoas obrigadas, nos termos do art. 10, III, vale notar que a determinação normativa não objetiva instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificação de atividades suspeitas. Não é outro o sentido do dispositivo, que obriga as entidades/pessoas a ‘adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes’ (sem grifos). Ou seja, a lei obriga a criação de estruturas de compliance para atender ao disposto no art.10 (registro e transmissão de informações) e no art. 11 (comunicação de atividades suspeitas), sem qualquer referência expressa à evitação de atos de lavagem de dinheiro. Por isso, não parece que o descumprimento de qualquer das normas administrativas da Lei 9.613/98 atraia o dever de garantia e seja suficiente para a omissão imprópria” (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais, 3ª edição. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 200).

para imputação da sua prática (em coautoria ou participação).¹⁹ Mas ainda que se considere a responsabilidade criminal pelo descumprimento de dever na forma de omissão imprópria, para além da posição de garante, faz-se necessário examinar se aquele que deixou de comunicar detinha essa atribuição, conhecia a prática de lavagem de dinheiro e se omitiu com dolo de colaborar com tal delito, de forma a facilitá-lo – visto que a modalidade culposa não é punida pela legislação brasileira.

¹⁹ Para um aprofundamento sobre essas posições, verificar: SIEBER, Ulrich. Programas de Compliance no Direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, William Terra et al. Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo, LiberArs, 2013, p.298-318. CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “Criminal compliance” e ética empresarial: novos desafios do direito penal econômico. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. Vale apontar também decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos da apelação 5008326-03.2012.4.04.7000, em que houve condenação pelo delito de lavagem de dinheiro por violação de deveres de compliance perpetrados no âmbito de instituição financeira autorizada. E ainda considerações sobre debate internacional: “No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos compliance officers e de sua responsabilização penal. Recentemente, na Alemanha, por exemplo, o BGH (Bundesgerichtshof) condenou um compliance officer por entender que este, ao assumir a responsabilidade pela prevenção de crimes no interior da empresa, assume também uma posição de garante e, portanto, deve ser punido criminalmente por ter assumido a responsabilidade de impedir o resultado e por ter obrigação de cuidado, proteção e vigilância” (SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Compliance e prevenção de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n. 12.683/2012 no mercado de seguros. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 165-180, jul./set. 2014).

Nessa linha, vale lembrar acórdão do Supremo Tribunal Federal, na Ação Penal 470 (Caso Mensalão), em relação à condenação do responsável pelo setor de *compliance* de uma instituição financeira (Banco Rural), pela prática de lavagem de dinheiro e de gestão fraudulenta. Sem adentrar ao mérito de fatos e provas do caso concreto, importa observar que, nos termos dos fundamentos da decisão, considerou-se que a ocorrência dos ilícitos dependeu de uma omissão dolosa do responsável pela área de conformidade – com destaque para a ciência dos fatos, vontade de colaborar com a fraude e dever de impedir a prática de irregularidades por parte de funcionários do banco.

Por fim, em relação ao elemento subjetivo, cabe aqui um pequeno lembrete quanto à admissão de dolo eventual e a figura da cegueira deliberada. Em última instância, também se deve examinar se o dolo de participar ou facilitar a lavagem, ainda que em forma omissiva imprópria, pode ser considerado eventual, em situação de cegueira deliberada – como pode ocorrer quando há criação intencional de barreiras para evitar a ciência de elementos sobre a origem do dinheiro. Nesse ponto e nos limites desse artigo, sem aprofundamento do tema,²⁰ é importante destacar que a análise de situações concretas será determinante para conclusões.

²⁰ Quanto a estudo mais detalhado sobre a cegueira deliberada na lavagem de dinheiro, destacamos: DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. O elemento subjetivo da lavagem de dinheiro e a cegueira deliberada. In: LOPES, Anderson Bezerra et al. Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da Constituição cidadã. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018, pp. 27/45.

Por exemplo, a otimização do funcionamento da instituição, com a ausência de ciência por parte de dirigentes superiores de todos os detalhes de uma operação financeira não caracterizará cegueira deliberada.

De toda forma, parece-nos que a extensão da noção de dolo, especialmente em situações de cegueira deliberada, pode gerar bastante insegurança no cenário das instituições financeiras, ao se considerar que o descumprimento dos deveres de cuidado e *compliance* pode ensejar a responsabilidade penal por omissão imprópria (CP, art. 13, § 2º), se o agente houver contribuído para o encobrimento da origem ilícita de determinado ativo, facilitando a prática do delito de lavagem.

1.3 Conclusão

No âmbito da lavagem de dinheiro, em certas situações, *compliance officers* poderão estar na posição de garantes, com as seguintes considerações: (i) existência dos deveres de cuidado estabelecidos na Lei 9.613/98; (ii) verificação das atribuições de cada profissional no sistema normativo da organização, como se situa sua posição na estrutura hierárquica da empresa e, em especial, como ela é exercida na prática; (iii) análise das hipóteses de dever de agir nos termos das alíneas do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal (obrigação legal ou contratual; assunção de responsabilidade de impedir o resultado; e criação

de riscos próprios com o comportamento do próprio omitente/garante, como a ingerência).

Ainda, em relação ao terceiro ponto acima, em especial sob o enfoque de estruturas empresariais e no campo da lavagem de dinheiro, valem mais algumas notas:

- Os sujeitos obrigados pela Lei 9.613/98 (art. 9º) não devem ser considerados automaticamente garantes em virtude de lei (CP, art. 13, § 2º, a), no sentido de justificar a responsabilidade penal por lavagem de dinheiro em forma omissiva. O dever legal e as regras administrativas de órgãos reguladores não podem, por si sós, tornar o sujeito obrigado em garante da lavagem de dinheiro.
- É necessária a análise de cada situação concreta, em especial a questão da assunção de responsabilidade sobre riscos alheios – ligados a condutas de pessoas geridas (CP, art. 13, § 2º, b). Aqui entendemos que o exame deve ter enfoque individual, no sentido de que a assunção da posição de garantia há de ser pessoal: seja expressa pelo próprio sujeito obrigado ou interpretada de acordo com o seu comportamento [consciente e voluntário] no exercício de suas funções na estrutura organizacional, conforme os parâmetros acima colocados de gestão de fontes de riscos.²¹

²¹ Vide: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. Lavagem de dinheiro:

- Importante também verificar a relação com o bem jurídico protegido – que entendemos ser a administração da justiça. Na esfera penal, a posição de garante decorre, em essência, do seu comprometimento com a proteção do bem jurídico e a evitação de resultados perigosos ou lesivos a este.

Ademais, para além da questão do garante, há outros requisitos que devem ser analisados para que se possa de fato atribuir a responsabilização criminal por omissão imprópria na lavagem de dinheiro, no tocante à ocultação de informações ou descumprimento de deveres de cuidado.

Considerado o pano de fundo normativo e teórico de imputação penal e as figuras típicas de branqueamento de capitais, a regra geral compreende o entendimento de que o sujeito obrigado que oculta informações ou descumpre deveres legais não está necessariamente lavando dinheiro. Entretanto, pode haver situações em que esse indivíduo colabora com o processo de reciclagem de ativos, quando deste tiver consciência e dolo de facilitação.

Nesse aspecto, sem pretender um rol taxativo, elencamos mais alguns pontos que nos parecem essenciais para haver responsabilidade penal por omissão imprópria, em relação a profissionais de integridade e seus deveres de cuidado e informação da Lei de Lavagem de Dinheiro. Para tanto, o indi-

responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 315.

víduo deve: (i) ter uma obrigação expressa de garantir a não colaboração da empresa ou instituição financeira com atos de branqueamento de capitais; (ii) deixar de cumprir as normas vigentes na sua esfera de atuação; (iii) em decorrência disso, colaborar com a efetiva ocorrência do processo de reciclagem de ativos; e (iv) omitir-se com o dolo de facilitar o delito [entendemos cabível o dolo eventual que, no entanto, deve ser analisado com muitas ressalvas em cada situação concreta de delegação de funções, no panorama da necessidade de otimização do funcionamento das organizações empresariais – no que o alargamento desmesurado de figuras de cegueira deliberada nos parece um ponto de alerta].

Dito tudo isso, importa ressaltar que há ainda uma série de reflexões dogmáticas a serem exploradas e amadurecidas, para que se possa concluir pela atribuição ou não de responsabilidade penal ao *compliance officer* por omissão em processos de lavagem de dinheiro. Esse artigo visa a contribuir com algumas considerações nessa discussão, que é bastante profunda e se insere no contexto de mudanças na aplicação da dogmática penal a estruturas empresariais.

Não há mais como negar que a implementação de sistemas de *compliance* depende de conhecimentos jurídico-penais para seu desenvolvimento [e as experiências internacionais dão prova disso], sob pena de graves consequências, como o seu desvirtuamento com a responsabi-

lização penal desmesurada de profissionais de integridade.

E assim, terminamos com uma crítica doutrinária que destaca a necessidade de também no contexto nacional enxergarmos o desenvolvimento das práticas de *compliance* de forma mais conjunta ao direito penal:

“Com isso, as chances de responsabilização penal aumentam ao invés de diminuir, ou seja, a criação de compliance officers, que deveria zelar pela diminuição de riscos de compliance, acaba, paradoxalmente, por aumentá-los, principalmente, porque os compliance officers, por sua vez, segundo doutrina majoritária, devem ser supervisionados diretamente pelo Conselho de Administração (ou órgão similar de gerência da empresa), fato que, obviamente, coloca em risco de persecução penal toda a administração da empresa.

Isso acontece, principalmente, porque o desenvolvimento do compliance tem se dado à margem do direito penal e da criminologia. Exatamente por isso, há um consenso no âmbito da discussão internacional acerca de compliance: a pesquisa e implementação de compliance supõem conhecimentos jurídico-penais para o seu desenvolvimento adequado. Esse novo âmbito de pesquisa tem sido designado pela doutrina jurídico-penal internacional como criminal compliance, ou seja, o estudo dos controles internos e outras medidas que podem ser adotadas em empresas e instituições financeiras com o fim de prevenção de crimes. Trata-se de novo campo de pesquisa no âmbito das ciências criminais que tem chamado a

Capítulo 1. RESPONSABILIDADE DO COMPLIANCE OFFICER À LUZ DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

atenção de penalistas e criminólogos de todo o mundo e que, espera-se, também o faça no âmbito da pesquisa nacional”.²²

²² SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance e prevenção à de lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei n.12.683/2012 no mercado deseguros. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v.12 n.54 p.165-180,jul/set.2014.

2 COMPLIANCE E DIREITO TRIBUTÁRIO

Florence Haret

Pós-doutora e doutora USP. Sócia fiscal do NHM Advogados (nhmadv.com.br). Professora de diversas instituições. Autora de diversos livros e artigos

O tema deste artigo envolve inúmeras ramificações e subtemas, onde poderíamos falar sobre esses assuntos em livros e mais livros. Afinal, estudar o *compliance* empresarial sob o ponto de vista das regras tributárias é compreender o sistema tributário constitucional e, com seus limites, considerar os verdadeiros riscos existentes na atividade empresarial, desde a escrituração de suas contas no dia-a-dia até os planejamentos tributários empreendidos.

Diz-se “verdadeiro risco” pois, na vida empresarial e advocatícia-empresarial, verificam-se inúmeras situações de atuações que simplesmente desconsideram os parâmetros constitucionais e aplicam sanções com base em regras inconstitucionais ou interpretações descontextualizadas da Constituição Federal. Essas atuações erradas do Fisco entram na conta do procedimento do *Compliance* Fiscal, todavia devem ser combatidas pelos contribuintes.

A pergunta é: Há como fugir desses riscos? Há procedimento para tanto? Como calcular esses riscos? Ora, pelo menos a breve trecho, este artigo almeja responder essas ques-

tões, com o que vem mais afetando o universo empresarial, elucidando suas compreensões práticas com exemplos de situações concretas. Com base nisso, será possível distinguir os reais riscos fiscais daqueles outros plenamente defensáveis e que, apesar de gerar um custoso trabalho de defesa e devido processo, no procedimento interno de Compliance da empresa devem ser assim detectados para evitar que a companhia pague ônus tributário sem fundamento de validade.

2.1 *Compliance* fiscal e Sanções Fiscais: verificação da compatibilidade dos critérios adotados pelos Fiscais

O considerado “compliance fiscal empresarial” é toda ação ou procedimento coordenados para fins de: fazer observar a legislação tributária em vigor; mitigar riscos fiscais e, eventualmente, diminuir a carga tributária. Isso envolve procedimentos de constante adequação dos processos contábeis, financeiros e fiscais das empresas às inúmeras alterações e obrigações legais vigentes, entregando tudo com conformidade e dentro dos prazos.

Dentro do conceito de riscos fiscais estão todos os fatos típicos sancionatórios tributários que dão ensejo a multas (sanção pecuniária) de todas as naturezas e ordens e a demais sanções não-pecuniárias (exclusão de regimes especiais, fechamento, inabilitação, dentre outros).

Há muitos nomes dados às mais diferentes multas no Sistema jurídico tributário. Contudo, dentro das sanções pecuniárias, o ordenamento tributário prevê dois grandes núcleos de sanções ditas moratórias e punitivas. A importância desta classificação encontra-se na determinação do regime jurídico aplicável, uma vez que cada um desses conjuntos pecuniários são regidos pelos princípios gerais e, em especial, pelos seus princípios específicos.

Não é objeto deste artigo elucidar cada tipo sancionatório, para isso recomendo outros textos de minha autoria.² Um importante debate sobre multas diz respeito à sua base de cálculo, especialmente previsões de incidência da alíquota sancionatória sobre o valor do bem de propriedade da autuada ao invés do valor do tributo.

Ora, este tipo de previsão foge à quaisquer possibilidades constitucionais de manutenção de um instituto dessa natureza: a uma porque a sanção sanciona o não recolhimento do tributo, logo é o valor não-pago (quando deveria ter sido pago) que está em

¹ HARET, F. C.. Multas tributárias de ofício, isolada, qualificada e agravada: Considerações sobre cumulação de multas e sobre o entendimento jurisprudencial dos princípios da proporcionalidade e do não confisco aplicados às multas tributárias.. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 225, p. 61-77, 2014.

² HARET, F. C.. Princípios (e interpretações) aplicáveis às sanções tributárias: Por uma definição do conceito de sanções admitidas no direito tributário com base na atual ordem constitucional e exegese da jurisprudência mais recente.. Revista Tributária das Américas, v. 10, p. 20-30, 2014.

jogo e não a propriedade alheia; a duas, porque também o direito sancionatório tributário possui limites quantitativos de incidência, sob pena de infringir princípios caros ao direito tributário, como capacidade contributiva, igualdade e não-confisco.

O direito tributário não trouxe parâmetros para se definir que seja multa proporcional ou multa não-confiscatória. Diante do silêncio do Código Tributário e demais leis esparsas a esse respeito, a iniciativa caberá ao intérprete autêntico, dentro das regras gerais do ordenamento. Os parâmetros sempre devem ser tirados da lei, ainda que por aplicação subsidiária de outro subdomínio jurídico.

Deixando de lado as hipóteses de reiteração e de qualificação, as multas – de ofício e isolada, incidindo autônoma ou cumulativamente sobre o mesmo contexto fático, estão submetidas ao valor do principal, sob pena de, ao suplantarem tal limite quantitativo, incorrer o Fisco em enriquecimento sem causa do Estado, em desproporção sancionatória sobre a prática do contribuinte, em rompimento com os ditames dos princípios da proporcionalidade e do não-confisco nos efeitos jurídicos moratórios ou repreensivos dos ilícitos praticados pelos jurisdicionados.

A incidência dessas multas no contexto tributário, portanto, tem como limite máximo, necessariamente, a obrigação principal, como já amplamente assentado pela jurisprudência superior. Cite-se posicionamento assentado pelo Supremo Tribu-

bunal Federal, em julgado de 05/02/2015 no Recurso Extraordinário n. 602.686. Confira-se:

MULTA PUNITIVA. 75% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER PEDAGÓGICO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da Administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal. Agravo regimental a que se nega provimento.³

Isto posto, conclui-se que nas multas punitivas, de ofício ou isolada, o máximo permitido será o valor de 100% do tributo devido, jamais sendo admissível pelo sistema jurídico brasileiro que recaia em 100% sobre o valor da operação, sob pena de multa se tornar uma apropriação indébita por parte do Estado,

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n 602.686/PE – Pernambuco. Relator: Ministro ROBERTO BARROSO. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 dezembro 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.aspx?l=28602686%20ENOME%20E+OU+602686%20EACMS%20E%29%28%40JULG+%3D+20141209%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jbo5pn>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

em quaisquer de suas figuras políticas (União, Estados ou Municípios).

Para exemplificar a aplicação prática do que acabou de se defender, toma-se para análise o Art. 72, III, a, do RICMS do Estado de Sergipe.

O citado dispositivo Sergipano, em verdadeira apropriação indébita da coisa alheia, contraria a jurisprudência superiora dominante doravante citada e impõe como base de cálculo da famigerada multa isolada sobre “o valor da operação ou da prestação”, *in verbis*:

Art. 72. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes multas:

III - relativamente à documentação fiscal e à escrituração:

a) entregar, remeter, transportar, receber, estocar ou depositar mercadoria, prestar ou utilizar serviço sem documentação fiscal ou sendo esta inidônea: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da operação ou da prestação; (Redação da alínea dada pela Lei Nº 4342 DE 29/12/2000).

Como se observa do dispositivo, a aplicação dessa regra em eventual Auto de Infração torna a multa isolada de 50% sobre o valor da operação um montante que, na prática, supera em mais de 7 ou até 10 vezes do valor da obrigação principal do tributo, o que confirma que sob quaisquer ponto de vista a regra do Art. 72, III, a, do RICMS do Estado de Sergipe é inconstitucional,

em verdadeira afronta ao disposto nos Arts. 5º, XXII (direito de propriedade); 145, § 1º (capacidade contributiva); inciso IV (não-confisco fiscal) do artigo 150, todos da Constituição Federal.

Ora, a atribuição da base de cálculo da multa isolada do Art. 72, III, a, do RICMS/SE como sendo o “valor da operação” configura per si uma eleição de um critério quantitativo inconstitucional, seja porque desrespeita o princípio do não-confisco (Art. 150, IV), seja, ademais, porque configura em uma apropriação indevida da propriedade alheia pelo Estado (Art. 5º, XXII), em desrespeito ao alicerce do direito privado e da própria concepção de Estado Liberal Brasileiro, além de esvaziar o princípio da capacidade contributiva do contribuinte (Art. 145, §1º).

Sendo assim, por estes argumentos, quaisquer Auto de Infração sobre esses valores serão NULO DE PLENO DIREITO, por desrespeitar os Arts. 5º, XXII (direito de propriedade); 145, § 1º (capacidade contributiva); inciso IV (não-confisco fiscal) do artigo 150, todos da Constituição Federal. Trata-se de um risco, portanto, questionável.

Logo, no procedimento interno da empresa, há que se ter funcionários com formação específica e juízo crítico neste sentido para que o risco fiscal inconstitucional – plenamente defensável por devido processo legal – não passe a ser validado por simples passividade da empresa na aceitação dos critérios jurídicos adotados pelo Fisco atuante.

2.2 Compliance fiscal e planejamento tributário: assunção dos efeitos próprios dos atos celebrados

Contextualizando o tema agora no âmbito do planejamento fiscal, verificamos que aqui compete também que a empresa escolha um time preparado e atualizado para que o planejamento ocorra sem riscos para a empresa.

O *compliance* neste subtema deve constantemente acompanhar a jurisprudência sobre os tópicos que envolvem o planejamento e suas respectivas atualizações legislativas.

Como diretriz geral, todo planejamento tributário feito com observância dos institutos de base constitui operações com propósito negocial, desde que assumidos (e comprovados) todos os efeitos jurídicos e econômicos próprios dos atos realizados. Vale dizer que em caso de autuação competirá ao Fisco comprovar a ausência de propósito negocial para efeito de caracterizar a simulação e aplicar a regra da desconsideração prevista no parágrafo único do Art 116 do CTN. Para elucidar, leia-se o Acórdão nº 130200.713 do CARF:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Anocalendário: 2005, 2006, 2007, 2008

SIMULAÇÃO DE NEGÓCIOS. SUBSTÂNCIA DOS ATOS.

O planejamento tributário que é feito segundo as normas legais e que não configura as chamadas operações sem propósito negocial, não pode ser

considerado simulação se há não elementos suficientes para caracterizá-la.

Não se verifica a simulação quando os atos praticados são lícitos e sua exteriorização revela coerência com os institutos de direito privado adotados, assumindo o contribuinte as conseqüências e ônus das formas jurídicas por ele escolhidas, ainda que motivado pelo objetivo de economia de imposto.

No campo do direito privado, é lícito aos particulares praticarem todos os atos não vedados por lei. O citado pensamento no âmbito do planejamento tributário esbarra nos conceitos do art. 72 da Lei 4.502/64 que assim dispõe:

Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do impôsto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Para o fisco, a partir deste dispositivo, fica a incumbência de provar qualquer ação ou omissão do contribuinte no sentido de impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador ou conduta visando modificar as características essenciais do fato gerador com o fim de reduzir a carga tributária. Ambas são hipóteses de simulação.

O CARF já se pronunciou favoravelmente a situações de planejamento em que assumidos os efeitos próprios de uma

primeira operação, é irrelevante para descaracterizar a operação os negócios jurídicos subsequentes (negócios indiretos em relação à primeira). É o exemplo da cisão realizada para constituir uma outra sociedade, com o fim de que esta viesse a alienar o bem recebido. A alienação subsequente é vista como um negócio indireto válido, desde que a empresa constituída na cisão tenha assumido os efeitos que lhes eram próprios da cisão (e não para dissimular outros negócios jurídicos).

Com o fito de melhor aclarar o meu entendimento, cito o Acórdão de referência nº 1302002.062, da 3ª Câmara, da 2ª Turma Ordinária do CARF, julgado em 21/03/2017:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Anocalendarío:

2007

GANHO DE CAPITAL CISÃO PARCIAL
CONSTITUIÇÃO DE NOVA PESSOA
JURÍDICA. SIMULAÇÃO. NÃO
CONFIGURADA.

Nem toda ação ou omissão do contribuinte com o fito de reduzir sua base tributável antes da ocorrência do fato gerador pode ser enquadrada como fraudulenta, pois somente aquelas que sejam ilícitas poderiam levar a tal conclusão.

Não se pode enquadrar como simulação a cisão realizada para constituir uma outra sociedade, com o fim de que esta viesse a alienar o bem recebido em integralização, pois se trata apenas de um negócio jurídico indireto, pelo qual a nova

sociedade é constituída para surtir os efeitos que lhes são próprios e não para dissimular outros negócios jurídicos.

INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. LUCRO REAL DE SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO.

A falta de escrituração do Lalur não autoriza a Autoridade Fiscal a tomar como lucro real o lucro contábil apurado pela SCP. Se não apresentado o Lalur da SCP após devidamente intimada a sócia ostensiva, deve ser arbitrado o lucro da SCP.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.

A propósito a cisão vem sendo um dos instrumentos mais utilizados no planejamento tributário.

Em termos de *Compliance* fiscal, a equipe alocada para este tipo de considerações em relação à empresa precisa estar muito atenta à compreensão total do fenômeno. O julgado acima citado mostra que o planejamento tributário, pra ser válido e eficaz, requer um amplo conhecimento por parte dos responsáveis dos institutos empresarias, contratuais, trabalhistas, previdenciários, dentre tantos, por detrás e que dão alicerce à operação. Quando se diz que a validade do negócio é aceita que a empresa assume todos os efeitos de cada um desses instituto significa dizer que estes precisam ser concretamente comprovados e sendo esta prova o critério de validade do próprio

planejamento tributário em si mesmo considerado. Assim, os instrumentos probatórios comprovaram que os efeitos buscados pela empresa naquela operação eram justamente os efeitos formais e visíveis de tais atos.

Para exemplificar concretamente o que de forma abstrata se colocou acima, verifica-se do próprio julgado do CARF citado que o Fisco atuante desconsiderou o negócio justamente porque detectou, dentre outras coisas, que as duas empresas tinham controle societário comum; a sede informada pela prestadora de serviços era inativa; os funcionários da prestadora de serviços foram originalmente contratados pela contribuinte e atuavam na sede desta; os recursos pagos pela contribuinte à prestadora posteriormente retornavam ao patrimônio da primeira por meio de contratos de mútuo e de cessão de créditos celebrados entre as empresas do grupo econômico.

Ora, a listagem acima é de suma relevância para mostrar o raciocínio por detrás da desconsideração do negócio jurídico e os elementos utilizados como comprobatórios da ausência de propósito negocial.

Se assim é, é fundamental que a equipe da empresa responsável pelos planejamentos fiscais tenha ciência dos riscos de operações fictícias e dos “rastros” probatórios que a ausência de propósito negocial vai deixando.

2.3 *Compliance* fiscal e remessas ao exterior: Necessidade de constante revisão dos documentos internos

A tributação das remessas ao exterior é um dos temas do momento que estão chamando atenção não só das autoridades como do judiciário. Inúmeras reportagens reforçam a instabilidade e a atualidade do tratamento fiscal dessa matéria, o que reforça a necessidade de as empresas tomarem algumas precauções extras nessa matéria, especialmente considerando os montantes normalmente envolvidos nessas remessas.

Conforme se verifica da jurisprudência sobre o assunto, além de revisar o fluxo, a empresa tem em mãos como forma de se precaver e eliminar os riscos fiscais de autuações a possibilidade de ingressar com Mandado de Segurança preventivo para o fim de assegurar a não tributação sobre as remessas a título de assistência técnica e de serviços técnicos.

Vale dizer que a grande maioria dos processos que existem sobre a cobrança de Imposto de Renda em remessas ao exterior são preventivos. Ou seja, as empresas entram com mandados de segurança, pedindo autorização da Justiça para não pagar o imposto, antes de ter qualquer discussão com a Receita Federal. Trata-se de uma forma de eliminar riscos reais. Ainda que não fundamental, o Mandado de Segurança traz uma segurança desejável em face da instabilidade do tema e dos montantes envolvidos nas transações dessas empresas, normal-

mente multinacionais de grande porte.

Cumprido alertar que, das duas turmas do STJ que julgam questões de direito público na Corte Superior de Justiça, a 1ª Turma vem decidindo de forma favorável ao contribuinte sobre o assunto. A 2ª Turma – em julgado desta semana no Recurso Especial nº 1759081 (ainda não disponível o Acórdão no site do STJ – verificação hoje) – reverteu o tema e se posicionou agora em favor da tese da Fazenda. Isso por si só mostra a necessidade da equipe interna da empresa acompanhar constantemente os assuntos afetos da realidade de sua Companhia.

Com a divergência de decisões entre as duas Turmas, o tema poderá ser levado para julgamento na Seção — que uniformizará o entendimento a ser adotado. Os contribuintes que tiverem ações já em curso serão beneficiados pelos efeitos do julgamento repetitivo, que apenas atingem contribuintes com processos em curso.

Segundo o novo entendimento da 2ª Turma, a maioria dos acordos internacionais contém anexos (ou protocolos) esclarecendo que para “serviços técnicos” ou de “assistência técnica” aplica-se, por equiparação, o mesmo regime jurídico reservado aos “royalties”, que são tributados no país de origem. Em perigosa consideração, o ministro Mauro Campbell Marques afirmou, no voto de sua relatoria no Recurso Especial nº 1759081, que os tratados podem vir acompanhados de protocolos que estabelecem a ampliação do conceito de royalties a qualquer espé-

cie de pagamento recebido em razão de assistência técnica e de serviços técnicos. Nesse contexto, segundo ele, a norma de incidência do modelo de tratado da OCDE será o artigo 12, que trata da tributação dos *royalties*, a permitir tributação pelo Brasil. Trata-se de uma interpretação no mínimo “perigosa” e que confere uma carta em branco aos tratadistas.

Mesmo não concordando com o argumento do Ministro, este entendimento precisa ser considerado em nas avaliações junto à revisão do fluxo das operações de remessa ao exterior pelas empresas brasileiras.

Ora, antes era amplamente admitida no STJ a tese do contribuinte pela não tributação das remessas ao exterior por prestação de “serviços técnicos” ou de “assistência técnica”. A tese era a de que a renda proveniente dos serviços técnicos/assistência prestados no Brasil deveria ser considerada como lucro, e, portanto, aplicando o artigo 7 dos acordos internacionais dos quais o Brasil faz parte e que têm base na Convenção Modelo da OCDE. Pela OCDE, a tributação de tais valores só poderia se dar no exterior, uma vez que o dispositivo da Convenção da OCDE estabelece, como regra geral, que a tributação do lucro tem de ocorrer exclusivamente no país de origem da empresa.

De acordo com a PGFN, “O grande ponto da nova tese é a correta interpretação para os protocolos anexos. Precisamos saber exatamente qual é o objeto do contrato e como ele vai ser inserido

nesse contexto de tratado” (Procuradora Mônica Lima) A citada fala da Procuradora mostra o quanto os termos do contrato, em especial a definição do seu objeto, é relevante para tributação.

Isso sem contar as inúmeras Soluções de Consultas expedidas desde 2015, tal como a Solução COSIT nº 21/2015, em que o Fisco vem estabelecendo novos parâmetros, diga-se extra-legais (porque ali não expressos), sobre condições não previstas nas leis a serem preenchidas pelos *cost sharring agreements* para que as remessas a estes títulos - atividades-meios (ou secundárias) – não sejam tributados.

Por essas e outras, em função da volatilidade de um tema de tamanha relevância na empresa, compete à equipe e *compliance* fiscal não só o acompanhamento dessas mudanças interpretativas como, como consequência inevitável, proceder a uma revisão de todo o fluxo das remessas ao exterior para passar a seguir nos novos padrões admitidos tanto pelo Fisco quanto pelos Tribunais. E, ademais, caso entendam que seja válida a impetração do Mandado de Segurança, desde já ingressem com a medida para fins de eliminar os riscos fiscais.

2.4 Compliance fiscal: respondendo às indagações iniciais

Logo no início deste artigo, foi proposto responder aos questionamentos: Há como fugir dos riscos fiscais? Há procedimento para tanto? Como calcular esses riscos?

Exemplificadas algumas considerações sobre o tema, eis o momento de respondê-las.

A fuga dos riscos fiscais requer atuação diligente da empresa e, preferencialmente, preventiva. E como conseguir isso? Ora, montando equipes técnicas responsáveis pelo acompanhamento das mudanças na legislação e jurisprudência tributária para detectar com antecedência os riscos e proceder os atos necessários para mitigá-los.

Esse acompanhamento deve ser efetivo, tendo responsáveis, seguindo procedimento e possuindo equipe técnica à altura da tarefa. Esta não necessariamente precisa ser interna à empresa. Nada impede de que hajam contratações laterais, respeitados o sigilo e o tratamento das informações.

O procedimento é fundamental para que todos saibam previamente suas tarefas e seu papel no todo. Evitam-se com isso pressuposições ou trabalhos duplos sobre o mesmo assunto, otimizando a equipe como um todo. Já o passo-a-passo é um dado a ser adaptado na realidade de cada empresa, conforme suas necessidades. Todavia, qualquer que seja o procedimento, ele será sempre salutar.

O cálculo dos riscos deve considerar todo o contexto analisado, especialmente em comparação com a jurisprudência atual. Somente esse “cara-cracha” dará uma classificação segura de cada situação. Ademais, é importante saber distinguir nos riscos as situações de atuações ilegítimas das que possuem cer-

to respaldo. Todavia, em função da diversidade de entendimentos jurídicos, defende-se neste artigo que todos os casos de autuações devem ser submetido ao devido processo legal para fins de apurar as razões e os critérios adotados pelo Fisco autuante.

2.5 Conclusões

Como alertado logo no início deste artigo, a ideia neste texto é apenas “pincelar” os temas principais que envolvem o *compliance* interno sob os diferentes pontos de vistas que o direito tributário enseja. Evidentemente que os subtemas – sanções fiscais, planejamento tributário, mudança no tratamento das remessas ao exterior – envolvem muito mais a se dizer do que se falou acima. Por isso mesmo, e para não perder os aspectos e interesses práticos, é que se deixou de trazer considerações de doutrina para focar nos exemplos que elucidam a abordagem tomada.

Assim, o exemplo é posto apenas para confirmar que, se o “*compliance* fiscal empresarial” é toda ação ou procedimento coordenados para fins de fazer observar a legislação tributária em vigor e mitigar riscos fiscais para, eventualmente, diminuir a carga tributária, isso deve ser feito de forma diligente e considerando todos os efeitos do negócio jurídico. Sob pena de, a hipotética redução da carga tributária, resultar em astronômicas autuações fiscais.

Em âmbito tributário, qualquer erro de interpretação ou atuação irresponsável dos funcionários da empresa facilmente resulta em um débito milionário. Isso reforça a necessidade de que a empresa mantenha sempre procedimentos de constante adequação e revisão de seus processos contábeis, financeiros e fiscais às inúmeras alterações e obrigações legais vigentes, entregando tudo com conformidade e dentro dos prazos. Isso não quer dizer, todavia, aceitar e pagar toda e qualquer autuação. Por isso mesmo que submeter os autos de infração ao devido processo legal será sempre salutar, ao menos para fins de propiciar que outros mentes técnicas possam revisar os critérios e a exegese adotada pelo fiscal autuante.

3 UMA BREVE INTRODUÇÃO AOS PROGRAMAS DE REPORTANTES DO BRASIL

Raphaela Nawa

*Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (FD-USP).
Ex-pesquisadora do Grupo Público da Sociedade Brasileira de
Direito Público (sbdp) da FGV Direito SP. Advogada.*

Com a aprovação do Pacote Anticrime, nos últimos dias de 2019, o Brasil ganhou uma nova legislação *whistleblowing*. Mas afinal de contas, o que o termo significa e qual é a sua importância? Esse artigo pretende (i) fornecer uma breve introdução ao tema, (ii) contextualizar a iniciativa introduzida pela Lei Anticrime (Lei n.º 13.964/2019) no ordenamento brasileiro e (iii) resumir os principais dispositivos da nova lei.

Termo originário da língua inglesa, o *whistleblower* é o indivíduo que “sopra o apito” para chamar atenção sobre condutas indevidas que tenha presenciado ou que tenha conhecimento. Culturalmente, é palavra carregada de conotações pejorativas, sendo muitas vezes utilizada como equivalente a “dedo-duro”, “espião” ou “traidor”. Existe também a tentativa de mudança da percepção pública às vezes pela atribuição de estereótipos igualmente pesados, como o do “herói” motivado pela sua lealdade ao interesse público e que se coloca em posição vulnerável para desafiar os esquemas e seus vilões.¹ Em 2020, a

¹ PAGOTTO, Leopoldo; NAWA VELLOSO, Raphaela. Whistleblowing:

importância dos *whistleblowers*, bem como a dramática necessidade de protegê-los, foi reconhecida quando médicos e cidadãos alertaram sobre a transparência com que os governos respondiam à pandemia e utilizavam os recursos públicos.^{2,3}

De forma simplificada, o reportante⁴ é a pessoa, física ou jurídica, que não tem participação direta na atividade suspeita, mas tem acesso às informações sobre condutas irregulares e decide relatá-las às autoridades, possibilitando a rápida descoberta de irregularidades. Logo, o principal potencial do instituto é a eficiência em revelar pistas ou evidências que dificilmente seriam detectadas pelos métodos tradicionais de monitoramento.

A resposta jurídica a esse fenômeno é a criação de

Subsídios para Seu Uso Como Instrumento de Combate à Corrupção e Aperfeiçoamento de Programas de Compliance, 2020.

² United States Department of Labor, COVID-19 Response Summary – Whistleblower, 2020. Disponível em: <<https://www.whistleblowers.gov/covid-19-data>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

³ BBC NEWS, Li Wenliang: ‘Wailing Wall’ for China’s virus whistleblowing doctor, 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-53077072>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁴ A Lei Anticrime utiliza o termo “informante”. No ordenamento brasileiro, o termo informante já define a pessoa obrigada por força da lei a depor nas investigações penais e administrativas, ainda que, em razão de sua relação com os réus ou os fatos investigados, não tenha compromisso com a verdade. Existem ainda outras figuras de colaboradores com o Poder Público para responsabilização administrativa ou penal, como os manifestantes, os denunciantes, os delatores e os lenientes. Para que a polissemia não dificulte a diferenciação, o termo reportante será utilizado como equivalente à *whistleblower*.

programas que estabeleçam dinâmicas de incentivos ao relato e proteção ao reportante. O desenho de bons programas de reportantes não se limita à criação de canais de denúncias ou de mecanismos de premiação. Ao contrário do que se acredita, o sucesso de um programa de reportantes não é atrelado a um único elemento, mas à junção de efeitos que moldam o comportamento decisório do reportante.

Geralmente, os programas de reportantes definem com clareza o escopo subjetivo e o escopo material. O reportante é o centro de todo o desenvolvimento do programa. Entender quem são as pessoas aptas a realizarem manifestações é identificar quem poderá se beneficiar das proteções e incentivos. O objeto de relato pode ser amplo, abarcando todo e qualquer tipo de conduta indevida, ou específico, como os programas de denúncia dos sistemas financeiros. A definição dos escopos é importante para que o desenho do programa seja ajustado às demandas de quem reporta, no contexto no qual está inserido.

As repercussões do relato são significativas e, frequentemente, geram impactos negativos para o reportante. No ambiente de trabalho podem incluir a vitimização, discriminação, demissão e o assédio. Fora do ambiente de trabalho, são comuns tentativas de responsabilização civil, criminal e administrativa, como os processos por difamação.⁵ O direito à proteção está

⁵ International Bar Association, Whistleblower Protections: A Guide, 2019.p. 14.

intimamente ligado com a exposição do reportante as prováveis retaliações que o ato de denunciar traz. Aliás, a falha na proteção pode funcionar como um dos maiores desincentivos e levar à ineficácia dos programas. Notícias de retaliação podem ser extremamente impactantes à confiança dos reportantes nas instituições públicas e privadas, questão que não é assunto trivial no sistema brasileiro. Os sistemas de proteções podem incluir diversos mecanismos. Dentre os mais comuns estão as proteções à identidade do reportante, à situação funcional/empregatória, à incolumidade física e à segurança financeira. É comum que as proteções também sejam estendidas aos familiares dos reportantes.

Os canais de denúncias são o ponto de contato entre os reportantes e as organizações. Portanto, devem ser amplamente divulgados para os membros das organizações. É indispensável que possuam autonomia e independência para processar e apurar os fatos manifestados, além de assegurarem as proteções oferecidas aos reportantes. Os canais podem ser internos (*hotlines*, e-mails, contatos da ouvidoria), externos (autoridades públicas, polícia) ou até públicos (mídia).

É natural a preocupação com a cultura de “*denuncismo irresponsável*”,⁶ ou o abuso da proteção conferida aos reportantes para a denúncia de fatos alheios aos objetivos dos programas,

⁶ Grupo Público (Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo), Como viabilizar Programas Públicos De Reportantes Contra A Corrupção No Brasil?, 2020. p. 169.

como relações entre colegas de trabalho, revanchismos, brigas e picuinhas, ou para o relato de fatos falsos que busquem prejudicar um indivíduo ou empresa. Consequentemente, os programas dereportantes geralmente vedam explicitamente o relato no qual o denunciante apresenta informações ou provas conscientes de suas falsidades. Ressalte-se que o foco não deve ser na motivação do *whistleblower* (por exemplo, boa-fé ou recompensa), mas na natureza do relato (por exemplo, na crença razoável de conduta indevida).⁷

Os incentivos trabalham para aumentar as chances de relatos sérios e efetivos. A recompensa pecuniária é um elemento associado a programas de reportantes de relevância, como o da *Securities and Exchange Commission* dos EUA, onde o prêmio a um único reportante chegou aos 114 milhões de dólares.⁸ Contudo, a premiação é apenas um dos incentivos que podem ser empregados. Direito à assistência jurídica gratuita, apoio psicológico, licença remunerada e “prêmios honorários” são algumas das possibilidades que podem integrar os programas dereportantes eficazes. Novamente, a métrica para o sucesso da política de incentivos é aumentar o conforto dos reportantes e reportantes em potencial para relatar informações cruciais à

⁷ International Bar Association, *Whistleblower Protections: A Guide*, 2019, p. 19.

⁸ U.S. Securities and Exchange Commission, SEC Issues Record \$114 Million Whistleblower Award, 2020. Disponível em: <https://www.sec.gov/news/press-release/2020-266> Acesso em 14 fev. 2021.

integridade das instituições.

3.1 Programas de reportantes brasileiros

O debate internacional sobre os programas de reportantes tem mais de três décadas. Desde os anos 1990, uma série de tratados internacionais e instrumentos de soft law criaram obrigações e expectativas a respeito da adoção de programas eficientes nos cenários domésticos. O Brasil esteve ativamente envolvido nas negociações dos tratados mais relevantes sobre o tema, ratificando quatro convenções de destaque: a Convenção Interamericana contra a Corrupção (1996), a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000) e a Convenção das Nações Unidas Contra Corrupção (2003).

Apesar de o *whistleblowing* ser um instituto estrangeiro, sua aplicação encontra exemplos antigos no Brasil. O país ensaia a adoção integral por meio da regulação de alguns dos elementos que configuram os programas de reportantes e pelo estabelecimento de programas setoriais. No nível federal, cite-se os programas de reportantes da CGU (IN n.o 01/2014); do CADE (Portaria n.o 292/2019); do Disque-Denúncia (Lei n.o 13.608/2018); dos servidores públicos federais (Lei n.o 8.112/

/90); e da Comissão de Ética Pública (Decreto de 26 de maio de 1999).⁹

Na perspectiva do setor privado, a análise das principais legislações e guias acerca do tema¹⁰ demonstra que os canais de denúncias são um dos cinco pilares essenciais dos programas de *compliance*. Inclusive, o art. 41 do Decreto n. 8.420/2015, que regula a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), atribuiu ao *whistleblowing* uma posição de destaque no âmbito do Programa de Integridade.¹¹

3.2 O programa de reportantes da Lei Anticrime

O modelo de programas de reportantes instituído pela Lei Anticrime ganhou destaque por integrar as medidas do polêmico Pacote Anticrime.¹² Dentre as possibilidades jurídicas do or-

⁹ Grupo Público, Como viabilizar Programas Públicos De Reportantes Contra A Corrupção No Brasil?, 2020. p. 72.

¹⁰ Como exemplo de guias e normas relevantes para elaboração de programas de compliance, vide: Good Practice Guidance on Interanl Controls, Ethics, and Compliance; US Sentencing Guidelines; Foreign Corrupt Practice Act Guidance; The Bribery Act 2010: Guidance; Guia da CGU sobre Programas de Compliance; ISO nº 37001/2016.

¹¹ Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

¹² Nos cem primeiros dias do Governo Bolsonaro, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura de seu então Ministro Sérgio Moro, definiu

denamento, as novas medidas vieram para complementar a Leido Disque-Denúncia (Lei n.º 13.608/2018) que, por sua vez, foi o primeiro permissivo à atribuição de recompensas pelas informações fornecidas voluntariamente por cidadãos (art. 4º).

A Lei Anticrime criou uma estratégia de implementação fragmentada, delegando a criação dos programas públicos de reportantes às unidades de ouvidoria ou correição da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista(art. 4-A). Ou seja, todos esses entes deverão ser capazes de cumprir com os deveres ligados ao recebimento e tratamento dos relatos.

Com relação aos escopos subjetivo e material, a medida destaca-se pela abrangência. Não há definição sobre quem é o reportante e todas as “informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público” podem ser relatadas (art. 4-A). Em teoria, a larga amplitude da lei não é um problema. Na prática, a lei que protege a todos tipos de reportantes que denunciarem más condutas relacionadas à administração pública, o que geram elevados custos para atender às demandas de reportantes diversos inseridos numa gama va-

três metas prioritárias, dentre elas o envio ao Congresso Nacional de um projeto de lei com objetivo de aumentar a eficácia no combate aos crimes e reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal, conhecido popularmente como o Pacote Anticrime.

riada de cenários.

Talvez pela grande quantidade de contextos, a Lei Anticrime (Lei n.º 13.964/2019) tenha instituído a “proteção integral contra retaliação” (art. 4-A, parágrafo único), que engloba um rol grande de medidas protetivas e inclui as medidas de proteção previstas na Lei de Proteção às Testemunhas e Vítimas (Lei n.º 9.807/99). O quadro na página a seguir (Tabela 01), sistematiza as proteções definidas pela Lei do Disque-Denúncia.

As medidas de proteção previstas se coadunam com as mais recorrentes no panorama internacional. Porém, novamente, a boa intenção legislativa impõe deveres de difícil atingimento. Sobre isso, o trabalho do grupo público da FGV comenta:

Primeiramente, não existirá proteção infalível contra a retaliação. O Estado deve fazer o melhor possível, mas, fatidicamente, esse melhor pode não ser o suficiente. Não há um comando de proteção à retaliação “custe o que custar”. É fato que Estados mais desenvolvidos construirão programas mais eficazes de proteção à retaliação. Por essa razão, refiarme-se a importância de desenvolver detidos estudos empíricos prévios à construção de programas de reportantes por países em desenvolvimento, como o Brasil, de modo a potencializar a eficácia das estratégias lançadas.

Por fim, programas de reportantes serão necessariamente customizados, dado que incentivos e mecanismos de proteção serão

Capítulo 3. UMA BREVE INTRODUÇÃO AOS PROGRAMAS DE REPORTANTES DO BRASIL

criados nos limites da viabilidade pelos Estados.¹³

PROTEÇÃO	MEDIDAS DE PROTEÇÃO EXPRESSAS
Proteção Geral	<ul style="list-style-type: none">• Proteção integral contra retaliações;• Proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar.
Proteção Pessoal	<ul style="list-style-type: none">• Segurança residencial;• Escolta e segurança nos deslocamentos;• Transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;• Apoio e assistência social, médica e psicológica;• Apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.
Proteção da Identidade do Reportante	<ul style="list-style-type: none">• Preservação da identidade, imagem e dados pessoais;• Sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;• Garantia de que a revelação da identidade, em casos de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos, efetive-se apenas com sua concordância formal.
Proteção Processual	<ul style="list-style-type: none">• Isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato;• Garantia contra a imposição de sanções.
Proteção Funcional	<ul style="list-style-type: none">• Suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;• Garantia contra demissão arbitrária;• Garantia contra alteração injustificada de funções ou atribuições.
Proteção Financeira	<ul style="list-style-type: none">• Ajuda financeira mensal;• Proteção contra prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie;• Proteção contra a retirada de benefícios, diretos ou indiretos.
Proteção à Carreira	<ul style="list-style-type: none">• Proteção contra negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

Tabela 01 – Medidas de proteção expressas ao reportante na Lei do Disque-Denúncia e Reportantes (Lei n.º 13.608/2018)
Fonte: Grupo Público, FGV Direito SP

Ademais, a Lei de Disque - Denúncia e Reportantes estabelece a sanção administrativa de “demissão a bem do

¹³ Grupo Público, Como viabilizar Programas Públicos De Reportantes Contra A Corrupção No Brasil?, 2020. p. 61.

serviço público” ao agente que pratique retaliação. Novamente, a amplitude da lei implica num descompasso, pois assume que a retaliação será sempre praticada por agente público, ignorando os atos de retaliação praticados por agentes que exerçam mandato político ou particulares delegatários de serviços públicos, por exemplo.¹⁴

Por fim, definiu-se que até 5% do valor recuperado em função do relato seria recompensado ao reportante (art. 4-C, §3º). De fato, a segurança financeira dos reportantes é comumente abalada. Algumas retaliações, como a demissão ou o impedimento à qualificação por bônus, são juridicamente vedadas por programas de reportantes sérios. Por outro lado, a perda de novas oportunidades profissionais (“suicídio profissional”) são ônus suportado pelo reportante, mas que não recebem resposta legal.

A recompensa é uma estratégia de incentivo ao relato, mas vale um alerta ao reportante: o recebimento do prêmio não é automático após o relato e é dependente da verificação da conexão entre as informações e a recuperação do produto de crime. O valor recuperado apenas se verifica com a coisa julgada administrativa ou o trânsito em julgado judicial, o que, além de incerto, pode demorar. Tampouco é claro qual a autoridade competente para a atribuição do prêmio. Faltam procedimentos organizados e disciplina específica que confirmem segurança jurí-

¹⁴ Ibid. p. 224.

dica sobre o recebimento e da atribuição da recompensa.

De forma geral, a ausência de recursos, a incapacidade institucional e pressões de diversas ordens serão apenas algumas das dificuldades que os entes competentes enfrentarão na estruturação e execução de seus programas de reportantes. Faz-se necessária a priorização da execução das medidas, de maneira a aperfeiçoar a utilização de recursos.

3.3 Conclusão

Apesar de o termo ser frequentemente associado à experiência estrangeira, o *whistleblowing* não é totalmente estranho à prática nacional brasileira. Aliás, o Brasil já esboça algumas tentativas de elaboração de programas de reportantes robustos.

A Lei Anticrime ditou um desenho institucional que implica em sérios desafios para a implementação. Os órgãos responsáveis pelo desenvolvimento dos programas públicos de reportantes terão a difícil missão de executar uma série de deveres onerosos. Nesse sentido, é importante lembrar que o ponto central é o reportante. O entendimento do processo decisório que leva à denúncia é o que deve guiar a estruturação da dinâmica de incentivos e proteções. Somente assim serão criados programas sérios e eficazes, que não sejam apenas “escudos de papelão”.

Os programas de reportantes visam mitigar as externalidades negativas geradas pelo relato e a efetiva proteção dos reportantes será a métrica para o sucesso. Para o cenário brasileiro, os benefícios são claros: existe uma real possibilidade de que grandes avanços sejam feitos na detecção de irregularidades, como a corrupção, de maneira mais eficaz, rápida e eficiente.

4 AINDA SOBRE OS ACORDOS DE LENIÊNCIA

AS DISPUTAS CORPORATIVAS LEVAM EM CONTA A VISÃO E OS INTERESSES DOS COLABORADORES?

Marcelo Ribeiro de Oliveira

Doutor pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília Procurador da República e Secretário de Cooperação Internacional Adjunto do Ministério Público Federal. Integrante da Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada (CPAALCP), da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal (MPF).

O presente ensaio possui a finalidade de debater sobre a legitimidade para a celebração de acordos de leniência nas infrações à Lei 12.846/2013, como medida diversificadora, com o fim de estimular que possíveis envolvidos, pessoas coletivas ou naturais, esses últimos como aderentes ou formuladores de acordos de colaboração premiada ou de não persecução cível forneçam meios de sanear, de forma menos gravosa, possíveis ilícitos.

Mais do que a defesa de posições jurídicas, de desconstrução de discursos corporativistas, o que também será feito, a ideia das presentes reflexões é voltar os olhos para os colaboradores, em sentido lato e apresentar aspectos a serem considerados com o fim de minimizar a insegurança jurídica que as disputas geram em relação a eles, sem deixar, por outro lado,

de apresentar os riscos relacionados a depender das decisões tomadas.

A ausência de coordenação entre os entes estatais e, sobretudo, a disputa pela primazia na condução do tema, com pretensões de exclusividade, foi bem apontada pela literatura como prática deletéria.¹

¹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. A leniência anticorrupção: Primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes para instituir. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). Colaboração Premiada. 1ed. São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 237-254, ao fazerem referência ao advento da Lei 12.846/2013, a chamada lei anticorrupção e a um certo aqodamento na sua edição, anotam: “Como sói acontecer, respostas institucionais definidas no calor do momento político invariavelmente são acometidas de imperfeições, no caso em questão, muito em decorrência das dificuldades de sistematizar os papéis dos diferentes órgãos de controle. Como resultado, editou-se uma lei cuja redação evidentemente ruim eu que é mais grave, sem enquadramento sistemático no ordenamento jurídico brasileiro. A evidência maior de que a Lei 12.846/2013 foi fruto de um aqodamento da classe política consiste no fato de que, logo após a sua vigência, foi editada a Medida Provisória 705/2015, que tentava impor alguma racionalidade sistêmica à aplicação da Lei 12.846/2013, o que, de certa forma, resolveria grande parte dos problemas relacionados à insegurança jurídica que permeia a consecução e execução dos acordos de leniência. Ocorre que, diante do cenário político desfavorável decorrente do avanço da Operação Lava Jato e em razão da resistência adotada especialmente pelos órgãos de controle, a referida medida provisória perdeu sua vigência, retomando assim o texto original da Lei”. Após dissertarem sobre a necessidade de se conferir segurança jurídica, o que passa pelo cumprimento dos acordos, os autores ainda ressaltam: “Por óbvio que tal ambiente de razoabilidade e ponderação demanda a garantia do cumprimento do contrato. Com efeito, não se assegurando a efetividade do acordo de leniência, dele não irão se socorrer as empresas e por uma razão que salta a toda evidência: é que não faz o

²Como delimitação do estudo, entende-se importante

menor sentido jurídico e econômico assumir compromissos de alta monta sem que a contrapartida seja assegurada, representada pela certeza de que as informações oferecidas não aparelharão novas demandas contra a própria empresa signatária do acordo e que a Administração Pública reconheça sua validade. Beira ao descalabro posições que remetem à falta de juridicidade do acordo de leniência como argumento para antes da Administração Pública furtarem-se ao acordo e suas consequências. Esse sem dúvida é o grande desafio que o instituto da leniência possui no Brasil atualmente: sobreviver à competição e à autofagia dos diversos órgãos e instituições do Estado, que, sob os efeitos do discurso anticorrupção, agem de forma esquizofrênica, competindo por um desarrazoado protagonismo ou simplesmente boicotando o instituto em razão de interesses até mesmo escusos”.

- 2 WINTERS, Michelle A. Too Many Cooks in the Kitchen: Battling Corporate Corruption in Brazil and the Problems with a Decentralized Enforcement Model, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 681 (2015), em um plano mais geral, sem tocar a competição propriamente dita enfatizam: “As previously mentioned, one of the most problematic elements of the highly touted Brazilian Anti-Corruption Act is its delegation to essentially any entity of Brazil’s public administration (at the federal, state, and municipal levels) of the power to investigate possible illegal acts.⁵³ While the Act specifically states that the Comptroller General (Controladoria-Geral da União (“CGU”)) will investigate matters involving the executive federal power for acts committed against the Brazilian public administration, enforcement of BACA will be up to the highest authority of the executive, legislative, or judicial body affected by the conduct, and the Public Prosecutor’s Office in cases of civil liability”. Há ainda a atuação criminal do Ministério Público, que não pode também ser ignorada em uma necessária interpretação sistêmica. Luz, Reinaldo; Spagnolo, Giancarlo (2016) : Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing, SITE Working Paper, No. 36, Stockholm School of Economics, Stockholm Institute of Transition Economics (SITE), Stockholm, anotam: “In the absence of coordinated forms of leniency (or rewards) for unveiling corruption, a policy offering immunity from antitrust sanctions may not be sufficient to encourage wrongdoers to blow the whistle, as the leniency recipient will then be exposed to the risk of conviction for corruption”.

particularmente levar a conta a atuação do Ministério Público Federal nessas frentes de atuação,³ sem deixar de levar em conta suas outras atribuições e, ainda, com o fim de refutar as objeções feitas à sua atuação, essencialmente feitas não pelos colaboradores, mas pela Advocacia-Geral da União.⁴

Tal constatação não deixa de ser curiosa, já que se trata de um ente⁵ que, a reboque da Controladoria-Geral da União, frequentemente bate às portas do Ministério Público Federal para a realização de atuação conjunta visando a celebração de leniências e, sobretudo, para postular o compartilhamento de provas, o que invariavelmente é atendido, salvo naquilo em que se trata de provas provenientes do exterior e, ante o princípio da

³ ATHAYDE, Amanda. Manual dos acordos de leniência no Brasil: teoria e prática : CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, Belo Horizonte, Fórum, 2019, pp. 260-261, ainda com referência à Nota Técnica da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF lembra do perfil generalista das competências requisitórias do MPF, além da sustentada correlação com os fatos constantes da Lei 12.846/2013 com condutas criminais, de exclusividade constitucionalmente conferida ao Ministério Público.

⁴ Como exemplos de deliberadas tentativas de desconstrução da legitimidade do MPF, cf. ANGELO JR., Lucio Alves; FRIDRICZEWSKI, Vanir. Leniência na Lei Anticorrupção: Accountability Segundo as Funções Vertebradoras dos Atores Estatais. Public Sciences & Policies, Lisboa, v. 5, n. 2, p. 129-143, 2019, SOARES, Pedro Vasques. Múltiplas instâncias de responsabilização e consensualidade na Lei 12.846/2013, in Publicações da Escola da AGU. Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas) volume 12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020.

⁵ Efetivamente, trazido “para ‘dentro’ da negociação dos de leniência anticorrupção negociados pela CGU”, conforme destaca ATHAYDE, Amanda, op. cit. p. 255

especialidade, somente pode ter uso para fins criminais.

De antemão, a primeira abordagem que se faz é a de se considerar o acordo de leniência inserido em um sistema de normas e não apenas de uma ou outra legislação.

Dentro dessa ideia, recapitulam-se as principais normas que tratam do tema.

A Lei 12.529/2011 estabelece que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por intermédio de sua Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos daquele dispositivo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

Para além do rito de desenvolvimento e de aferição do cumprimento, dos objetivos, a leniência, no âmbito do CADE, produz impactos diretos na atuação criminal, com prescrições de suspensão e de extinção de punibilidade.⁶

⁶ Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se

Atenta a essa circunstância, dados os evidentes impactos na atuação finalística do Ministério Público, as orientações de procedimento do CADE contemplam a participação ministerial, como interveniente nos acordos de leniência.⁷

A Lei 13.505/2017 prescreve procedimentos sancionadores nos âmbitos do Banco Central (BACEN) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A lei não nomina a resolução como “acordo de leniência”, mas prescreve a figura do

automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

⁷ Cf. https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/programa-d-e-leniencia/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf?_ga=2.163564287.2144868964.1612790094-1572012370.1611313136. O Guia em questão ressalta: “É facultado ao Ministério Público, como interveniente signatário, realizar questionamentos, solicitar alterações e requerer complementos ao acordo de leniência. Todavia, eventuais solicitações de alteração por parte do Ministério Público são geralmente intermediadas pela SG/Cade, tendo em vista a competência legal da SG/Cade para celebrar Acordos de Leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011).” E mais: ao abordar a definição de qual órgão ministerial seria o responsável para atuar como interveniente, o guia enfatiza quais atribuições legais e constitucionais do Ministério Público motivam a sua atuação: “63. Como é definido qual Ministério Público atuará no caso concreto? Tal definição deriva das atribuições fixadas em lei e em jurisprudência para desdobramentos criminais das infrações à ordem econômica. Frequentemente se trata de ofensa que agride o mercado de forma ampla e por isso atrai competência do Ministério Público Federal (ainda mais evidente quando envolvidos recursos federais). Em casos envolvendo interesses locais, contudo, é possível a interveniência de Ministério Público Estadual. Em qualquer circunstância a definição do Ministério Público anuente demanda colaboração com o proponente e manifestação de interesse por parte do respectivo órgão ministerial.”.

“Acordo Administrativo em Processo de Supervisão”, no arts. 30 a 32, com relação ao BACEN e dos arts. 33 a 35, relativamente à CVM.⁸

A prescreve ainda em relação ao BACEN a subscrição de termos de compromisso, a fim de que a autarquia “em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração, cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente, I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos; I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos; III - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos”.

As duas figuras consensuais, no âmbito do BACEN prescrevem a possibilidade de atuação ministerial. Em ambas, se assegura a possibilidade de requisição de informações pelo Ministério Público, sendo que, no que diz respeito ao acordo em processo de supervisão, o art. 31, § 3º, chega a prever que “O Ministério Público, com base nas competências que lhe são atribuídas em lei, poderá requisitar informações ou acesso ao

⁸ Para uma análise pormenorizada, cf. ATHAYDE, Amanda, op. cit. pp. 163e segs.

sistema informatizado do Banco Central do Brasil sobre os acordos administrativos em processo de supervisão celebrados pelo Banco Central do Brasil, sem que lhe seja oponível sigilo e sem prejuízo do disposto no art. 90⁹ - da Lei Complementar no - 105, de 10 de janeiro de 2001”.

A lei não avança tanto em relação à CVM e a Instrução 607/2019 da autarquia¹⁰ também não é exauriente, no particular. Ainda assim, o art. 101, §4º da referida norma regulamentar aponta a possibilidade de atuação sinérgica com o Ministério Público, notadamente, com o fim de se observarem as competências legais: “O acordo administrativo em processo de supervisão celebrado pela CVM, atinente à prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, não afeta a atuação ou as prerrogativas legais do Ministério Público, com o qual a CVM atuará em coordenação, ou das demais instituições públicas ou entidades autorreguladoras no âmbito de suas correspondentes competências, nem o dever legal de comunicar indícios de crime de ação penal pública”.

Resta o exame da Lei 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, relativamente a condutas lesivas à

⁹ Lei relacionada ao sigilo bancário.

¹⁰ <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/600/Inst607.pdf>

administração pública nacional ou estrangeira previstas no art. 5º,¹¹ todas puníveis criminalmente:

- 1) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- 2) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- 3) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- 4) no tocante a licitações e contratos:
- 5) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- 6) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

¹¹ Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- 7) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- 8) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- 9) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- 10) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- 11) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- 12) dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

¹²A lei possui a prescrição de punição administrativa,

¹² Evidentemente, com o quadro normativo atual, apenas as pessoas físicas, uma vez que não se está a falar de crimes ambientais, única hipótese de responsabilidade penal de pessoal jurídica atualmente existente no direito brasileiro. É de se notar, ainda, a aparente ausência de interesse legislativo em se promover a responsabilidade penal nos casos de corrupção e demais condutas atentatórias à administração.

precedida do PAR – processo administrativo de responsabilização, indicando-se no art. 8º, §2º que “No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento”.

A mesma lei prescreve, ainda, a repressão por meio de ação judicial dessas condutas. O art. 19, estabelece que “. . . razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras”.

E o Ministério Público Federal poderia firmar acordo de leniência?

A única resposta possível é afirmativa, por se tratar de uma forma de exercer a resolução abreviada dos seus poderes de ação em face das condutas do art. 5º, da Lei 12.846/2013.

A alegação de exclusividade da CGU, no plano federal com base no art. 8º, §2º, da Lei 12.846/2013 não resiste a uma interpretação sistemática. Na verdade, a defesa em questão não se sustenta nem mesmo em face da interpretação literal.

A exclusividade da CGU é no Poder Executivo Federal.

Seria de um desconhecimento rotundo de direito administrativo e constitucional ignorar que o Ministério Público não integra o Poder Executivo.

Sobre a interpretação sistemática, considerando-se que a própria lei confere o direito de ação e que, pela Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) e pela Lei 8.429/92 (lei de improbidade administrativa, o Ministério Público é o legitimado para o mais – as diversas ações cíveis e para a persecução criminal desses fatos. Deve ser lembrado que todos os fatos do art. 5º da Lei 12.846/2013 são crimes.

Considerados os variados instrumentos sancionatórios e consensuais disponíveis, como termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível (recentemente introduzido na Lei 8.429/92) e mesmo a possibilidade de celebração de convenções processuais que redundem na efetivação de disposições de vontade recíprocas e ponham termo a um possível litígio, a única interpretação sistêmica é a que permite a composição pelo Ministério Público.

Se o desconforto, como um “nome comercial”, é a locução “acordo de leniência”, que se adote qualquer outro nome, mas se reconheça a única instituição independente e que se valeu da inércia do executivo para firmar sua posição como ente passível de solucionar as questões relacionadas à Lei 12.846/2013,¹³ como

¹³ PIMENTA, Raquel de Mattos. *A Construção dos acordos de leniência da lei anticorrupção*. São Paulo, Blücher, 2020., p. 97. No mesmo sentido: SOARES, Pedro Vasques. *Múltiplas instâncias de responsabilização e*

legítima para tanto.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental no MS 35435, concluído em 30 de março de 2021, confirma largamente as premissas aqui sustentadas. Do voto disponibilizado pelo Ministro Gilmar Mendes, colhem-se as relevantíssimas observações:¹⁴

Antes de examinar os argumentos trazidos em cada um dos processos, reputa-se oportuno examinar os casos em tela considerando a dimensão constitucional do fenômeno de ampliação dos espaços de consenso na atuação punitiva do Poder Público. Nos últimos anos, o ordenamento jurídico pátrio assistiu a um verdadeiro espraiamento da figura dos acordos de Leniência Administrativa, em paralelo ao uso de institutos análogos na seara criminal. Esse movimento foi de certo modo influenciado por um esforço internacional de convergência na adoção de políticas judiciais e legislativas de combate à corrupção. Tal influência, se traduziu por meio da incorporação ao sistema jurídico interno de tratados multilaterais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, firmada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (internalizada pelo Decreto 3.678/2000); a

consensualidade na Lei 12.846/2013, in Publicações da Escola da AGU. Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: a experiência da CGU e da AGU (aspectos práticos, teóricos e perspectivas) volume 12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020

¹⁴ <https://www.conjur.com.br/dl/stf-analisa-inidoneidade-empresas.pdf>

Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Decreto 4.410/2002; a Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004); e a chamada Convenção de Mérida (Decreto 5.687/2006).

Os acordos de leniência configuram relevantes instrumentos de instrução probatória voltados ao fortalecimento de uma política de combate a infrações econômicas na desarticulação de ilícitos administrativos e criminais de natureza colusiva, isto é, que envolvem a atuação concertada de diversos agentes econômicos com o intuito de restringir a concorrência ou de fraudar as regras de processos de seleção pública. Sobretudo quando essas condutas colusivas são adotadas no âmbito de licitações públicas, os danos à coletividade são evidente e transcendem às perdas financeiras.

(. . .)

No ordenamento jurídico vigente, há pelo menos 4 (quatro) gêneros de acordos de leniência que podem ser celebrados por pessoas físicas ou jurídicas para atenuação da responsabilidade administrativa ou judicial de atos econômicos, quais sejam: (i) o Acordo de Leniência Antitruste, que encontra previsão na Lei 12.529/2011 (Lei do CADE); (ii) o Acordo Leniência Anticorrupção, fundamentado na Lei 12.843/2013 (Lei Anticorrupção), (iii) o chamado “Acordo de Leniência do MP”, que não possui previsão legal expressa, mas surge de interpretação sistemática das funções constitucionais do Ministério Público; e ainda (iv) o Acordo de Leniência do Sistema Financeiro Nacional, que é disposto pela Lei 13.506/2017. Além desses, seria possível ainda

apontar como uma quinta modalidade de Acordo de Leniência o chamado “acordo de não persecução cível”, que foi recentemente introduzido pela Lei 13.964/2019, o chamado “Pacote Anticrime”. Embora esses acordos possam eventualmente abranger fatos suscetíveis de repressão na esfera criminal, os Acordos de Leniência não se confundem com as modalidades de consenso disponíveis na esfera penal, como a figura do chamado Acordo de Colaboração Premiada, disciplinado na Lei 12.850/2013. Os recentes desdobramentos da chamada Operação Lava Jato evidenciaram as sobreposições e interfaces entre os múltiplos regimes de responsabilização administrativa e cível que incidiram sobre as pessoas físicas e jurídicas investigadas. Diversos estudos recentes têm debatido se e como a coexistência de regimes de leniência no direito brasileiro pode atingir um nível ótimo de incentivo à colaboração dos agentes econômicos, de modo a aprimorar o combate à corrupção.

(. . .)

Ao contrário do que se poderia intuir, a necessidade de cooperação e coordenação entre as instituições envolvidas no chamado Microsistema Anticorrupção não é apenas uma medida de garantia da segurança jurídica que opera a favor das empresas que negociam com o Estado. Ao contrário, trata-se de verdadeira condição de efetividade dos instrumentos de leniência.

(. . .)

Considerando a complexidade da matéria gerada a partir da intrincada rede de regimes de responsabilização anticorrupção, o presente voto

analisa cuidadosamente as principais características dos acordos de leniência disponíveis no ordenamento jurídico pátrio, com o intuito de estabilizar de forma clara as hipóteses de cabimento desses acordos, os requisitos de sua celebração e, principalmente, os possíveis benefícios de responsabilização. Antecipa-se que o estudo aqui desenvolvido diagnosticou importantes assimetrias nas previsões de imunização geradas por cada um desses acordos, o que pode comprometer a segurança jurídica desses instrumentos. Além disso, identificou-se que um dos principais fatores de desalinhamento dos regimes refere-se à ausência de parâmetros comuns e objetivos para o cálculo de reparação e ressarcimento de danos nos acordos. A adoção de diversas metodologias de cálculo que ainda estão sujeitas a questionamentos afeta negativamente a estrutura de incentivos para a colaboração com o Estado. A partir dessas considerações teóricas, o presente voto busca aplicar aos casos concretos uma interpretação harmônica das funções constitucionais do Tribunal de Contas da União, que preserve os princípios constitucionais da segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF) e da eficiência (art. 37, CF).

O voto prossegue e após as considerações sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência e problematizar a questão da imunidade criminal como um dos pontos delicados na indução de comportamentos colaborativos, conclui que à margem da questão criminal, não haveria outras sanções passíveis de redução dada

as limitações de imposição de sanção pelo próprio CADE.¹⁵

Ao passar a tratar da Leniência Anticorrupção da Lei 12.846/2013, S. Exa. estabelece uma importante distinção: “Todavia, diferente do que ocorre no regime do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, fica claro que as condutas passíveis de punição pela Lei Anticorrupção também podem configurar, além de crimes, outras infrações administrativas e também com repercussões judiciais”.

Vai-se além:

Apesar de ter se inspirado nas melhores práticas internacionais, a pouca vivência institucional e o conhecimento doutrinário ainda em expansão nessa matéria têm dificultado a adequada compreensão das possibilidades de uso do Acordo de Leniência Anticorrupção. A partir de uma interpretação sistemática da Lei 12.843/2013, é possível compreender que o novel diploma instituiu verdadeiro regime duplo de responsabilização das pessoas jurídicas. Dentro desse regime duplo, a prática dos chamados atos lesivos à Administração Pública definidos no art. 5º da lei pode tanto ensejar (i) a responsabilidade administrativa, que é regulamentada nos Capítulos III e IV do diploma, e (ii) a responsabilidade judicial, que é regulamentada no Capítulo VI da lei. Do ponto de vista da responsabilização administrativa, a Lei Anticorrupção foi pensada como um regime vertical nas esferas Federal, Estadual e Municipal e no âmbito dos Poderes Executivo,

¹⁵ Muito embora, as condutas sejam tanto criminais quanto, em rigor, passíveis de incidência na lei de improbidade administrativa.

Legislativo e Judiciário. O diploma normativo estabeleceu, nesse sentido, que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica pelos atos lesivos à administração pública sempre caberá “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa” (art. 8º). Embora não esteja claro qual órgão ou entidade deve ser responsável pela aplicação dessa lei nas esferas estaduais e municipais ou no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, ao menos no âmbito do Poder Executivo Federal, a legislação deixou claro que a competência seria da Controladoria-Geral da União – CGU (art. 8º, § 2º). A CGU é também o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do

Poder Executivo Federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira (art. 16, § 10). No campo da responsabilidade administrativa, há 2 (duas) sanções que podem ser aplicadas pela autoridade máxima da entidade em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em caso de órgão da administração direta, do seu Ministro de Estado. São elas: (i) a sanção de multa e (ii) publicação extraordinária da decisão administrativa sancionadora (art. 6º, incisos I e II). Por outro lado, a Lei Anticorrupção trouxe no seu Capítulo VI o regime da chamada responsabilização judicial (art. 18). Enquanto a responsabilidade administrativa enseja a punição da empresa por parte da CGU ou órgão equivalente nas esferas estadual e municipal, a responsabilidade judicial dos atos lesivos à Administração Pública

consiste na possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de suas respectivas Advocacias Públicas ou ainda o Ministério Público, ajuizarem ações em face das empresas.

(. . .)

Desse modo, percebe-se que, nos termos da Lei Anticorrupção, de um mesmo ato lesivo à Administração Pública, na forma do art. 5º da lei, pode-se desencadear os dois regimes – administrativo e judicial – de responsabilização da pessoa jurídica. Como visto, no regime de responsabilidade administrativa, cabe à CGU (no plano federal) ou à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário mover o chamado Processo Administrativo de Responsabilização – PAR e, se comprovada a infração, impor as sanções pecuniárias previstas no art. 6º, que têm verdadeira natureza punitiva ou sancionadora. Já no regime judicial, o ato lesivo do art. 5º dá ensejo ao ajuizamento de demandas seja pelo órgão de advocacia do Ente Público (AGU ou procuradorias estaduais) ou pelo Ministério Público, cabendo ao Poder Judiciário, se for o caso, aplicar as sanções do art. 19, as quais, por sua vez, visam a reparar o dano causado pela pessoa jurídica ao Ente Público, possuindo, portanto, natureza indenizatória. Entender essa separação entre essas duas esferas dentro de uma mesma lei é essencial para que se possa delimitar o alcance do chamado Acordo de Leniência Anticorrupção. Esse acordo – que é previsto no Capítulo V da lei – pode servir para atenuar a responsabilidade da empresa tanto no campo administrativo quanto no campo judicial.

Em uma verdadeira aula sobre o instituto e sem embargo da clareza das considerações precedentes, o relator ainda faz uma extensiva observação específica sobre a atuação do Ministério Público:

Acordo de Leniência do MP Além dos acordos de leniência celebrados pelo CADE e pela CGU/AGU, também assume extrema relevância para o julgamento dos writs em tela a compreensão do regime jurídico do chamado “Acordo de Leniência do MP”. Inicialmente, é importante destacar que o “Acordo de Leniência do MP” não se confunde com a figura da colaboração premiada da Lei 12.850/2013, cuja análise foge ao escopo do presente voto. Diferente deste tipo de colaboração criminal, o Acordo de Leniência do MP é instrumento consensual utilizado pelo Parquet que se insere no âmbito da competência do órgão na propositura de ações de improbidade administrativa ou de ações cíveis inseridas no âmbito da responsabilização judicial pelos atos lesivos à Administração Pública de que trata a Lei 12.846/2013. Diferente do que ocorre no Sistema de Defesa da Concorrência e no âmbito da CGU, a celebração dos “ Acordos de Leniência do MP ” não possui previsão legal explícita. O uso desses instrumentos pelo Parquet se consolidou a partir da sua própria experiência institucional, e seu regime jurídico hoje é disciplinado por instrumentos de softlaw, em especial o Estudo Técnico 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e a Orientação 07/2017 da mesma CCR. A partir de uma interpretação sistemática do dispositivo constitucional

definidor das funções do Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF/88), do princípio da eficiência (art. 37 da CF/88), da legislação processual civil no tocante ao estímulo às formas consensuais de resolução de conflitos e da própria Lei Anticorrupção, o Estudo Técnico 01/2017 assenta a legitimidade do MP para celebrar Acordos de Leniência com empresas no âmbito de ações de improbidade ou de ações civis públicas voltadas à reparação de danos decorrentes dos atos lesivos à Administração Pública.

(. . .)

O “Acordo de Leniência do MP”, nesses termos, consiste em instrumento negocial pelo qual as empresas se comprometem a cessar os ilícitos civis praticados, apresentando informações e provas relevantes sobre os fatos apurados. A Orientação 07/2017 da CCR-5 estabelece que esse acordo só poderá ser celebrado se demonstrado o interesse público, que integra a oportunidade, a efetividade e utilidade do acordo (item 7.3). Além das obrigações de cessação da prática e de colaboração das investigações, as empresas ficam com dois tipos de obrigações pecuniárias: (i) pagamento de multa da Lei de Improbidade ou da Lei Anticorrupção, conforme o caso e (ii) pagamento de valor relativo à antecipação de reparação de danos, ressalvado o direito de outros órgãos, instituições, entidades ou pessoas de buscarem o ressarcimento que entenderem lhes ser devido. (item 7.5 da Orientação 07/2017 da CCR-5). A formatação jurídica do Acordo do MP expõe a existência lacunas no regime jurídico de combate à microcriminalidade econômica. Em primeiro lugar porque a Lei Anticorrupção, apesar de

claramente fazer referência à legitimidade do MP para pleitear judicialmente a reparação de danos cíveis derivados dos atos lesivos, não deixa clara a possibilidade de o Parquet celebrar o acordo de leniência. Salienta-se, a propósito, que há proposição legislativa em trâmite no Congresso Nacional (PLS 105/2015), que visa a justamente deixar clara a intervenção do MP nos acordos celebrados pela AGU/CGU. Em segundo lugar, o uso do acordo leniência do MP nas ações de improbidade administrativa, pelo menos à época da edição do Estudo Técnico 01/2017 da 5ª CCR, desafiava disposição expressa da própria Lei 8.429/1992, cujo art. 17, § 1º, expressamente vedava a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Esse óbice foi parcialmente superado recentemente com a edição do chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), que passou a prever o chamado “acordo de não persecução cível” nas ações de improbidade. A terminologia jurídica adotada, porém, perpetua as dúvidas e confusões. Em alguma medida, os espaços de negociabilidade do acordo de leniência do MP e do acordo de não persecução cível seriam totalmente coincidentes, o que dificulta sobremaneira a interpretação harmônica da legislação aplicável.

Após o extenso desenvolvimento da questão rigor, o voto proferido, acompanhado Ministro Edson Fachin, reafirmando a dupla responsabilização (judicial e administrativa) da Lei 12846/2013, reconhece que o embate ou os embates possíveis dizem respeito à possibilidade de o Tribunal de Contas da União promover uma atualização dos valores de ressarcimento previs-

tos nos Acordos de Leniência firmados com o Parquet, “recall” e ainda se caberia a possibilidade de ir além no que diz respeito à suspensão da sanção de inidoneidade.

Por um lado, o voto concluiu pela possibilidade de se reverem os valores, até como medida de controle do dinheiro público,¹⁶ mas sinalizou-se, alinhando-se ao entendimento da 5a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, expresso na Nota Técnica nº 01/2017 - 5ª CCR - MPF,¹⁷ que a vigência da sanção inidoneidade seria até mesmo uma incongruência com o acordo de leniência, reputando assim que “a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com os princípios constitucionais da eficiência e da segurança jurídica”.¹⁸

¹⁶ Linha similar é apresentada por ALVES, Francisco Sérgio Maia. Análise da juridicidade do controle dos acordos de leniência da lei anticorrupção empresarial pelo Tribunal de Contas da União. Boletim de licitações e contratos Imprensa: Curitiba, Governnet, 2005. Referência: v. 15, n. 166, p. 112–124, fev., 2019.

¹⁷ <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>, em que se afirma: “A suspensão da aplicação da penalidade de inidoneidade responde a um imperativo inerente a qualquer acordo de leniência, que é a possibilidade de que os seus termos possam ser integralmente cumpridos, até porque ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas, o que decorre da boa-fé objetiva e do princípio da confiança.”

¹⁸ O voto complementa: “Embora a sanção de inidoneidade aplicada com base na Lei 8.443/1992 não esteja contemplada expressamente na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), a aplicação desta penalidade pela Corte

Não se encerrou a análise do voto com as considerações sobre a legitimidade da celebração do acordo pelo Ministério Público, cerne das presentes reflexões, para deixar evidenciados outros dois aspectos igualmente importantes: o de conferir segurança jurídica aos signatários¹⁹ e preservar a tutela da confiança.²⁰

Esses aspectos foram trazidos no adendo ao voto original apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, trazido na conclusão do julgamento.

Na oportunidade, não se rechaçou a legitimidade do Ministério Público, mas se apresentaram problemas tanto da sede autorizadora para os acordos,²¹ bem como ressalvas acerca da

de Contas resultará em ineficácia da cláusula que prevê a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013, pois os efeitos práticos das sanções mencionadas são semelhantes, senão coincidentes.”.

¹⁹ ATHAYDE, op. cit., p. 267 aponta, com acerto, a existência do quadro de insegurança jurídica e considera relevante o emprego da cooperação interinstitucional.

²⁰ Por todos, veja-se CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no equilíbrio financeiro*. Cadernos O Direito, nº 2, 2007, Coimbra, Almedina.

²¹ Destaca-se: “Embora referido acordo represente um grande avanço na racionalização institucional do combate à corrupção, chamo a atenção para o fato de que as principais controvérsias jurídicas veiculadas nos casos em tela envolvem dificuldades de delimitação do regime jurídico do chamado “Acordo de Leniência do MPF”. A despeito do amplo uso desse instrumento pelo Parquet, considero que este instrumento precisa urgentemente passar por uma reconceptualização, inclusive a partir de eventuais soluções de

lege ferenda, a fim de que sua utilidade no combate à corrupção possa ser compatibilizada com os princípios constitucionais da legalidade, da segurança jurídica e da proibição de punição dupla. Permito-me fazer uma breve digressão sobre as incongruências e lacunas do regime jurídico do acordo de leniência do MPF. Faço isto, repiso, com o espírito de sinalizar a necessidade de se buscar soluções legislativas para os problemas que são concretizados nos Mandados de Segurança em exame. Como destaquei em meu voto, nem a Lei do CADE nem a Lei Anticorrupção atribuíam ao Ministério Público a possibilidade de negociar acordos de leniência. Diante da ausência de previsão legal expressa, a construção do chamado Acordo de Leniência do MP remonta a uma interpretação extensiva do ordenamento jurídico idealizada nos primeiros anos de atuação da antiga Força-Tarefa da Lava-Jato em Curitiba. A origem do instituto é bem explicada por Raquel Pimenta em obra seminal sobre o tema oriunda de Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) (. . .) Ainda na obra de Raquel Pimenta, transcreve-se entrevista concedida pela Procuradora Regional da República Samantha Dobrowolski que explica como os colegas conseguiram desenvolver a tese da legitimidade do MPF a partir de uma sagaz interpretação da intertemporalidade da LAC e da Lei de Improbidade embora esta, à época, expressamente vedasse a celebração de acordos (. . .) Atualmente, a possibilidade de o MPF celebrar acordos de leniência busca fundamentação em um arco normativo centrado na legitimidade do MPF para a proteção da probidade administrativa e para a proteção do patrimônio público e social, como disposto no artigo 129, inciso III e artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal⁴. Somam-se a isso a identificação do perfil generalista da atuação do MP, que poderia conferir transversalidade às políticas de leniência. Salienta-se que, além de entender ser parte legítima para a celebração de acordos próprios, o MPF considera que a sua participação nos acordos de leniência celebrados com a AGU/CGU seria sempre mandatária, uma vez que as condutas tipificadas na Lei Anticorrupção configuram ilícitos penais (. . .) Ainda que as orientações da 5ª CCR tentem ser ao máximo possível exaustivas, há pontos claros de incompatibilidade com o regime da Lei 12.843/2013 que suscitam dúvidas quanto à possibilidade de invocação desse regime legal. A ausência de uma previsão normativa exauriente acerca das hipóteses de cabimento do acordo levanta a questão sobre se todo e qualquer ato potencialmente redutível ao conceito de ato lesivo à administração pública poderia ser

extensão material do acordo²² e da destinação dos valores pactuados como sanção.²³

transacionado pelo MP independentemente do seu enquadramento em norma penal. Além disso, a própria atribuição da competência para celebração dos acordos de leniência a qualquer membro do MPF (item 1 da Orientação 07/2017) não se submete à lógica da lei anticorrupção de elencar como legitimado apenas a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública. Além da ausência de previsão legal expressa para celebração dos acordos, outro ponto que suscita forte insegurança jurídica quanto ao regime de leniência do MP se refere à irradiação dos efeitos da celebração desses acordos para a esfera penal”.

²² Extrai-se do voto: “O principal desafio jurídico, sem dúvida, consiste na possibilidade de esse acordo garantir a imunização criminal em relação a fatos cuja apuração ultrapassa a competência dos membros do MPF que atuam como signatários. (. . .) No acordo da Odebrecht, percebe-se, por exemplo, o objeto da transação abrange, além dos atos de improbidade, tipos penais das mais variadas naturezas, como ilícitos eleitorais e infrações contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica e tributária, concorrenciais e outros. O acordo trouxe ainda a previsão de que estariam abrangidos pela transação as infrações a serem descobertas nos programas de investigação interna que seriam implementados pela empresa. A ampliação do escopo desses acordos, mais uma vez, tenciona o princípio da legalidade, seja pela ausência de previsão expressa na LAC, seja pela possível violação das regras de competência penal. Ainda que o MPF assumira a titularidade da ação penal pública e possa se valer do regime da Lei 12.850/2013 para firmar os acordos de colaboração premiada, a celebração de acordos de leniência tão amplos, com natureza dúplice administrativa e penal, acaba incidindo em um verdadeiro vácuo legal que tem sido preenchido por uma atuação constante da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.”.

²³ Como amplamente cediço, em 17.09.2019, o relator da ADPF 568, Ministro Alexandre de Moraes, homologou acordo apresentado nos autos pela Procuradoria-Geral da República, pela Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pelo Congresso para destinar os recursos do acordo da Petrobras para o combate a incêndios florestais e investimento em políticas de educação. A decisão do relator, no entanto,

Ainda em relação à legitimidade para a celebração dos acordos, cumpre destacar o argumento contrário que costuma ser utilizado. Na verdade, usualmente, transcreve-se o seguinte trecho de julgado do Tribunal Regional Federal da 4a. Região (Agravo de Instrumento 5023972-66.2017.4.04.0000),²⁴ que seria contrário ao entendimento sustentado no presente ensaio:

Quanto ao primeiro aspecto, reza a Lei 12.846/2013 (LAC) que, no âmbito do poder executivo federal, a Controladoria Geral da União - CGU é o órgão detentor de competência exclusiva para celebrar o acordo (art. 16, §10). O

explicitou que seriam nulos o negócio jurídico celebrado pelos membros do MPF e a decisão judicial de homologação do acordo²⁰. Mais recentemente, em 10.02.2021, o mesmo relator proferiu decisão monocrática na ADPF 569, em que concedeu medida cautelar ad referendum do Plenário, para, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999, DETERMINAR que os valores ou bens provenientes dos efeitos da condenação criminal ou de acordos observem os estritos termos do art. 91 do Código Penal, do inciso IV do art. 4º da Lei 12850/13 e do inciso I do art. 7º da Lei 9613/98; cabendo à União a destinação de valores referentes a restituições, multas e sanções análogas decorrentes de condenações criminais, colaborações premiadas ou outros acordos realizados, vedando-se que seus montantes sejam distribuídos de maneira vinculada, estabelecida ou determinada pelo Ministério Público, por termos de acordo firmado entre este e o responsável pagador, ou por determinação do órgão jurisdicional em que tramitam esses procedimentos. Em todas essas dimensões, verifica-se que a ausência de uma disciplina legal esmiuçada sobre os acordos de leniência do MP tem gerado notáveis focos de insegurança jurídica, diagnosticando este que deve nortear eventual atuação futura do legislador quanto o próprio controle realizado pelo Poder Judiciário na apreciação da validade desses acordos.

²⁴ Com base em uma decisão que não diz o que se tenta dizer a respeito dela, SOARES, Pedro Vasques (op. cit.) faz referência a “ambiente organizacional de competição predatória a usurpação de atribuições” (sic).

Decreto nº 8.420/2015 (. . .) repete o dispositivo em seu art. 29.

Ou seja, a autoridade competente, em princípio, para firmar o acordo de leniência com a pessoa jurídica envolvida em atos corruptivos é a CGU.

Isso não impede, e até parece recomendável, a participação de outros órgãos, como a Advocacia da União, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União - TCU.

(. . .)

Contata-se, dessa maneira, vício no acordo de leniência sob exame, o que, entretanto, não leva à nulidade do ato negocial, pela possibilidade de ratificação pela CGU, ou re-ratificação, com participação dos demais entes, levando-se em conta o aspecto a seguir examinado, qual seja o ressarcimento ao erário e a multa (p. 6).

Como já se mencionou, já houve uma análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal que seria contrária à interpretação restritiva da atuação do Ministério Público.

Tal permissão, ou com o perdão da dupla negativa, dita “não proibição”, vem com o reconhecimento de que o tema precise de aperfeiçoamento até mesmo no plano legislativo e muito também com a anotação de que a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em particular, vem se desdobrando com o intuito de conferir maior segurança jurídica à questão.

Apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, retome-se a visão que objeta a atuação ministerial: o precedente invocado

diz mesmo que o Ministério Público não tem legitimidade?

A resposta é negativa.

O excerto invocado, supostamente favorável à exclusão da atuação ministerial, faz dois acenos que já não seriam excludentes da presença do MP: “no âmbito do poder executivo” e “Isso não impede, e até parece recomendável, a participação de outros órgãos, como a Advocacia da União, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União – TCU”. Ou seja, o segundo destaque seja a contemplar a presença do MP.

E que tal examinar o julgamento e não apenas retalhos dos textos que pretensamente favorecem uma narrativa? Mais: que tal examinar o andamento do caso concreto atualmente? E ainda: que tal advertir que o julgado foi proferido com base em disposição legal atualmente revogada?

O dito precedente cuida de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em ação de improbidade administrativa, decidiu afastar o bloqueio cautelar de bens das empresas do Grupo Odebrecht.

A AGU na oportunidade, alegou que embora celebrado acordo firmado entre o MPF e a Odebrecht, tal acordo não afasta o interesse no ressarcimento integral do dano, nos termos do disposto no art. 16, § 3º da Lei nº 12.486/2013, bem como que o acordo não vincularia a União, que a Controladoria Geral da União, e não o MPF, é o órgão competente para a celebração de acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal. MPF

sustenta a legitimidade do acordo, bem como a Construtora.

Na fundamentação da decisão, usa-se norma, atualmente, revogada: “Dispõe o § 1º do art. 17 da Lei nº 8249/92 (LIA) que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. Esta proibição legal chegou a ser derogada pela MP 703, de 2015, que, no entanto, perdeu eficácia em face da não conversão em lei pelo Congresso Nacional, conforme já explicitado, supra”.

Atualmente, o citado §1º dispõe justamente o contrário: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei”.

Sobre a participação do Ministério Público, repita-se, mesmo quando o acordo na improbidade administrativa seria vedado, ao menos em interpretação estrita, duas notas são feitas:²⁵

Com efeito, se de um lado é possível o abrandamento ou até mesmo a exclusão de penalidades (tanto na LAC quanto na LIA, consoante fundamentação desenvolvida acima), não se poderá afastar o ressarcimento integral do dano. Torna-se necessária, portanto, a manifestação da CGU, AGU (e TCU), apontando o quantum a ser indenizado. Mas, de outro lado, imprescindível a presença do

²⁵ Isso porque já se sustentava que as interpretações das convenções internacionais anticorrupção, o estímulo à resolução consensual de conflitos pelo Código de Processo Civil (art. 3º) já permitiram a realização de acordo, o que não assegurava, efetivamente, toda segurança desejável. Nesse sentido, cf. ATHAYDE, op. cit., o. 294

Ministério Público, em razão de sua competência exclusiva no que tange à repercussão na esfera penal, avaliando a importância e necessidade das informações a serem prestadas.

(...)

Por tais razões, não parece adequado aos termos da lei acordo de leniência firmado sem a presença dos órgãos envolvidos, especialmente a CGU, competente para tanto, segundo expressa menção legal.

(...)

No acordo de leniência, embora a lei aponte como legitimada a CGU, faz-se necessária a participação de todos os órgãos envolvidos (Ministério Público, Advocacia Pública, Tribunal de Contas) para que a responsabilização seja única e integral.

E especificamente sobre o acordo firmado com o Ministério Público Federal: “Afasta-se a nulidade absoluta do negócio jurídico também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme acima mencionado. O acordo de leniência firmado não pode ser uma armadilha para a empresa que recebe o lenitivo”.

Ou seja, mesmo o “super precedente” desatualizado, com base em cenário normativo substancialmente revogado não afasta a possibilidade de o MPF fazer acordo de leniência.

É leviana a assertiva em sentido contrário por distorcer o sentido da decisão que conclama os entes envolvidos a agirem de

forma integrada e assegurarem de um lado a reparação integral e, de outro, a não oneração excessiva do colaborador.

Mas não é só: o julgamento não se encerrou e, em juízo de admissibilidade, a Vice-presidência do TRF-4^a admitiu o recurso especial e deferiu o efeito suspensivo ativo, para restabelecer a ordem de indisponibilidade de bens, até que haja deliberação definitiva do STJ, sob o fundamento de que “ainda não se tem pacificada a matéria nos Tribunais Superiores, se o acordo de leniência em colaboração premiada possibilita, ou não, a supressão das demais cominações legais (Leis 8.429/92 e 12.846/13)”.

Atualmente, o caso está autuado como Recurso Especial 1878937 e se encontra pendente de julgamento.

Acredita-se que o quadro apresentado e a leitura da decisão suspensa nem de longe abonam a tese contrária à legitimidade ministerial para celebração de acordos de leniência.

Na verdade, a sustentação da tese da ilegitimidade lembra um tanto a prática da propaganda stalinista de se apagarem fotos de desafetos (por que razão tomar outra instituição assim?) e ignorar a realidade, a quantidade de acordos feitos, o envolvimento e o dispêndio de recursos das empresas e de suas defesas técnicas.

Nesse ponto, traz-se a primeira ponderação sobre a necessária empatia com os colaboradores: seria razoável sustentar que: os 34 (trinta e quatro) acordos de leniência anti-

corrupção, os R\$ 22.931.564.364,00 recuperados não existiram?²⁶ Não se produziram resoluções multijurisdicionais? Os pagamentos foram todos imprestáveis? Houve endêmica deficiência das defesas técnicas que examinaram, discutiram os acordos e recomendaram a sua assinatura?

As respostas são evidentes, muito embora deva ficar claro que não se defende a realidade sobre a normatividade. Todas essas perguntas, no entanto, mostram, atos que não surgiram do acaso, mas que são objeto de uma decantação do tema, de debates e reflexões em uma comunidade profissional qualificada. E tudo a aponta para a interpretação jurídica legitimadora dos acordos ministeriais.

Mais do que isso, ainda que houvesse um cenário de indefinição normativa, o que parece não existir, haveria de ser invocada a tutela da confiança e da boa-fé, a não nulificar os acordos.

Ciente, contudo, da concorrência de agências, mas como efeito mitigador da insegurança jurídica, a orientação da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF deixa claro que “Não será dada quitação por danos ou prejuízos, devendo o valor pago a esse título ser sempre considerado como uma antecipação de pagamentos”.²⁷

²⁶ Dados colhidos em <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/painel-eletronico-reune-informacoes-sobre-acordos-de-leniencia-e-de-colaboracao-premiada-firmados-pelo-mpf-desde-2014/view>

²⁷ Orientação nº 2/5ª CCR: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/or>

Todas essas considerações são feitas sem contar ainda com a atribuição criminal, que não é desenvolvida, de pronto, no acordo de leniência, mas que possui interfaces inevitáveis, restando nesse ponto outra dimensão da necessária empatia com os colaboradores privados, pessoas naturais e jurídicas.

Não raro, salvo as excepcionais e elogiáveis medidas de *self-disclosure*, as tratativas para a realização de uma leniência resultam de etapas investigativas anteriormente feitas pelo Estado. E tomem-se os exemplos dos variados casos “Lava Jato”, “Greenfield”, “Zelotes”, entre tantos outros: usualmente, os fatos em apuração surgem de investigações criminais, seja por se valerem de informações expandidas de colaborações premiadas, seja, sobretudo, por se valerem de técnicas especiais de investigação, como interceptação de dados telemáticos, seja por obterem dados em cooperação internacional sujeito à dupla tipificação penal, seja por se possuir maior expertise e automação no processamento de informações bancárias e fiscais.

Fazer pouco-caso da apuração criminal do contexto da leniência é *näive*.

A Constituição Federal assegura a exclusividade da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I).

Não é preciso desenhar para explicar que a exclusão do responsável pelo processamento criminal, destinatário das provas

i entacoes/Arquivo%20unico%20sem%20sumario%20-%20orientacoes_novo_atualizada.pdf

produzidas em técnica especial de investigação e não raramente o conhecedor em primeira mão dos fatos em investigação é no mínimo perigosa para o agente privado.²⁸

Que segurança terão os executivos de uma empresa de negociar uma leniência sem ao menos saber os passos que o Ministério Público tem ou pode ter contra eles?

A preocupação de quem quer se compor com o Estado não é a de encampar ou de rechaçar teses corporativas, mas a de obter estabilidade nas decisões.

Por outro lado, se apenas as pessoas físicas procuram o Ministério Público, qual a segurança que a empresa pode ter de não sofrer uma plêiade de ações cíveis?

Todas essas considerações se prestam a dizer que a ideia de monopólio é quase uma “síndrome de Highlander”: “There can be only one!” e que exclusão do Ministério Público soa tão mal quanto a frase e é quase tão ruim quanto o filme do qual se lembrou.

Não se defende a exclusividade ministerial, mas a integração de esforços entre as agências estatais responsáveis,²⁹ até para evitar cobranças posteriores, a título de ressarcimento

²⁸ Além de contrária à independência institucional do Ministério Público e do sistema de administração de justiça, como se extrai da Nota Técnica 01/2017 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf>) e ainda em ATHAYDE, op. cit., p. 261.

²⁹ No mesmo sentido, cf. ATHAYDE, op. cit., p. 267.

integral.

Claro, os colaboradores podem avaliar se existe um balcão mais amigável, ou arriscar alguma tese de ilegitimidade ou de suficiência de assinatura com parte dos entes envolvidos. Nessas situações, não caberá a invocação surpresa, mas o reconhecimento de que eventuais reações estatais, para além do pactuado dentro dos limites negociais, é fruto da decisão estratégica tomada.

A multiplicidade de agentes não garante o sucesso³⁰ da atuação estatal, dá trabalho de coordenação ao agente privado, mas evita que o uso de outras legítimas atribuições possam causar surpresa a todos envolvidos.

Em suma, entende-se que as disputas corporativas são trágicas para os agentes privados e são geradoras de prejuízos e de insegurança jurídica para estes, não sendo bem acolhidas, além de prejudicar o desenvolvimento do próprio instituto, que muito fez a despeito do pouco tempo em vigor.³¹

³⁰ PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey e CORREA, Izabela. “The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment.” *Osgoode Hall Law Journal* 53.1 (2015) : 107-163, em suas conclusões enfatizam as possibilidades de punição e a incerteza de sua eficácia pela multiplicidade de entes envolvidos: “Three types of legal punishment can be imposed on someone engaged in corruption in Brazil: administrative, civil, and criminal. Each is determined by separate judicial or administrative processes that operate independently of one another.

³¹ Nesse sentido, em outra oportunidade, consignou-se: “Uma última nota sobre o tema pode ser dedicada a críticas usualmente realizadas ao trabalho do Estado brasileiro e do Ministério Público, em particular. Essencialmente, se criticam as sanções negociadas, a falta de segurança jurídica, a ausência de guias procedimentais e que a realidade norte-americana é muito mais

The institutional multiplicity argument suggests that independence of the processes might be positive: If one process is flawed, another may be able to compensate. As argued in this article, the new Brazilian Clean Company Act seems to rely largely on institutional multiplicity to enforce sanctions against companies involved in corrupt practices in Brazil and abroad. Our hypothesis is that this may help the Act overcome some of the obstacles often encountered in efforts to effectively punish corrupt practices in Brazil. There are, however, no guarantees that institutional multiplicity will generate the benefits identified in this article. Indeed, it may actually generate inefficiencies with institutional duplication, destructive competition, and obstacles to cooperation and coordination. Whether the Clean Company

estável. Muito do que se expôs anteriormente mostra o avanço gradual nas condutas tendentes a conferir maior segurança ao leniente, sendo, claro, notadamente no que diz respeito ao procedimento, que há uma crescente preocupação na uniformização destes. Assegurar a justa reparação, evitar novos ilícitos, alcançar outros possíveis responsáveis e obter segurança jurídica parece (ou deveria) ser o mote de todos os envolvidos. Não se pode perder de vista, contudo, que a Lei Anticorrupção é relativamente recente no País e que, se comparada ao FCPA, desenvolvido na década de 70, é muito incipiente. O FCPA, efetivamente, por uma série de razões apontadas na literatura, levou décadas para a produção de efeitos mais contundentes. Em termos proporcionais, a LAC está caminhando muito mais rápido e com as experiências adquiridas, incluindo a interação com outras jurisdições, e acredita-se que constituirá cada vez mais um instrumento eficiente e seguro para a responsabilização corporativa”. OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. Negociação e acordos de leniência com múltiplas autoridades: perspectivas brasileira e americana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65/2020, Abr – Jun/2020, pp. 291 – 319.

Act will prove to be a positive or a negative example of institutional multiplicity remains to be seen.”

Normativamente, defende-se, sim, que há superposições e que uma atuação integrada, com a superação da briga por espaço e que se volte para questões como o uso de provas, os procedimentos de negociação, a metodologia de cálculos seriam contributos concretos do Estado, em um cenário de equidade entre os entes públicos, para o estímulo a novos acordos.³²

³² A não menção ao Acordo de Cooperação Técnica (ACT) assinado pela Advocacia-Geral da União (AGU), Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU) e Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), em 06.08.2020, com participação do Supremo Tribunal Federal (STF), em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos Acordos de Leniência, da Lei nº 12.846, de 2013 não é fruto de esquecimento, mas da compreensão da absoluta inocuidade do seu conteúdo que, em rigor, ainda que tenha tentado, em um primeiro momento, contar com a participação do MPF, na prática, mutilaria a atuação do Ministério Público, para além de ignorar os vários aspectos aqui apresentados. Para uma reflexão mais analítica, cf. Nota Técnica nº 2/2020 - 5ª CCR do Ministério Público Federal (MPF), produzida por sua Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada (CPAALCP) <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-2-2020-acordo-cooperacao-acordo-de-leniencia-final.pdf>. Nesse ponto, portanto, e pelas razões apresentadas, não se veem os avanços pela introdução do ACT e apontados na decisão do STF anteriormente abordada.

5 “TOPICAL ISSUES IN CROSS - BORDER INVESTIGATIONS”

Duncan Grieve

Associate at Cadwalader, Wickersham & Taft LLP

2020 was a year of disruption, tragedy and change. In addition to the loss of life caused by the global pandemic and attendant economic consequences, last year presented unique logistical challenges to investigating authorities, defence lawyers and client businesses. In sometimes disorienting circumstances, prosecutors and their defence counterparts have had to demonstrate creativity and flexibility in adapting standard protocols and investigative procedures. It is a testament to that adaptability that cross-border investigations have continued to progress in the last year.

This article summarises some of the most important recent developments and topical issues in cross-border investigations from the last year. It highlights the fact that global anti-corruption enforcement continued at a significant pace despite the pandemic and how enforcement authorities and corporates are adapting their investigations to meet current circumstances. It notes the continuing trend towards close cross-border collaboration among government agencies and identifies some key developments in newly-active jurisdictions. The increasing importance of enforcement by multilateral

development banks is explained as is the role of data leaks and investigative journalism. The article concludes by flagging sectors which are likely to see increased enforcement activity in 2021 and beyond.

5.1 Global enforcement continues despite disruption

The U.S. authorities remain the most active in the world in investigating of overseas corruption. The U.S. Department of Justice (DOJ) and the Securities and Exchange Commission (SEC) are well-resourced and continue to use the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) and other statutes to prosecute payments to foreign government officials and intermediaries.

In spite of the pandemic and contrary to predictions from some quarters that anticipated a slowdown in FCPA investigations during the Trump presidency, the total value of corporate FCPA monetary resolutions in 2020 rose for the second year in a row to **\$2.78 billion**. This followed another blockbuster year in 2019 where FCPA fines and penalties exceeded \$2.5 billion for the first time. 2020 saw 32 combined FCPA enforcement actions with 51 total cases including ancillary enforcement. Four of the FCPA enforcement actions resolved in 2020 involved conduct in Brazil which was the joint highest total for any one jurisdiction along with China.

The UK authorities also remained active in 2020 and the

Serious Fraud Office (SFO) concluded three deferred prosecution agreements (Airbus SE, G4S Care & Justice Services (UK) Ltd and Airline Services Limited) with combined financial penalties totalling around **£910 million**. The conclusion of corporate wrongdoing through these negotiated settlements is now a well-established process and has moved the UK into even closer alignment with U.S. enforcement authorities.

The full impact of Brexit on SFO investigations and international cooperation in criminal cases is not yet clear. Despite the prominent role played by the UK authorities in investigating and prosecuting corruption and financial crime over the last five years, there are concerns that the SFO and other UK law enforcement agencies will lose access to important European law enforcement databases unless a security agreement can be agreed between the UK and the EU. New arrangements will have to be negotiated and this will be a key priority in 2021.

In another notable trend, the UK authorities have been making increasing use of powers to assist in the detection and recovery of the proceeds of crime, especially corruption. Unexplained Wealth Orders and Account Freezing (and Forfeiture) Orders allow UK enforcement agencies to freeze and recover the proceeds of crime by using civil, rather than criminal, powers. Early in 2020, the National Crime Agency secured a £190 million settlement from one of Pakistan’s wealthiest businessmen accused of fraud and corruption. In November

2020, the SFO reached a £1.2 million civil recovery settlement with Julio Faerman, a Brazilian national linked to a company implicated in Lava Jato.

5.2 Investigative practices are evolving to meet current circumstances

It is important to note that the sizeable settlements concluded by the U.S. and UK authorities represent the culmination of lengthy investigations conducted over a number of years. It is therefore highly likely that the full effects of the disruption caused by the pandemic on investigative work will not be fully felt until later in 2021. Enforcement authorities have acknowledged that practical difficulties have resulted in a slowdown in the pace of some ongoing investigations.

Travel restrictions have impeded the conduct of physical interviews. This is problematic in internal investigations and potentially even more of an issue for interviews with government authorities. Although prosecutors have adjusted to conduct interviews via video in certain circumstances, numerous compelled interviews and interviews conducted under caution have been postponed. This will inevitably cause some degree of backlog and delays to ongoing investigations. Another key obstacle has been the collection and production of physical documents. This normally routine (albeit burdensome) process

has been affected by office closures and remote working practices. In some cases, in response to these logistical difficulties, enforcement authorities in the U.S. and UK have accepted electronic documents as a substitute for original paper documents to expedite ongoing investigations.

Notably, during April 2020, officials from the FCPA units of DOJ and SEC went on record to confirm that they are aware of, and trying to respect, the challenges of communicating with witnesses and clients during the pandemic but were continuing to press forward with their investigative work. Published in the same month, the SFO’s business plan acknowledged that adjustments had been necessary but stated that it remained “operational and committed to delivering [its] mission.”

It is important to note that companies will not be able to use the disruption caused by the pandemic as a legal defence or an excuse to avoid the authorities’ expectation to proactively investigate misconduct and monitor risk on an ongoing basis. Nevertheless, enforcement authorities are currently demonstrating a reasonable level of understanding and are prepared to give some leeway to companies actively working to continue internal investigations and remediate misconduct in challenging circumstances. If practical issues arise which affect the ability to respond to a government request or conduct investigative steps, it is sensible to inform the relevant authority as early as practicable and try to agree a new timetable.

Government investigations in the U.S. and the UK now usually require companies to provide detailed reports on their risk architecture and internal compliance procedures. From a business perspective, changes in working practices necessitated by the pandemic have increased operational risk in certain important respects. Remote working has resulted in less oversight and compromised some traditional internal controls which rely on physical supervision. In recognition of this increased level of risk, companies are monitoring data more closely, financial and otherwise, in order to identify and deal with issues before they become a problem. This adjustment has been notable in companies under government scrutiny but is part of a much broader trend as working habits shift in response to current circumstances. As part of the “risk review” component of government investigations, organisations should come prepared to describe how their internal controls have evolved to meet these new challenges.

5.3 Enhanced cooperation and newly active investigating authorities

Over the last few years a number of jurisdictions have risen to prominence and changed the global landscape relating to anti-corruption and financial crime enforcement. These changes are important to companies that operate internationally because,

in an era of globalisation and interconnected markets, many investigations are multi-jurisdictional in nature. Where misconduct or tainted financial flows cross international borders, companies and their legal counsel have to consider the potential of investigation and enforcement by government authorities in multiple jurisdictions. This is increasingly relevant as more countries enact and actively enforce legislation targeting financial crime and corruption.

Cooperation among investigating authorities and their international counterparts has never been higher. This creates serious challenges when companies under investigation have to negotiate with authorities in a number of jurisdictions simultaneously. It does, however, increasingly allow for the possibility of a global resolution under which the company can agree to a financial penalty that will be allocated across all the investigating jurisdictions. This allows the company to draw a line under historic misconduct and move on. The growing trend towards coordinated global resolutions was further underlined by the publication U.S. DOJ policy against “piling on” in May 2018. The policy encourages DOJ attorneys to coordinate, where possible, with foreign investigating authorities to alleviate the overlapping demands imposed multiple investigations and avoid unnecessarily duplicative fines.

Brazil – Brazil has been at the forefront of global anti-corruption enforcement since the advent of Lava Jato in

March 2014. During the past seven years, Brazilian authorities have been amongst the most aggressive in the world in investigating corporate wrongdoing, actively cooperating with foreign authorities in the U.S., UK, Europe and worldwide on criminal matters. Although recent document leaks have raised serious questions regarding the propriety of the prosecutorial tactics deployed during the investigation, Lava Jato unquestionably transformed the Brazilian enforcement environment. Brazilian prosecutors and regulatory agencies have established close cooperative ties with their colleagues in other jurisdictions, have the resources and knowhow to give considerable support to foreign enforcement authorities and frequently request reciprocal cooperation to support their own investigations. These capabilities are aptly demonstrated by the recent global settlement agreed with the world’s biggest independent oil trader, Vitol, in December 2020. The \$160 million settlement, following an admission of bribery in three countries, was jointly agreed with U.S. and Brazilian authorities. Regardless of the outcome of individual cases, Brazilian enforcement will remain relevant for the foreseeable future.

France – For years France lagged behind in anti-corruption enforcement but this situation is changing. 2020 was an active year for the French authorities building on the Sapin II law which created a new anti-corruption enforcement agency, expanded the extraterritorial reach of France’s

anti-corruption laws, and laid the foundation for increased penalties for individuals and entities convicted of corruption offences when it came into force in June 2017. Significant policy and enforcement developments indicate that the French authorities are likely to take a more active role in prosecuting overseas corruption in the years to come.

In a move that looks likely to align France with the U.S. and UK approaches to enforcement, the French Ministry of Justice published a circular in June 2020 outlining its approach to the investigation and prosecution of overseas corruption. The circular instructs French prosecutors to evaluate the possibility of bringing cases against foreign companies involved in bribery outside France, so long as those companies have a connection to France (for example, through economic activity in French territory). This is reminiscent of the extraterritorial application of the UK Bribery Act. Further, the circular lists conditions that prosecutors should consider when deciding whether to offer a company the French equivalent of a deferred prosecution agreement. These conditions include voluntary self-disclosure and ongoing cooperation and, significantly, explicitly refers to the U.S. DOJ “Yates” memorandum.

French anti-corruption enforcement made headlines in early 2020 with the C3.6 billion global settlement with Airbus following a ten-year investigation into bribes, fraudulent contracts and fake invoices that improperly inflated profits. A

large team from France’s Parquet National Financier (PNF) collaborated effectively with their colleagues from the U.S. DOJ and the UK SFO during the course of the investigation. The final global settlement comprised three separate agreements: a Judicial Public Interest Agreement required Airbus to pay C2.1 billion to the French authorities; and separate Deferred Prosecution Agreements (DPAs) required Airbus to pay C983 million and C530 million to the UK and U.S. authorities, respectively.

Switzerland – The increasingly aggressive enforcement environment in Switzerland continues to evolve with a number of important recent developments. As demonstrated by the cases mentioned here, the Swiss authorities now actively collaborate with their international counterparts. Brazilian practitioners will be well aware of this due to the important role that evidence obtained from Switzerland has played in Lava Jato.

The Swiss authorities experienced upheaval in 2020 which distracted from their ongoing investigations into corruption at FIFA. In July 2020 the Swiss Federal Administrative Court found that the Swiss Attorney General, Michael Lauber, had deliberately made false statements to the Swiss Office of the Attorney General’s (SA-OAG) disciplinary committee regarding his conduct during his office’s investigation into fraud, embezzlement, and money laundering at FIFA. The SA-OAG alleged Lauber had conducted improper, undisclosed

meetings with FIFA President Gianni Infantino during the course of the investigation. Lauber resigned two days after the ruling. In August 2020, a Swiss parliamentary committee decided to waive Lauber’s immunity and a special prosecutor was appointed to begin criminal proceedings against Lauber for abuse of office, violating confidentiality, and favouritism. Lauber and Infantino deny wrongdoing and FIFA has stated that it is cooperating with the investigation. The case has undoubtedly caused the SA-OAG embarrassment. It is, however, important to note that the FIFA investigation continues involving around 25 criminal proceedings and cooperation with fifteen foreign law enforcement agencies. The Swiss authorities celebrated a significant success in January 2021 in securing the conviction of the French-Israeli diamond magnate Beny Steinmetz, who was sentenced to five years in jail and a \$5 million fine by a Geneva court for bribing a wife of Guinea’s late dictator Lansana Conté to win the rights to one of the world’s richest iron ore deposits. Steinmetz subsequently sold his rights at a hugely increased value to Brazilian mining giant Vale and this transaction became the subject of high-profile civil litigation. This conviction is a significant development given that this was first international corruption trial held in Switzerland and represented the culmination of an investigation which started in 2013. During the course of the investigation the Swiss authorities collaborated with international counterparts in the U.S., the UK and Romania.

The successful conviction of Steinmetz is likely to encourage more assertive enforcement by the Swiss authorities.

5.4 Multilateral development banks increase oversight and enforcement

Multilateral development banks (MDBs) are becoming increasingly relevant in the anti-corruption enforcement landscape. There are more than twelve MDBs operating worldwide and each has its own protocols and policies governing the investigation of projects that it finances. Investigations initiated by MDBs are becoming far more common in Latin America, particularly in relation to large infrastructure projects. The World Bank and the Inter-American Development Bank (IDB) are actively investigating a number of high-value projects in Brazil and Latin America that have been linked to allegations of corruption. In April 2020, IDB debarred a major Brazilian infrastructure and construction company and eleven of its subsidiaries for 37 months. In a separate enforcement action, IDB also debarred twenty subsidiaries of Odebrecht S.A for six years.

Whilst there are some differences in the approach of each institution, MDBs have broadly similar organisational structures and procedures covering investigations, decision-making and any eventual sanctions. MDBs have a specialised team responsible

for the investigation of potentially sanctionable conduct. Findings and recommendations regarding penalties or settlement are referred to an independent adjudication body and there is often a second-tier panel which provides final adjudication in contested cases.

The investigative and punitive powers utilised by MDBs derive from the contracts through which they make loans and grants. Potential sanctions are considerable including financial penalties and temporary or permanent debarment from projects financed by the investigating MDB and other MDBs (known as cross debarment). For companies operating in sectors heavily reliant on development financing, these sanctions are potentially fatal because they block access to future projects.

While the MDBs have no criminal law enforcement authority, they routinely make referrals and share information with government agencies where evidence of illegality has been obtained through their own investigations. The World Bank, for example, made twelve such referrals in the past year. It is essential to consider this fact when disclosing information and producing documents to a MDB as part of an investigation. Once documents are produced to a MDB in the course of an investigation, the disclosing company loses all control over whether these documents are passed on to investigating government authorities.

Investigations initiated by MDBs share some similarities

with government investigations. MDBs have the power to enter into negotiated settlements with entities under investigation and routinely do so. MDBs are increasingly requiring (and monitoring) remedial measures including the implementation of compliance policy improvements as a condition of non-debarment. MDB enforcement investigations differ from government investigations in some important respects; for example, unlike the government authorities in the U.S. and the UK, MDBs do request that companies waive, and provide incentives for waiving, documents covered by attorney-client privilege.

It seems likely that the uptick in MDB investigations in Latin America will lead to an increase in government enforcement, especially in less active jurisdictions. The region is heavily reliant on MDB financing and there will be strong political and economic incentives for national enforcement authorities to follow-up on MDB notifications regarding potential criminal conduct. Under resourced enforcement authorities will also be able to benefit from information obtained through MDB investigations. Companies operating in sectors heavily reliant on financing from MDBs should be aware of these institutions’ growing investigative capabilities and appetite for enforcement as this trend looks likely to continue.

5.5 Data leaks and investigative journalism continue to drive enforcement

Over the last five years, it is notable how much international enforcement activity has been driven by whistleblowers, data leaks and investigative journalism. The International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), a U.S.-based non-profit organisation, has broken and continued to report on numerous stories that have gone on to result in major international investigations.

ICIJ is a global network comprising more than 250 investigative reporters and media organisations across 100 countries and territories. ICIJ investigations often focus on financial crime, corruption and the concealment of assets using offshore jurisdictions. The organisation rose to prominence through its investigation and reporting of the Panama and Paradise Papers in 2016 and 2017. In 2019 it reported extensively on leaked files documenting bribes paid by Odebrecht across Latin America which has resulted in prosecutions and enforcement activity across the region. The ICIJ published reports on two major investigations in 2020: FinCEN Files and Luanda Leaks. These have resulted in government investigations across a number of jurisdictions and can be expected to drive significant enforcement activity in the next few years.

The increasing prominence given to whistleblowing in

legislation and corporate compliance programs, ever-growing volumes of business data vulnerable to security breaches and the proliferation of technology facilitating anonymous information-sharing have significantly increased risk for companies when they discover misconduct. Organisations that choose to conduct targeted internal investigations and proactively remediate historic wrongdoing put themselves in a far more defensible position should the matter become public. It is becoming more and more important not just to manage the legal position of the company but also its public standing in the eyes of internal and external stakeholders.

5.6 Sectors under the spotlight in 2021 and beyond

Healthcare/COVID-19 procurement – As a reflection of unprecedented government expenditure necessitated by the pandemic and sometimes lax or abbreviated public procurement procedures, the coming years will inevitably see an increase in investigations into the healthcare, pharmaceutical and medical equipment sectors. Incidents of fraud and unethical business practices such as profiteering have already made headlines in a wide number of jurisdictions including Brazil, the U.S., the UK, and others. Due to the level of public outrage generated by these high-profile and widely-reported cases it can be expected that investigating authorities will aggressively pursue implicated

businesses and individuals. This is expected to become a major global enforcement trend in 2021 and beyond.

Financial services – Arguably the most widely-reported FCPA case this year was the \$6.4 billion global settlement agreed by Goldman Sachs in October 2020 relating to a bribery scheme devised to obtain billions of dollars in bond underwriting business from 1MDB, the state investment fund of Malaysia. The financial services sector also featured prominently in a number of other U.S. enforcement actions involving the DOJ and SEC. Longstanding focus on the sector and ongoing volatility in the financial markets will ensure that banks and financial service companies remain in the enforcement spotlight.

Oil and gas – Although this will not come as news to readers in Brazil, the oil and gas sector continues to be a key focus of global enforcement activity. A number of DOJ and SEC enforcement actions in 2020 (Sargeant Marine and Vitol) involved conduct relating to the oil and gas sector in Brazil. In the UK, the SFO successfully prosecuted two oil executives for conspiracy to make corrupt payments to secure contracts in Iraq as part of its investigation into Unaoil and is known to have other active investigations into oil companies. The fallout from Lava Jato is driving a number of criminal and civil cases worldwide and forms the backdrop to investigations conducted by a number of enforcement authorities outside of Brazil. Further investigations and prosecutions are likely in the coming year.

Mining and extractive industries – Due, in part, to the challenging geographies in which it operates but also influenced by the increasing focus on environmental policy, it is likely that 2021 will see more aggressive enforcement focussed on mining and the extractive industries. 2020 saw historic controversies regarding concession award practices brought to the fore, most notably in Guinea through the Swiss prosecution of Beny Steinmetz and his highly-publicised dispute with Vale. This case served as an important reminder that regime change, particularly in developing countries, often prompts aggressive scrutiny into previously-agreed public contracts and can draw the attention of enforcement authorities beyond the borders of the country in question.

6 UM ANO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

UM ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INCIDÊNCIA E A RETROATIVIDADE DO INSTITUTO

Filipe Henrique Vergniano Magliarelli

Advogado criminalista, sócio das áreas de Penal Empresarial e Compliance do KLA Advogados e Mestre em Direito Processual Penal pela Faculdade Direito da USP

Victor Campos Fanti

Advogado criminalista, associado da área de Penal Empresarial do KLA Advogados e Pós-Graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim

No dia 23 de janeiro de 2020, entrou em vigor a Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, amplamente conhecida como “Lei Anticrime”. A Lei Anticrime trouxe uma série de alterações legislativas em normas de natureza criminal, como o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execuções Penais, Lei do Crime Organizado, Lei de Lavagem de Dinheiro, dentre outras.

Dentre as inúmeras alterações mencionadas, uma que tem atraído enorme atenção por todas as esferas do Judiciário no curto tempo de vigência da lei é, sem dúvidas, a inclusão do instituto do acordo de não persecução penal, também conhecido como “ANPP”, no Código de Processo Penal, em seu art. 28-A.

Nas últimas décadas, o Brasil tem adotado progressivamente a justiça negociada para infrações penais, por meio de institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de colaboração premiada.¹ Nessa linha, a mudança legislativa trouxe uma nova figura de justiça negociada na qual o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia contra o investigado que tenha confessado “formal e circunstancialmente” a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, se o investigado concordar em cumprir certas condições, tais como a renúncia de bens e proveitos de crime, além de prestar serviços comunitários.

Embora o ANPP não possuísse lugar na legislação brasileira antes da promulgação da Lei Anticrime, na prática e especialmente durante o desenrolar da Operação Lava-Jato, o Ministério Público já firmava acordos de semelhante envergadura. Para tal propósito, o Conselho Nacional do Ministério Público se valia da então vigente Resolução nº 183/2018, que alterou a Resolução nº 181/2017 e que passou a

¹ “O processo penal brasileiro é regido pelo formalismo dos atos processuais. Entretanto, a grande demanda ao Poder Judiciário e sua consequente lentidão para a resolução de processos promoveu a necessidade de se buscar maior eficácia na atuação concreta do sistema penal”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismo de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2. ed., Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 54.

prever a figura do instituto negocial.²

Conforme ventilado, apesar do pouco tempo de vigência do ANPP, ele já tem sido objeto de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Dessa forma, passado um ano de vigor da Lei Anticrime, o presente ensaio terá o condão de analisar a postura adotada pelo judiciário brasileiro, em todas as suas esferas, o instituto da ANPP e o relevante aspecto da possibilidade da retroatividade de sua aplicação, mesmo depois de oferecida a denúncia.

Antes de adentrarmos nas discussões relacionadas ao aspecto mencionado, exporemos um importante levantamento realizado pelo Ministério Público Federal no final do ano de 2020, no qual será possível compreender para quais situações o ANPP tem sido mais utilizado durante o último ano. Isso também nos permitirá compreender a principal finalidade que se tem atribuído ao instituto negocial.

² O artigo 11 da Resolução nº 183/2018 passou a dar a seguinte redação ao artigo 18 da Resolução 181/2017: “Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente”. Para acesso: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acessado em 17 de março de 2021.

6.1 O ANPP em 2020: Os dados e a posição do Ministério Público Federal sobre a Finalidade do Instituto

Em 17 de setembro de 2020, o Ministério Público Federal publicou em seu site³ estudo de sua 2ª Câmara de Coordenação e Revisão no qual apontou que haviam sido realizados, desde maio de 2018 – data na qual passou a se utilizar do instituto negocial, 5.053 acordos de não persecução penal.⁴ No entanto, desse total, 3.892 acordos haviam sido realizados no ano de 2020, aumento que, reconhecidamente, deve-se à vigência da Lei Anticrime.

Ademais, o estudo apontou que os crimes com maior incidência do ANPP, na esfera federal, são: i) contrabando ou descaminho (1.165); ii) estelionato majorado (802); iii) uso de documento falso (469); iv) moeda falsa (285); e v) crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético. O estudo também apurou que o ANPP havia sido utilizado em todos os Estados brasileiros, além do Distrito Federal, o que demonstra uma recepção nacional do instituto.

Na ocasião da publicação do estudo, foi salientada por alguns dos membros do Ministério Público Federal a opinião de que o ANPP se configura como um importante instrumento de justiça restaurativa, “na medida em que garante sanções

³ <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-investe-na-justica-consensual-e-ultrapassa-5-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acessado em 16 de março de 2021.

⁴ <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ANPPate17092020v2.pdf>. Acessado em 16 de março de 2021.

necessárias à reprovação e prevenção do crime praticado por meio de uma resolução consensual entre acusação e defesa”. A essa posição, tendemos a nos filiar.

Além disso, ainda segundo o Ministério Público Federal, tem-se pretendido com o ANPP evitar encarceramentos desnecessários, dar uma resposta mais célere para a sociedade ante o cometimento de um crime e focar os esforços do Ministério Público na repressão a crimes mais graves, sem deixar de lado condutas de leve e média gravidade.⁵

Uma vez tecidas breves considerações sobre as situações mais usuais do instituto e a finalidade que se pretende atingir com o ANPP, é possível avançar para a abordagem da problemática eleita anteriormente.

⁵ Nesse mesmo sentido, sobre os avanços da justiça consensual no Brasil: “Nesse caminho, Scarance Fernandes complementa que ‘a aceitação dessa mudança veio precedida da separação das infrações em dois grandes grupos: as infrações leves e as graves. Passa-se a sustentar que não se justifica para as primeiras um processo demorado, e que, solucionadas de maneira rápida por via conciliativa, sobraria tempo para os órgãos de persecução penal poderem se dedicar com maior eficácia ao combate das segundas”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismo de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2. ed., Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 54.

6.2 A possibilidade de retroatividade do ANPP mesmo depois de oferecida a denúncia

Desde a entrada em vigor da Lei Anticrime, muito se tem questionado sobre a possibilidade da retroatividade dos efeitos do ANPP para beneficiar aqueles indivíduos que já estavam sendo processados ou até para aqueles que já se encontravam em fase recursal. Mesmo após mais de um ano da ampla utilização do instituto negocial, a resposta para o referido questionamento ainda está longe de ter uma resposta minimamente coesa.

Antes de expormos as divergências das mais variadas naturezas, é preciso, então, deixar cristalino que é entendimento dominante que as disposições do ANPP podem retroagir para beneficiar pessoas ao menos investigadas por fatos ocorridos antes da vigência da Lei Anticrime. Isso se deve ao princípio da retroatividade penal benéfica, previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

É comum se fazer, na determinação de quais leis devem retroagir, uma classificação doutrinária entre a) normas penais; b) normas processuais penais puras; e c) normas mistas ou processuais materiais.⁶ A respeito das primeiras, elas

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 102. No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 113.

estabeleceriam regramentos relacionados exclusivamente com o *jus puniendi* estatal (pretensão punitiva), como as regras de parte geral – dolo, culpa, tentativa, punibilidade, cálculo de penas etc – ou previsões de crimes em espécie. Por outro lado, as normas processuais puras seriam aquelas que dispõem sobre o início, desenvolvimento e/ou fim do processo e os diferentes institutos processuais – ritos, provas em geral, atos processuais etc.⁷ Já as normas mistas seriam aquelas que, por mais que disciplinem algum ato processual, possuem relação direta com o *jus puniendi* estatal e a extinção da punibilidade – normas sobre a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia etc.⁸

Nesse sentido, o princípio da retroatividade se aplicaria às a) normas penais e às c) normas mistas ou processuais materiais, de modo que, às b) normas processuais penais puras, seria aplicado o entendimento previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal, segundo o qual as normas processuais serão aplicadas a partir de sua vigência, com efeitos *ex nunc*.

De acordo com essa classificação, os regramentos do ANPP, ainda que estejam previstos no Código de Processo Penal, por dispor sobre questões relacionadas com aplicação antecipadas de pena e extinção da punibilidade, devem retroagir,

⁷ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 114.

⁸ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. . . , op. cit., p. 114. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. . . , op. cit., p. 103.

uma vez que são mais benéficos ao investigado, ao menos.⁹

Parece ser exatamente esse o fundamento que lastreia mencionado entendimento dominante.

Adentrando nas divergências sobre a possibilidade de retroatividade do ANPP para além da denúncia, o artigo 28-A do Código de Processo Penal e seus parágrafos, que preveem e regulamentam a figura do ANPP, não resolvem de maneira expressa o questionamento. Contudo, com o propósito de encontrar possíveis caminhos para se solucionar a celeuma, é possível fazer uma breve análise de algumas das suas disposições.

A título de exemplo, no caput do artigo 28-A consta que caberá o instituto “não sendo o caso de arquivamento”. A esse respeito, o Ministério Público, titular da ação penal pública, após o término do Inquérito Policial, após relatório final, deve analisar se as circunstâncias apuradas apresentam indícios de autoria e materialidade delitiva, o que justificaria o não arquivamento do inquérito e a propositura do ANPP ou, não sendo o caso, da ação penal. A priori, tal previsão nos permite interpretar que o ANPP somente seria cabível até o recebimento da denúncia.

Ademais, o § 3º, do artigo 28-A, prevê que o ANPP “*será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do*

⁹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. . . , op. cit., p. 170.

Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor”. Assim, ao se valer da palavra “investigado”, a lei permite mais uma vez a interpretação de que o ANPP somente poderia ser realizado até o oferecimento da denúncia, de modo a não abarcar os casos em que, quando da entrada em vigência da Lei Anticrime, o processo já tenha se iniciado ou que já esteja em fase recursal.

Por outro lado, considerando que as regras do ANPP são de natureza mista, poder-se-ia aplicar a disposição do parágrafo único do artigo 2º do Código Penal: “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

No entendimento do Ministério Público Federal, é cabível o oferecimento do ANPP em casos de processos já em curso, antes do trânsito em julgado, quando da entrada em vigência da Lei Anticrime. Tal posicionamento se deu pela alteração do Enunciado nº 98, em 31 de agosto de 2020.¹⁰ Além disso, foi fixado o entendimento de que o membro do Ministério Público Federal deve assegurar a oportunidade ao “acusado” de confessar formal e circunstanciadamente a prática da infração penal, para que seja beneficiado pelo ANPP.

A posição do Ministério Público Federal sobre o tema, contudo, não é a mesma do Conselho Nacional de Procuradores-

¹⁰ <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acessado em 17 de março de 2021.

Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG, que, em janeiro de 2020, aprovou o Enunciado nº 20, segundo o qual “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.¹¹

A divergência de posições no órgão de persecução também é verificada nos tribunais brasileiros. Nesse sentido, no Tribunal de Justiça de São Paulo prevalece o entendimento segundo o qual o ANPP somente pode retroagir e ser oferecido antes do início da ação penal, não podendo ser estendido para feitos já sentenciados.¹² Apesar disso, ainda é possível encontrar voz à posição contrária, no sentido de ser possível a propositura do ANPP ainda que já iniciado o processo, inclusive durante a fase recursal.¹³

¹¹ <https://www.cnpg.org.br/index.php/8481-cnpg-aprova-enunciados-pr-oduzidos-pelo-gnccrim-para-orientar-a-atuacao-dos-membros-do-mp>. Acessado em 17 de março de 2021.

¹² TJSP, Edecl. Criminal nº 0024301-42.2016.8.26.0554, Des. Rel. Alcides Malossi Junior, 9ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 15/03/2021; TJSP, Apelação Criminal nº 1500009-16.2020.8.26.0347, Des. Rel. Gilberto Ferreira da Cruz, 15ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 11/03/2021; TJSP, Apelação Criminal nº 0001075-76.2016.8.26.0111, Des. Rel. Otávio de Almeida Toledo, 16ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 16/09/2020; TJSP, Apelação Criminal nº 0022808-53.2017.8.26.0050, Des. Rel. Camargo Aranha Filho, 16ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 21/09/2020.

¹³ TJSP, Apelação Criminal nº 1502253-82.2019.8.26.0530, Des. Rel. Amable Lopez Soto, 12ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em 16/03/2021; TJSP, Apelação Criminal nº 1500857-56.2019.8.26.0664, Des. Relator Amable Lopez Soto, 12ª Câmara de Direito Criminal, Julgado em

Referida divergência também pode ser verificada no Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma já firmou entendimento segundo o qual os efeitos do ANPP não podem retroagir para beneficiar indivíduos cujo o processo já tenha se iniciado.¹⁴ Por outro lado, é possível encontrar entendimento na Sexta Turma de que os efeitos do ANPP podem retroagir para todos os processos já iniciados e que ainda não tenham transitado em julgado.¹⁵

Apesar de a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já ter tido oportunidade de se manifestar sobre a questão, em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, no sentido da irretroatividade do ANPP para processos já em curso,¹⁶ a divergência jurisprudencial exposta não passou despercebida para o Ministro Gilmar Mendes.

Em setembro de 2020, no julgamento monocrático do *Habeas Corpus* nº 185.913/DF, que pleiteava a oportunidade de proposta de um acordo de não persecução penal para um indivíduo já condenado em primeira e segunda instâncias quando da entrada em vigor da Lei Anticrime, o Ministro Gilmar

16/03/2021.

¹⁴ STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp nº 1.681.153/SP, Min. Rel. Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 08/09/2020; STJ, AgRg no REsp nº 1860770/SP, Min. Rel. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 01/09/2020.

¹⁵ STJ, AgRg no HC nº 575.395/RN, Min. Rel. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, Julgado em 08/09/2020.

¹⁶ STF, HC nº 186.289/RS, Min. Rel. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 28/05/2020.

Mendes sustentou que há “intenso debate doutrinário e jurisprudencial” sobre a natureza e consequente retroatividade. Ademais, o Ministro sustentou que a questão possui interesse constitucional e remeteu o julgamento do habeas corpus ao plenário do Tribunal, “de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais”.¹⁷

Na ocasião, o Ministro Gilmar Mendes também delimitou “questões-problemas”, que certamente serão o principal objeto de debate quando do julgamento no plenário da suprema corte. São elas: a) “O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei nº 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?”; e b) “É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?”.

O julgamento do referido habeas corpus pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não possui data definida, mas se espera que, ante a importância e repercussão de sua conclusão, ele seja pautado ainda em 2021.

Cabe salientar ainda a posição da doutrina sobre a questão. Conforme já ventilamos, também é dominante na doutrina o

¹⁷ STF, HC nº 185.913/DF, Min. Rel. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 22/09/2020.

entendimento de que as disposições do ANPP devem retroagir para fatos já desenvolvidos antes da vigência da Lei Anticrime. Transparece que as divergências limitam exatamente em definir qual a extensão da retroatividade, ou seja, se até o recebimento da denúncia, até a prolação da sentença, até o trânsito em julgado ou, ainda, até mesmo após o trânsito em julgado.

Possuem mais eco as posições doutrinárias de que os efeitos do ANPP poderiam i) retroagir até a prolação da sentença e aquela que entende ser possível sua aplicação mesmo ii) após o trânsito em julgado.

Em relação à primeira posição, Rodrigo Leite Ferreira Cabral sustenta que, após a prolação da sentença, o condenado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com a sua confissão.

Outro argumento utilizado diz respeito ao fato de que, uma vez esgotada a jurisdição ordinária, os autos não poderiam retornar à origem, porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que, proferida anteriormente à promulgação da Lei Anticrime, não haveria qualquer violação à previsão legal do acordo. Ainda, há o argumento de que o Supremo Tribunal Federal, quando da análise dos limites da retroatividade da suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, fixou que os efeitos da suspensão somente poderiam retroagir até a prolação da sentença, já que o objetivo central do

instituto era evitar o processo e a fixação de uma pena.¹⁸

Assim, se já prolatada sentença condenatória, “ainda que não transitada em julgado. . . , não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que. . . se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para qual o benefício foi instituído”.¹⁹

No entanto, referida posição é combatida por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, que argumentam que o silêncio do acusado durante o inquérito policial ou durante a instrução não é suficiente para impedir de pronto a proposta do ANPP. Ademais, alegam que há casos em que, mesmo quando há sentença penal condenatória, no próprio julgamento da apelação, o tribunal, câmara ou turma pode converter o julgamento em diligência e realizar novo interrogatório do condenado, como dispõe o artigo 616 do Código de Processo Penal. Nesses casos, o condenado teria a oportunidade de confessar a prática do delito.²⁰

Quanto ao segundo argumento sustentado por Cabral, Martinelli e de Bem também divergem e sustentam que, a

¹⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 213.

¹⁹ STF, HC nº 74.305/SP, Min. Rel. Moreira Alves, Plenário, julgado em 09/12/1996.

²⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. O respeito à constituição federal na aplicação retroativa do ANPP. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. . . , op. cit., p. 132-133.

dependendo do contexto, o tribunal pode muito bem anular a sentença condenatória por outras razões, como, por exemplo, ausência de fundamentação, e, com a promulgação de nova lei mais benéfica, seus efeitos poderiam retroagir. Como se não bastasse, o apelo do condenado poderia ser provido, de modo que venha a preencher requisito que à época da denúncia não cumpria, o que exigiria que os autos voltassem para a origem para eventual celebração do acordo.²¹

Os autores também criticam o terceiro argumento de Cabral, de que seria incabível a retroatividade do ANPP em razão de sua própria finalidade, qual seja, de afastar a possibilidade de deflagração da ação penal por meio da imposição antecipada de uma pena restritiva de direitos, tal como definiu o STF no Habeas Corpus nº 74.305/SP, relativo à suspensão condicional do processo. Para Martinelli e de Bem, referido argumento não poderia obstar a retroatividade, uma vez que não há, na Constituição Federal, qualquer restrição à retroatividade do ANPP em caso de proferimento de sentença condenatória.²²

Diante disso, os autores sustentam que tratar de modo diferente o investigado, o denunciado e o condenado violaria o

²¹ *Idem*, *ibidem*, p. 133-134.

²² MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. O respeito à constituição federal na aplicação retroativa do ANPP. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. . . op. cit., p. 134-135.

princípio constitucional da isonomia. Assim, não haveria razão para se criar uma barreira intransponível para a retroatividade do ANPP, de modo a ser cabível, inclusive, em casos que já tenha se verificado o trânsito em julgado.²³ No mesmo sentido, vão Rodrigo Régner Chemim Guimarães e Fábio André Guaragni²⁴ e Paulo César Busato, para quem o trânsito em julgado não tem a finalidade de amparar a pretensão punitiva do Estado.²⁵

Martinelli e de Bem fazem apenas uma ressalva no sentido de ser necessário diferenciar os casos de trânsito em julgado. A partir disso, os efeitos do ANPP poderiam atingir casos que se encontrem em fase de execução de pena, mas jamais poderiam ser aplicados para indivíduos que já cumpriram sua pena.²⁶

6.3 Conclusões

Após realizadas todas as exposições, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal é resultado de um processo de avanço da justiça negocial no Brasil e que possui,

²³ Idem, *ibidem*, p. 136.

²⁴ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. . . , op. cit., p. 170.

²⁵ BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

²⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. O respeito à constituição federal na aplicação retroativa do ANPP. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. . . , op. cit., p. 137-139.

como finalidades últimas, promover maior celeridade aos processos, concentrar as atenções e custos em casos graves e, se possível, diminuir a crise carcerária que assola todo o país.

Apesar dos importantes benefícios que o ANPP pode fornecer à justiça criminal, sua regulamentação não foi suficiente para dirimir uma série de questões que já foram verificadas depois de um pouco mais de um ano de sua vigência. Um desses principais embates, conforme analisado, é a discussão a respeito de sua retroatividade.

Percebe-se que há um verdadeiro dissenso em todas as esferas que atuam no judiciário, isto é, no Ministério Público, órgão responsável pela condução dos acordos, nos tribunais brasileiros e na doutrina. No entanto, pode-se dizer que há, ao menos, posição bastante defendida no sentido de que os efeitos do ANPP retroagem para fatos anteriores à vigência da Lei Anticrime. O que, em tese, restaria discutir é a extensão da referida retroatividade.

Por fim, espera-se que, com o julgamento do Habeas Corpus nº 185.913/DF pelo plenário do Supremo Tribunal, defina-se melhor os contornos da retroatividade do ANPP e, com isso, seja possível obter maior segurança jurídica para o judiciário atingir todas as finalidades do instituto, em sua plenitude.

7 ANÁLISE DOS ELEMENTOS TÍPICOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

Marcelo Costenaro Cavali

Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu da FGV Direito – SP e da Universidade Nove de Julho. Doutor em Direito Penal (USP). Foi Visiting Scholar na Columbia Law School. Juiz Federal Instrutor no Supremo Tribunal Federal

A primeira referência ao uso indevido de informação privilegiada, no Brasil, encontra-se no art. 3º, X da Lei nº 4.728/1965. A norma previu a competência do Banco Central para “fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso”. Como se vê, a norma não proibia conduta alguma, tampouco impunha qualquer sanção; apenas delimitava a competência fiscalizatória do Banco Central.¹ Tanto assim que, de 1965 a 1976, não há notícia de qualquer punição em decorrência dessa prática.²

Em 1976 foram publicadas as duas leis mais importantes para o mercado de capitais até os dias de hoje: a Lei nº 6.404/1976

¹ LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. Mercado de capitais & “insider trading”. São Paulo: RT, 1982. p. 173.

² PRADO, Viviane Muller; CAVALI, Marcelo Costenaro; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2020. p. 6-10.

dispôs sobre as sociedades por ações, ao passo que a Lei n° 6.385/1976 criou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A Lei n° 6.404/1976 (Lei das S.A.) vedou ao administrador de companhia aberta valer-se de “qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários,(...) para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários” (art. 155, § 1º). Como consequência dessa proibição, previu o direito da pessoa prejudicada pela negociação de obter do insider indenização por perdas e danos, caso desconhecesse a informação sigilosa (art. 155, § 3º).

Já a Lei n° 6.385/1976 previu a competência da CVM para “assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários” (art. 4º, VII), bem como de definir “a configuração de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, ou de manipulação de preço; operações fraudulentas e práticas não equitativas na distribuição ou intermediação de valores” (art. 18, II, “b”). Com base nesses dispositivos, a CVM editou a Instrução n° 31/1984, cujo art. 18 previa ser “vedada, como prática não equitativa, a negociação com valores mobiliários realizada por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição, tenha conhecimento de informação relativa a ato ou fato relevante antes de sua

comunicação e divulgação ao mercado”.

Na esfera penal, porém, a conduta somente viria a ser tipificada com a inclusão, pela Lei nº 10.303/2001, do art. 27-D à Lei nº 6.385/1976, que criou o crime de uso indevido de informação privilegiada.

Nestas quase duas décadas de vigência da lei foram poucos, mas emblemáticos, os casos julgados. Este artigo tem o objetivo de apontar critérios de interpretação dos elementos típicos do delito previsto no art. 27-D à Lei nº 6.385/1976, levando em conta, especialmente, os poucos precedentes existentes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Serão feitas, pontualmente, observações críticas e prognósticos de tendências a respeito do entendimento jurisprudencial.

Antes de analisar propriamente os elementos do tipo penal, teço alguns comentários acerca da competência para o processamento e o julgamento do delito.

7.1 Competência para processamento e julgamento do delito

O art. 109, inciso VI, da Constituição, atribui aos juízes federais a competência para processar e julgar os “crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”.

Não há dúvida de que o mercado de capitais é parte

integrante do Sistema Financeiro Nacional. Nos termos do art. 1º da Lei nº 7.492/1986, considera-se “instituição financeira” a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, entre outras, “a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

Os crimes contra o mercado de capitais são espécie dos crimes contra o sistema financeiro nacional, formado pelos mercados de crédito (ou financeiro propriamente dito), de câmbio (ou de divisas), monetário (ou mercado aberto ou *open market*), de capitais (ou de valores mobiliários) e securitário.³ A matriz constitucional e os princípios informadores do mercado financeiro em sentido estrito e do mercado de capitais são rigorosamente os mesmos.⁴

Ocorre que a Lei nº 6.385/1976 – diferentemente do que ocorre na Lei nº 7.492/1986, cujo art. 26 prescreve incompetência federal em relação a todos os seus delitos – não possui um dispositivo que atribua, de modo expresso, competência à Justiça Federal para o processamento e julgamento dos crimes nela previstos.

³ CAVALI, Marcelo Costenaro. Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018. pp. 103-104.

⁴ MOSQUERA, Roberto Queiroga. Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais. In: MOSQUERA, Roberto Queiroga (coord.). Aspectos atuais do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Dialética, 1999. pp. 261-263.

Assim, conjugando a norma do art. 109, inciso VI, da Constituição com a ausência de atribuição expressa de competência federal, parte da doutrina sustenta que caberia à Justiça Estadual o processamento desses delitos.⁵

Entretanto, não foi esse o entendimento acolhido na jurisprudência. O inciso VI do art. 109 não esgota a disciplina quanto à competência da Justiça Federal relativamente aos crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira. É possível que tais delitos sejam compreendidos por outras regras constitucionais atributivas de competência à Justiça Federal, como os incisos IV e V do mesmo art. 109.

O inciso IV do art. 109 da Constituição Federal dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral. Tal dispositivo antes amplia do que restringe a competência da Justiça Federal, ao permitir que, dadas as peculiaridades de determinadas condutas lesivas ao sistema financeiro e à ordem econômico-financeira, possa a legislação ordinária subtrair da

⁵ MALHEIROS FILHO, Arnaldo. Crime de manipulação do mercado de capitais. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). Temas de direito empresarial e societário contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 904.

Justiça Estadual a competência para julgar causas que se recomenda sejam apreciadas pela Justiça Federal, mesmo que não abrangidas pelo art. 109, IV, da Constituição.

Pense-se, *v. g.*, em um crime cometido contra bens, serviços e interesses da União ou do Banco Central, com possíveis repercussões em toda a ordem econômico-financeira brasileira. Não pode ser afastada a competência federal apenas porque não existe uma previsão legal expressa nesse sentido, fundada no inciso VI do art. 109 da Constituição. Por exemplo, o crime previsto no art. 359-H do Código Penal – que criminaliza a conduta de “ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia” – é um crime contra o sistema financeiro nacional, pois se trata de conduta que afeta o chamado mercado monetário. Apesar da ausência de expressa remissão legal, haverá competência federal pela ofensa a interesse da União se os referidos títulos forem de sua emissão.

Não são, portanto, todos os delitos financeiros que são de competência da Justiça Federal – interpretação que tornaria letra morta a ressalva contida no inciso VI – mas também o são aqueles delitos financeiros que, conquanto não abrangidos por expressa previsão legal, afetem bens ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Nesse sentido, o STJ vem decidindo que “caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União”, o que enseja a competência da Justiça Federal (CC 82.961/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, j. 27.05.2009, DJe 22.06.2009).

Especificamente a respeito do delito de uso indevido de informação privilegiada, decidiu-se que “a despeito da Lei n. 6.385/76 não prever a competência da Justiça Federal, mostra-se claro que a conduta delituosa prevista no seu art. 27-D afeta diretamente o interesse da União, porquanto a utilização de informação privilegiada pode gerar lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao pôr em risco a confiabilidade dos investidores no mercado de capitais, aniquilando a confiança e a lisura de suas atividades” (CC 135.749/SP, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Terceira Seção, j. 25.03.2015, DJe 07.04.2015).

Em alguns precedentes do STJ, fez-se referência à magnitude da lesão (RHC 55.813/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 25.06.2019, DJe 01.07.2019; RHC 82.799/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. 27.11.2018, DJe 06.12.2018). O STF, em decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, ao examinar inquérito para apuração do crime

previsto no art. 27-E da Lei nº 6.385/1976, afastou a competência federal por ausência de “interesse direto e específico da União” (Rel. Min. Dias Toffoli, ARE 971.036, j. 16.06.2016).

Não obstante, entendo que todos os crimes previstos na Lei nº 6.385/1976 são praticados em detrimento de interesse da União e da CVM, atraindo a competência da Justiça Federal. Nos termos do art. 219 da Constituição, “o mercado interno integra o patrimônio nacional” e sua proteção é atribuição precípua da União.

A Constituição já indica o interesse federal, ao estabelecer a competência da União para fiscalizar as operações de natureza financeira (art. 21, VIII). O art. 4º da Lei nº 6.385/1976, por suavez, prescreve a própria razão de ser da concessão de poderes à CVM, dispondo que suas atribuições serão exercidas, entre outras finalidades, para estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários (inciso I), promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações (inciso II), assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da Bolsa e de balcão (inciso III), evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado (inciso V) e assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários (inciso VII).

Em conclusão, independentemente de juízo de pondera-

ção sobre a magnitude da lesão ou de exames de particularidades de cada caso concreto, a competência para processamento e julgamento de todos os delitos da Lei nº 6.385/1976 deve recair sobre a Justiça Federal.

7.2 Qualquer pessoa pode cometer o crime de uso indevido de informação privilegiada?

Atualmente, o art. 27-D da Lei nº 6.385/1976 possui a seguinte redação, dada pela Lei nº 13.506/2017:

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

§ 1o Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2o A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

Além de incluir os §§ 1º e 2º ao art. 27-D, a Lei nº 13.506/2017 também modificou a redação do caput, para excluir a expressão “de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo”. Com efeito, na redação anterior, o tipo penal previa a conduta de “utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários”.

Examinando uma imputação formulada com base na redação anterior à conferida pela Lei nº 13.506/2017, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de assentar a natureza de crime próprio do delito. Apoiando-se na regra do art. 30 do Código Penal – segundo a qual “não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” – a Sexta Turma acompanhou, por unanimidade, o voto do Relator, Min. Sebastião Reis Júnior, que reconheceu que o particular que atue conjuntamente com um detentor do dever de manter sigilo pode ser punido como coautor ou partícipe do delito.

Em declaração de voto, a Min. Maria Thereza de Assis Moura – após, adotando a distinção entre autores e partícipes formulada por Claus Roxin, considerar o crime do artigo 27-D como um delito de infração de dever⁶ – consignou que, nos casos

⁶ Tais delitos se caracterizam pela circunstância de que se fundam sobre um

em que o detentor do sigilo infringe o dever extrapenal, revelando informação relevante ainda sigilosa a terceiro, e contribui assim, dolosamente, para que este terceiro obtenha vantagem, mediante negociação com o valor mobiliário em questão, comete o delito na condição de autor; já o terceiro, que se aproveita da informação privilegiada para obter vantagem indevida, deve ser considerado partícipe.⁷

Também antes da alteração legal, um caso examinado pelo Supremo Tribunal Federal envolveu o resgate, por Senador da República, de cotas de fundos administrados por instituição bancária (Banco Santos) antes que fosse nela decretada intervenção por parte do Banco Central. Entre outros argumentos utilizados para arquivar monocraticamente o inquérito, o Min. Dias Toffoli ressaltou que o Senador não tinha dever de sigilo sobre a informação, razão pela qual não poderia ocupar a posição

dever jurídico anteposto à norma penal e geralmente oriundo de outros ramos jurídicos. O detentor desse dever se sobressai entre os demais agentes por uma especial relação com o conteúdo de injusto do fato e porque o legislador o considera como figura central da ação típica, como autor, precisamente devido à obrigação que sobre ele recai. Por essa razão, não é o domínio do fato (como ocorre nos “crimes de domínio”) que fundamenta a autoria, mas a infração desse especial dever. Exemplos dessa categoria são os crimes de funcionários e os crimes de violação de sigilo – cf. ROXIN, Claus. *Autoria y dominio del hecho em derecho penal*. Trad. 7 ed. alemã. Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 387-388

⁷ RHC 46.315/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 25.08.2015, DJe 25.09.2015.

de sujeito ativo do delito.⁸ A situação seria diversa se demonstrado o repasse dessa informação por um titular de dever de sigilo.

Não existem, ainda, precedentes a respeito da transformação do crime próprio em crime comum. Note-se, porém, que a redação ampla atual, se interpretada literalmente, pode estender demasiadamente o tipo penal. Imagine-se uma situação em que alguém está passeando de barco e, testemunhando a explosão de uma plataforma da Petrobrás que gera um enorme vazamento, vende a descoberto ações da companhia. A informação, sem dúvida, era relevante, capaz de propiciar vantagem, e a negociação ocorreu antes de sua divulgação. O vendedor da ação, entretanto, não tinha relação nenhuma com a petrolífera – sequer era acionista da companhia quando obteve a informação –, muito menos dever de sigilo. Cometeria o delito?

Não há espaço neste artigo para examinar profundamente o tema. Parece, porém, que a solução para o problema criado pelo legislador passa por uma interpretação teleológica restritiva do tipo penal a partir do bem jurídico tutelado, isto é, do interesse que a regra penal incriminadora pretende proteger – que, segundo entendo, é a existência de um patamar mínimo de igualdade no acesso às informações relevantes. Somente assim será possível coibir uma punição excessiva do uso de

⁸ Inq. 3858, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 02.06.2014.

informações privilegiadas.

Assim, a alteração do tipo penal parece permitir, *v. g.*, a punição de qualquer pessoa que negocie valores mobiliários com base em informação privilegiada a que tenha tido acesso de modo ilícito. Se alguém obtém ilicitamente dados financeiros da companhia – por exemplo, após invadir seus dispositivos eletrônicos ou mesmo após uma invasão física da sua sede –, cometerá o delito, mesmo que não tivesse dever de sigilo sobre esses dados.⁹

De todo modo, se aquele que utilizar indevidamente a informação privilegiada possuir dever de sigilo, incorrerá na causa de aumento prevista no § 2º do art. 27-D, acrescentado pela Lei nº 13.506/2017.

Por outro lado, também ainda não existem notícias de exame jurisprudencial do novo delito previsto no § 1º do art. 27-D, que veicula um crime próprio. Com efeito, pune-se o mero repasse da informação sigilosa relativa a fato relevante, mas somente nos casos em que o agente tenha tido a ela acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor. Esse novo delito segue a tendência de punir isoladamente

⁹ Essa hipótese, de uso de informação obtida de modo ilícito, é mencionada expressamente no art. 3º, 3, “d” da Diretiva 2014/57 da União Europeia, relativa às sanções penais aplicáveis ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado) a serem adotadas pelos Estados-membros.

o mero repasse da informação, verificada na Diretiva 2014/57 da União Europeia, de acordo com a qual os Estados-Membros da comunidade devem tomar as medidas necessárias para assegurar que a transmissão ilícita de informação privilegiada constitua uma infração penal, pelo menos, em casos dolosos graves (art. 4º).

7.3 O conceito de informação privilegiada

Embora o *nomen juris* do delito seja “uso indevido de informação privilegiada”, o tipo penal não se refere a informação privilegiada, mas a “informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado”. O caráter privilegiado da informação nasce, portanto, de duas características: ser relevante e ser sigilosa (ainda não ter sido divulgada ao mercado).

No que diz respeito à relevância da informação, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de definir esse conceito ao julgar o REsp 1569171/SP (Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. 16.02.2016, DJe 25.02.2016), em que se examinou a primeira condenação pelo delito registrada no país. Na oportunidade, fixou-se o entendimento de que “em termos gerais, os arts. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/1976 e 2º da Instrução nº 358/2002 da CVM definem o que vem a ser informação relevante”. Significa dizer, portanto, que informação relevante é

aquela capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários ou a eles referenciados; na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; ou na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados. São exemplos de informações consideradas relevantes aquelas mencionadas nos 22 incisos do art. 2º da Instrução nº 358/2002 da CVM.

Outro ponto interessante fixado nesse precedente foi o de que, ainda que não concluídos os estudos de viabilidade da operação de aquisição de ações que levou os réus a adquirirem ações da companhia-alvo, a real perspectiva da realização da operação já poderia ser considerada uma informação relevante, dado seu potencial de influenciar na cotação das ações da companhia. Essa compreensão está alinhada com a normativa europeia a respeito do tema. Com efeito, assim dispõe o *considerandum* nº 16 do Regulamento nº 596/2014 da União Europeia:

“Quando a informação privilegiada diz respeito a um processo que ocorre por etapas, cada etapa do processo, bem como o processo no seu conjunto, pode constituir informação privilegiada. Um passo intermédio num processo continuado no tempo pode constituir, por si só, um conjunto de circunstâncias ou um acontecimento que existem ou relativamente ao qual há uma perspectiva realista de virem a existir ou ocorrer, com base numa apreciação

global dos elementos já existentes. No entanto, este conceito não deverá ser interpretado no sentido de que o alcance do efeito desse conjunto de circunstâncias ou desse acontecimento nos preços dos instrumentos financeiros em causa deve ser tomado em consideração. Um passo intermédio pode constituir informação privilegiada se, por si só, cumprir os critérios previstos no presente regulamento para a informação privilegiada.”

7.4 O rol de valores mobiliários

O objeto da conduta típica são os valores mobiliários. Não há no direito brasileiro propriamente um conceito de valor mobiliário. A Lei nº 4.728/1965 utilizou diversas vezes o termo, sem formular um conceito legal. Já a Lei nº 6.385/1976, em seu artigo 2º, apresenta um rol de títulos que devem ser considerados como valores mobiliários, novamente sem elaborar uma definição.

Num momento inicial, a Lei nº 6.385/1976 arrolou como valores mobiliários apenas as ações, partes beneficiárias e debêntures, os cupões desses títulos e os bônus de subscrição, bem como os certificados de depósito de valores mobiliários. Além disso, previu que outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas poderiam ser considerados valores mobiliários, a critério do Conselho Monetário Nacional.

Com o advento da Lei nº 10.303/2001 foi alterado o rol de

Capítulo 7. ANÁLISE DOS ELEMENTOS TÍPICOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

valores mobiliários, tendo restado o artigo 2º da Lei nº 6.385/1976 assim redigido:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei:

I – as ações, debêntures e bônus de subscrição;

II – os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II;

III – os certificados de depósito de valores mobiliários;

IV – as cédulas de debêntures;

V – as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos;

VI – as notas comerciais;

VII – os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários;

VIII – outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e

IX – quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

A cláusula ampla referente aos contratos de investimento coletivo – prevista no inciso IX do artigo 2º – tem permitido à CVM adequar-se à realidade de mercado, enquadrando no rol de

valores mobiliários títulos inicialmente não cogitados, “que venham a surgir no mundo fenomênico graças à infinita criatividade humana”.¹⁰ Dentre estes “novos” valores mobiliários destacam-se as cotas de fundos imobiliários, os certificados de investimento audiovisuais, os certificados representativos de contrato mercantil de compra e venda a termo de energia elétrica, os certificados de recebíveis do agronegócio, as cédulas bancárias emitidas publicamente e nas quais não haja responsabilidade da instituição financeira, as letras financeiras, os certificados de recebíveis imobiliários, os Certificados de Potencial Adicional de Construção (Cepac), e os “condo-hotéis”.¹¹

O §1º do artigo 2º exclui expressamente do regime da Lei nº 6.385/1976 os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal (inciso I) e os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures (inciso II). Eventuais negociações realizadas com tais títulos, portanto, não caracterizarão o delito do artigo 27-D da Lei nº 6.385/1976.¹²

¹⁰ NAJJARIAN, Ilene Patrícia Noronha. Das ações de sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). Sociedades anônimas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

¹¹ CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura; COPOLA, Marina. Artigo 2º. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). Comentários à lei do mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 76.

¹² Tais títulos podem, entretanto, consubstanciar objeto dos delitos dos artigos 2º e 7º da Lei nº 7.492/1986, já que os referidos tipos penais aludem a títulos ou valores mobiliários, não se restringindo, portanto, ao conceito

Note-se, destarte, que a negociação baseada em informações privilegiadas relacionada a alguns títulos públicos – aqueles que não se enquadram como valores mobiliários – não caracteriza o delito de *insider trading*.¹³

7.5 Uso indevido mediante negociação

Há um debate na literatura estrangeira, tanto nos EUA como na Europa, a respeito da necessidade de uso da informação na negociação ou se seria suficiente a posse dessa informação. Para quem defende que seria suficiente a posse, não seria relevante verificar se a operação realizada se baseou, fundamentou-se nessa informação para a caracterização do ilícito; a mera ciência da informação, portanto, impediria qual-

mais estrito da Lei nº 6.385/1976.

¹³ Títulos públicos e títulos da dívida pública não são expressões sinônimas: estes são espécies daqueles. Confirmam-se, a propósito, as lições de Marcio Ferro Catapani (CATAPANI, Márcio Ferro. Títulos públicos: natureza jurídica e mercado. Quartier Latin, 2014. p. 48): “Os títulos da dívida pública representam uma parcela de um mútuo tomado pelo Estado, com características padronizadas (valor, data de vencimento, forma de pagamento do principal e dos juros, resgate etc.) que permitem e facilitam a sua circulação. Para o seu titular, esses papéis representam o direito de receber os juros e o montante emprestado. No entanto, os entes estatais podem também emitir títulos que representem outros direitos. É o caso, por exemplo, dos Certificados de Potencial Adicional de Construção – CEPACs, que podem ser lançados pelos Municípios e conferem aos seus titulares o direito de construir área que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo”.

quer negociação com o ativo.¹⁴

No Brasil, a opção pela corrente da utilização parece ter sido adotada expressamente no tipo penal, que se refere à conduta de “utilizar informação relevante de que tenha conhecimento (...) mediante negociação”.

É necessário, destarte, que a informação seja utilizada como base para a negociação de valores mobiliários, o que implica a exigência de um nexco de causalidade entre a posse da informação e a decisão pela realização da negociação.

Além disso, a decisão de manter o ativo, abstendo-se de negociar, é atípica. Portanto, mesmo que o agente venha a cancelar uma ordem de compra ou venda do valor mobiliário, em razão de uma informação privilegiada, não cometerá o delito, porquanto não terá havido uso “mediante negociação”.

¹⁴ Para um panorama dessa discussão, cf. HORVICH, Alan. Possession Versus Use: Is There a Causation Element in the Prohibition on Insider Trading? *The Business Lawyer*, vol. 52, ago. 1997, pp. 1235-1278.

8 REGULAÇÃO DO SETOR DE BENS DE LUXO E ALTO VALOR

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REGULAÇÃO DO SETOR DE BENS DE LUXO E ALTO VALOR DE ACORDO COM A LEI DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO

Camila Pepe

White Collar and Compliance Senior Associate
Stocche Forbes Advogados

Barbara Kreutzfeld

Advogada Compliance, penal empresarial e investigações corporativas
Stocche Forbes Advogados

Com o objetivo de tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro, a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012 regulamentou alguns setores a lista de pessoas sujeitas aos mecanismos de controle da “Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro” (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998). Dentre os setores, foram incluídas as pessoas físicas e jurídicas que façam intermediação de comércio, além das que comercializam em caráter permanente ou eventual do comércio

de bens de luxo ou de alto valor, assim como aquelas que exerçam atividade com grande volume de recursos em espécie.

Essa inclusão implica entre outras obrigações, na identificação de clientes, manutenção de registros atualizados e comunicação de operações financeiras suspeitas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – “COAF”. Por dispor de diversos setores distintos, regulados por diferentes órgãos fiscalizadores, a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro não elenca as obrigações particulares de cada um deles e remete necessariamente à utilização de normativas específicas. As sanções por descumprimento de tais obrigações variam de advertência, multa pecuniária correspondente ao dobro do valor da operação, ao dobro do lucro real que presumivelmente seria obtido, ou limitada a R\$ 20.000.000,00, até a cassação ou suspensão da autorização para exercício da atividade e inabilitação temporária para o cargo de administrador por até 10 anos.

Para alguns casos, como os de gestoras de fundos mobiliários e instituições financeiras, o arcabouço regulatório é relativamente mais maduro e orienta de forma um pouco mais clara quais seriam de fato os sujeitos aos controles, e quais as obrigações que possuem ou não dentro de sua condição. Todavia, não se pode fazer tal afirmação em relação a todos os sujeitos elencados no dispositivo legal.

No caso do setor de bens de luxo e alto valor, muito

se discute sobre quem deve estar cadastrado perante o COAF, de que modo deve estar cadastrado, de que modo deve reportar operações consideradas suspeitas e como poderia mitigar os riscos de lavagem de dinheiro ante a complexidade na forma que o ilícito vem se demonstrando no Brasil.

Apesar de dispor de canal acessível para a consulta pública sobre dúvidas, do quanto se observa, o COAF não necessariamente apresenta respostas assertivas sobre quais são as pessoas obrigadas nesse setor e sobre quais seriam as operações relevantes a serem reportadas.

A questão torna-se ainda mais importante, considerando que desde 2016, Relatório de Atividades do COAF apontou que de 2014 a 2016 o setor de bens de luxo ou alto valor ganhou prioridade entre as ações do órgão regulador, representando 42% dos alvos de processos sancionadores instaurados em 2016. Após, o Relatório de Atividades de 2018 do COAF apontou que, dos 116 processos administrativos punitivos – “PAP” abertos em 2018, 28% corresponderam a empresas de bens de luxo ou alto valor. Em 2019,¹ o Relatório de Atividades do COAF apontou que, dos 15 procedimentos instaurados, 46% disseram respeito a bens de luxo e de alto valor. A ausência de cadastro lidera as infrações administrativas perseguidas pelo COAF, que, vale dizer, muitas vezes ocorre pela mera ausência de informação e clareza pelas empresas do ramo.

¹ Não identificamos relatórios mais recentes após 2019.

Dessa forma, o que se busca com o presente trabalho é trazer uma análise da legislação vigente e dos casos que vêm sendo julgados pelo COAF para que se apresente na medida do possível uma orientação mais precisa aos que potencialmente se incluem no setor em referência.

8.1 Bens de luxo e bens de alto valor: conceito e legislação vigente

Com a inclusão do setor entre as pessoas sujeitas aos controles da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, o COAF publicou a Resolução nº 25, de 16 de janeiro de 2013. A referida resolução determina que bem de luxo ou de alto valor corresponde aquele bem móvel, cujo valor unitário seja igual ou superior a R\$10.000,00 ou equivalente em moeda diversa. A normativa ainda impõe algumas obrigações que poderiam estar elencados em três pilares, quais sejam: (i) cadastro e identificação dos clientes e dos demais envolvidos; (ii) registro e comunicações de operações suspeitas ao COAF; e (iii) guarda e conservação dos registros.

No que tange ao cadastro, a Resolução estabelece que esta deve ser feita para as operações de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 ou o equivalente em outra moeda. Primeiro elemento que vale destacar neste caso é que considerando as recentes desvalorizações da moeda pátria, deve-se ficar atento,

pois a depender da moeda utilizada na operação, em termos numéricos, esta obrigação pode ser em valor significativamente menor que 10.000.² Outro ponto interessante é que para fins de cadastro, diferentemente dos casos de reporte de operações suspeitas, a Resolução não faz uma distinção sobre a forma de pagamento. Em outras palavras, ainda que a operação tenha sido realizada mediante cartão de crédito e em parcelas, a obrigação do cadastro seria mantida. Por fim, veja que não há na normativa uma obrigação específica para registro de clientes para operações inferiores ao valor de R\$ 10.000,00. Ocorre que, como veremos adiante, há uma obrigação de reporte ao COAF de operações que levem em conta suas características (*e.g.*, partes, valores ou fundamento econômico) ainda que o critério de valor possa não ter sido atingido. Ora, se é necessário o reporte ao COAF desse tipo de operação, há quem defenda que a obrigação de cadastro de clientes não só deve assumir um critério quantitativo, mas também qualitativo, ou seja, independentemente do valor, caso a operação seja considerada suspeita, deve-se realizar o cadastro daquele cliente.

Ainda, sobre as informações necessárias ao cadastro de clientes, a Resolução em questão, diferentemente do setor de joias e metais preciosos, não estabelece como uma de suas obrigações a identificação de Pessoas Expostas Politicamente –

² Vide desvalorização recente do Real em relação ao Dólar, por exemplo.

“PEP”.³ No entanto, considerando as melhores práticas na prevenção à lavagem de dinheiro e os termos da Resolução nº 29, de 7 de dezembro de 2017, recomenda-se que esta informação também seja parte do cadastro dos clientes. Com relação às pessoas consideradas como PEP, esta determinação encontra-se na Resolução nº 29.

No caso do pilar de registro e comunicações de operações suspeitas, dentre as obrigações de registro está a forma e meio de pagamentos. Para fins de comunicação de operação suspeita, tais informações nos registros da companhia são cruciais para a avaliação do reporte, já que um dos critérios utilizados pela resolução é o de operações realizadas em espécie. Assim, deve-se ficar atento ao controle sobre as informações inseridas nos sistemas com detalhamento das operações reportadas.

Especificamente sobre a comunicação ao COAF, independentemente da realização de análise pormenorizada ou maiores apurações, as pessoas jurídicas e físicas que comercializem ou façam o intermédio do comércio de bens de luxo ou alto valor deverão comunicar ao COAF sempre que identificarem uma operação ou um conjunto de operações envolvendo um mesmo cliente no período de 6 meses que envol-

³ Ressalta-se que a classificação da pessoa física como tal perdurará por até 5 (cinco) anos após a destituição do cargo/função e que serão consideradas como PEP os estreitos colaboradores e os familiares, na linha direta, até o segundo grau, o cônjuge, o companheiro, a companheira, o enteado e a enteada.

va o pagamento ou recebimento de valor, em espécie, igual ou superior a R\$ 30.000,00 ou equivalente em outra moeda.

Além disso, reforçamos que deverão ainda ser comunicadas quaisquer operações que possam configurar “sérios indícios” da ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, seja pelas partes envolvidas, pelos valores, pela origem econômica ou pelo meio de pagamento escolhido.

Em relação ao terceiro e último pilar que seria o de guarda e conservação dos registros, o setor deve estabelecer controles para que sejam mantidos em seus arquivos os registros em relação aos clientes e operações por um período mínimo de 5 anos contados da data da operação.

Por fim, a título de observação, no que tange especificamente à comercialização de veículos automotores, também englobados pela Resolução nº 25 e representantes expressivos dos precedentes identificados sobre o tema, o COAF editou a Instrução Normativa nº 4, de 16 de outubro de 2015. Segundo essa norma, devem ser observadas com atenção operações de compras na “modalidade frotista” – transação direta com a montadora, intermediada pela concessionária – por pessoa física ou jurídica recém constituída sem experiência no ramo ou por cliente sem demonstração de capacidade financeira compatível com a operação ou ainda compras pagas por terceiros sem que haja justificativa.

8.2 O que vem sendo esclarecido nos precedentes

Explicadas as bases normativas vigentes sobre o objeto do presente trabalho, passar-se-á à análise de julgados disponíveis na consulta pública aos recursos interpostos perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – “CRSFN”.

Sobre a questão do cadastro e identificação de clientes, não foram identificados julgados sobre essa temática no caso de bens de luxo ou de alto valor. Assim, ainda há espaço para inseguranças sobre o detalhamento de como deve ser feito um cadastro de cliente, seja no nível de informação a ser solicitado do cliente seja na questão de quais clientes será necessário realizar o cadastro.

No tema de registro e comunicação de operação suspeita, foi identificado apenas um julgado que reforça o argumento da importância do registro adequado da forma e meio de pagamentos. O julgado é do ramo de embarcações e lanchas.⁴ Nele, a empresa e seu sócio administrador foram condenados a multas nos valores, respectivamente, de R\$10.613,59 e R\$ 5.306,79, por não terem reportado operações classificadas como relevantes no âmbito da Resolução nº 25 do COAF, eis que intermediaram venda de uma moto náutica e uma lancha pagas parcialmente em espécie, em valores que ultrapassaram os R\$30.000,00 estipulados como base na regulação. Mesmo tendo apenas intermediado a venda, os recor-

⁴ Processo nº 10372.100134/2017-10.

rentes foram condenados ao pagamento das multas.

Já no que toca a guarda e a conservação dos registros, também não foram identificados julgados em que foram aplicadas penalidades nesses casos.

Em sua maioria, os julgados que tocam o setor envolvem o ramo de venda de automóveis e grande parte dos precedentes identificados dispõem sobre a aplicação de sanções pela ausência de cadastro da empresa perante o SISCOAF. Ao que parece, o COAF utiliza como critério o CNAE da pessoa para fins ou não de enquadramento.

É o que se verifica, assim, no julgamento do Recurso Voluntário interposto no Processo Administrativo Sancionador nº 10372.100038/2018-44, onde a empresa, do ramo de varejo de motocicletas e motonetas, foi condenada à multa de R\$ 4.000,00 pois, mesmo oficiada pelo COAF para regularizar o cadastro diante da obrigação trazida pelo seu CNAE, deixou de regularizar seu cadastro perante o órgão. Ainda, o voto pontuou que, mesmo que tenha feito o cadastro perante o COAF após a instauração do procedimento, isso não afastava a irregularidade praticada.

No mesmo sentido, uma empresa do ramo de automóveis, oficiada sobre a ausência de cadastro no COAF e intimada sobre a abertura de processo administrativo contra ela, deixou de se regularizar e de apresentar defesa. A empresa foi condenada à multa de R\$10.000,00 mesmo tendo efetuado o cadastro após o início do processo sancionador no bojo do Processo Adminis-

trativo Sancionador nº 10372.100259/2017-31.⁵

Sobre o cadastro ulterior, destaca-se o quanto pontuado pelo COAF durante o julgamento em primeira instância do Processo Administrativo Sancionador nº 10372.100140/2018-40, cuja decisão foi confirmada pelo CRSFN em publicação de 26 de fevereiro de 2019: “a efetivação do cadastro tardiamente não tem o condão de impedir os efeitos legais da infração anteriormente praticada. Isso porque a infração verificada tem natureza objetiva devendo a pena ser aplicada, independentemente de dolo ou culpa do infrator, sobretudo quando o cadastro é realizado uma vez já iniciado o procedimento administrativo punitivo.”

Observa-se ainda a ausência de precedentes que tratam de um dos temas centrais, qual seja: quem de fato deve ser registrado junto ao SISCOAF. Por exemplo, não foram identificados julgados que versem sobre a obrigação de cadastramento das empresas cujos negócios são feitos com outras empresas (B2B – Business to Business) ou que ainda que não sejam bens de luxo são considerados na categoria de bens de alto valor.

Ante a variedade de valores distintos aplicáveis para as multas ainda que a situações semelhantes, pode-se dizer que o COAF tem adotado o que Ian Ayres e John Braithwaite chamaram de “Teoria da Regulação Responsiva”, segundo a qual

⁵Vide ainda, na mesma esteira, os julgamentos dos Processos Administrativos Sancionadores nº 10372.100168/2017-04, 10372.100133/2017-67 e 10372.100129/2018-80.

há flexibilidade do regulador na intervenção perante o regulado, permitindo, ainda que em um primeiro momento, uma interação maior entre reguladores e regulados e a adoção de políticas menos intervencionistas. Nesse modelo dinâmico, o regulador “se dedica à compreensão das motivações que levam os sujeitos a adotar um ou outro comportamento e recomenda a utilização de mecanismos autorregulatórios e políticas menos intervencionistas e contundentes”.⁶ A percepção pela adoção desse modelo regulatório pode ser vista ainda pelo fomento ao diálogo e cooperação operados pelo COAF junto aos seus sujeitos regulados por meio do oferecimento de reuniões, consultas *online*, palestras e treinamentos. Ainda, a avaliação de circunstâncias específicas durante a aplicação da dosimetria das sanções administrativas aparentemente demonstra o abandono de regras engessadas de mera subsunção do fato à norma.

8.3 Conclusão

Regulado pela Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e devidamente regulamentado por resolução do COAF, o segmento de bens de luxo e alto valor representa hoje considerável alvo de fiscalização pelo órgão regulador, especialmente de 2014 para cá. Isso demonstra a relevância da identificação pelos empresários e

⁶ VIEIRA, Vania Lucia Ribeiro. R. A atuação do COAF na prevenção à lavagem de dinheiro à luz da Teoria da Regulação Responsiva. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 4, n. 1, p. 263-288, maio 2018.

administradores do setor sobre as obrigações que possuem, ainda que haja lacunas legislativas para tal.

Nesse sentido, a adoção de uma relação direta consultiva e transparente perante o COAF pelos regulados é medida que se mostra incentivada pelo órgão e muitas vezes eficaz na mitigação de riscos pela ausência de conhecimento ou atraso no cumprimento das determinações regulatórias.

Os precedentes administrativos têm mostrado, ainda, que a classificação do objeto social e do CNAE das empresas são fatores com especial relevância na avaliação da obrigação ou não de cadastro no SISCOAF e de reporte de operações consideradas relevantes, razão pela qual devem ser minuciosamente apreciados pelo administrador quando do registro.

Por fim, a atenção à escurreita identificação de clientes, com especial observância daqueles que sejam PEP ou que com a PEP tenham conexão, bem como a operações que, pelo meio ou forma de pagamento fuja ao normal e possam ser relevantes para a autoridade reguladora.

A implementação de um programa de prevenção à lavagem de dinheiro robusto, a demonstração de boa fé e proatividade na busca pela regularização são fatores que atenuarão as sanções impostas pelo COAF, bem como atribuem maior tranquilidade ao administrador em dúvida quanto as obrigações impostas pela legislação em vigor.

9 GESTÃO DE RISCOS DE TERCEIROS

Daniela Coelho

Líder das práticas de Business Performance Improvement, Supply Chain e Continuidade dos Negócios na Protiviti no Brasil

Jefferson Kiyohara

Diretor de Compliance e Sustentabilidade| ESG da ICTS Protiviti, Coordenador Técnico e Professor FIA, CCEP-I

9.1 Contexto do *Compliance* Anticorrupção

O *compliance* já é uma realidade hoje nas organizações do Brasil, nos seus diversos formatos e graus de maturidade, um cenário bastante diferente do que existia no início dos anos 2.000, onde os Programas de *Compliance* se restringiam a algumas empresas multinacionais, ou setores regulamentados como o Financeiro e o Farmacêutico.

Tal mudança acompanha a evolução da sociedade e também do arcabouço legal brasileiro e internacional. Não há dúvidas que a Lei 12.846/13,¹ a Lei Empresa Limpa é um marco na história nacional, e no combate à corrupção e no fomento da integridade no âmbito corporativo. Inclusive por isto ela ficou conhecida como “Lei anticorrupção”. Vale lembrar que

¹ Lei 12.846/13 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

o crime de corrupção já estava tipificado no Código Penal desde 1940.² Então o que mudou?

Isto é esclarecido logo no Art. 1º - “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Ou seja, uma grande novidade foi a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas.

As organizações passaram a ser responsáveis por ações de corrupção cometidas por colaboradores, parceiros, fornecedores e terceiros, em seu benefício, não podendo alegar que não sabiam ou que a ordem não partiu da Alta Direção. A nova mensagem foi: a organização deveria saber, e deveria evitar que tais situações acontecessem. E neste contexto, ter um Programa de *Compliance* efetivo é fundamental. E no âmbito legislativo, o decreto 8.420/15³ é o orientador no Brasil, assim como iniciativas como o “Empresa Pró-Ética”⁴ promovida pela CGU.

Um Programa de *Compliance* efetivo deve contemplar 8 pilares: Patrocínio da Alta Direção, Recursos e Governança de *Compliance*, mapeamento de riscos de *compliance*, código de ética e políticas, treinamentos e ações de comunicação, controles

² Código Penal – Decreto-lei 2.484/40 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

³ Decreto 8.420/15 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm

⁴ Empresa Pró-Ética - <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/documentos>

e monitoramento, diligências, e por fim um canal de denúncias independente associado a um processo estruturado de apuração e tratamento dos relatos.

Estes pilares combinados devem ser utilizados de forma a apoiar a organização na prevenção, detecção e remediação de casos ilícitos e de não conformidade. Isto inclui as fraudes e suas formas, descritas pela ACFE: apropriação de ativos, corrupção e manipulação dos demonstrativos financeiros.⁵ As vulnerabilidades e ameaças podem estar dentro da organização, e também podem vir de fora, através de fornecedores e parceiros. Por isto, realizar a devida gestão de riscos de terceiros é fundamental, e será o foco deste capítulo.

9.2 Os terceiros e seus riscos

Os terceiros são aqueles que podem agir em nome da empresa, e/ou conectam-se com a cadeia de valor e a forma da empresa fazer negócios. Podem ser pessoas físicas ou jurídicas, que são remunerados para agir em nome da empresa, mas não é um empregado, na visão de Doyle e Lutz.⁶ Podem ser parceiros, intermediários ou fornecedores por exemplo, e todos podem trazer diversos riscos de *compliance* para uma organização. Por

⁵ Report to the Nations 2020 da ACFE - <https://acfe-public.s3-us-west-2.amazonaws.com/2020-Report-to-the-Nations.pdf>

⁶ https://assets.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/ThirdPartyEssentials-Doyle_PORTUGUESE.pdf

exemplo, distribuidores mal orientados podem trazer problemas sob a ótica concorrencial, assim como escritórios de advocacia, assessorias e despachantes podem ser o meio para realizar o pagamento de ilícitos como a propina.

O histórico das principais sanções do FCPA⁷ (Foreign Corruption Practice Act) mostra que o terceiro é o caminho comumente utilizado para o pagamento do suborno às autoridades governamentais. Estudo da Escola de Direito de Stanford,⁸ estime que cerca de 90% dos casos de suborno à luz do FCPA envolveram o uso de terceiros. Isto porque é preciso um fluxo de fachada, aparentemente correto, para que o dinheiro saia do caixa de uma empresa, tipicamente na forma de um pagamento a um fornecedor ou de uma comissão. E então, a partir deste terceiro, o pagamento da propina chegue até o agente público corrupto.

O exemplo acima é uma das situações que ilustra porque é fundamental que as empresas tenham forte atenção com os seus terceiros e os riscos advindos dos mesmos, sem espaço para omissões ou negligências. Afinal, o impacto pode ser catastrófico para os negócios no pior cenário, e o problema pode ir bem além da questão de corrupção.

⁷ FCPA - <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

⁸ <https://blog.assentcompliance.com/index.php/fcpa-compliance/>

9.3 Mitigando os riscos de terceiros através do Compliance

Diversos pilares de um Programa de Compliance efetivo ajudam a mitigar os riscos de terceiros. O primeiro ponto relevante é o patrocínio da alta direção, conhecido pelo “tone of the top”. A Alta Liderança deve ter consciência de que os terceiros devem ser gerenciados, assim como os seus riscos. Devem engajar a equipe, e garantir que os recursos necessários sejam disponibilizados.

O Código de ética deve ser apresentado a todos os terceiros, e preferencialmente deve ser criada uma versão setorial específica, o Código de conduta de parceiros de negócio (ou de terceiros). Neste documento deve ser explicado os comportamentos esperados, a não aceitação de práticas ilegais como o suborno. Este documento deverá ser disponibilizado na página web da empresa, e ser condição para um terceiro ser homologado e cadastrado, ou ter um contrato renovado.

Além disto, é fundamental que as orientações sejam divulgadas ao seu público-alvo, através de ações internas e externas de comunicação e treinamento. O uso de vídeos e plataforma e-learning pode ser um aliado neste momento. Outro ponto fundamental é a disponibilização de canal de denúncias independente para receber relatos de qualquer ato em desconformidade ao código de conduta citado. E ter o processo formalmente estruturado para fazer as apurações e aplicações de consequências que se façam necessárias.

O processo de homologação e cadastro também merece atenção. Além de contratos com cláusulas de compliance adequadas, é fundamental agir de forma preventiva, realizando as devidas diligências. As diligências, ou *due diligence*, deve cobrir as empresas (pessoa jurídica) e os seus sócios (pessoas físicas). O objetivo é identificar se este terceiro traz ou não riscos para a organização, e de que tipo. Para otimizar os resultados, é fundamental ter uma boa política de gestão de riscos de terceiros formalizada. Um de seus objetivos, é garantir que o apetite de risco seja respeitado, e que o uso de recursos de pesquisa, que tem custo e toma tempo, seja aplicado de forma proporcional ao risco oferecido e sinais de alerta (*red flags*) identificados.

São exemplos não exaustivos de *red flags*:

- Solicitação de pagamento no exterior, por exemplo em paraísos fiscais
- Solicitação de pagamento em conta bancária que não é do terceiro
- Solicitação de pagamento em espécie
- Empresa recém criada ou sem histórico de operação relevante
- Serviços que serão prestados junto a agentes públicos, em nome da empresa

- Intermediários que negociam com o poder público
- Não identificação do beneficiário final ou real dono da empresa
- Ter PEP entre os sócios
- Ter ex-colaborador entre os sócios
- Ter perfis de risco entre os sócios
- Incompatibilidade entre o porte da empresa e o contrato em negociação
- Presença em listas de restrição
- Condenações e processos na esfera judicial
- Citação em mídias negativas

O tema pode ser melhor explorado no artigo “Lista geral de *red flag* de corrupção de terceiros” de Matteson Ellis para o FCPAméricas Blog.⁹ O *red flag* per si não é um problema, mas indica que há análises e cuidados adicionais a serem tomados. E a empresa deve garantir que há no mercado basicamente 2 formas de realizar as pesquisas de diligência. Manual, por conta própria, e utilizando ferramentas de pesquisa especializadas, que

⁹ <http://fcpamericas.com/portuguese/lista-geral-de-red-flags-de-corrupcao-de-terceiros/>

podem ou não ser associadas a trabalhos de consultoria mais detalhados. A abordagem mais simples, tipicamente é adotada por motivações de custos mais baixos. As ferramentas demandam um investimento maior, por outro lado trazem agilidade e rastreabilidade. Por isto, é recomendada a utilização de ferramentas. O trabalho consultivo permite um maior nível de detalhamento e profundidade, muitas vezes necessários para uma melhor análise do contexto, por exemplo, num processo de fusão e aquisição.

No mundo do *compliance*, outra fonte típica de riscos são as organizações que recebem patrocínios e doações da empresa. Neste caso, vale fazer a *due diligence*, elaborar e aplicar uma política de doações e patrocínios, e solicitar evidências de que houve uso adequado da verba e/ou ativos cedidos.

Vale destacar que a gestão de riscos dos terceiros pode ir além do Programa de *Compliance*. E na prática, deve ir além. Assim, mostraremos a seguir alguns passos para gerenciar os terceiros durante todo o momento de parceria.

9.4 Ampliando a gestão de riscos de terceiros para além do *Compliance* Anticorrupção

No mundo empresarial atual, há várias práticas que podem ser fomentadas juntos aos fornecedores ao longo do ciclo todo da relação.

Basicamente, temos 4 principais momentos de interação e em todos eles há riscos que precisam ser observados.

9.4.1 Seleção e qualificação

Antes de se estabelecer uma relação formal é necessário conhecer com quem se pretende fazer negócio. Muitas vezes, as contratações são estratégicas, de longo prazo e envolvem milhões de reais. Mesmo em contratações menores, os riscos estão presentes. Dando um exemplo simples: imagine se um empreiteiro que foi contratado para fazer uma pequena reforma em seu escritório não realiza o descarte correto dos entulhos. Pessoas e órgãos de fiscalização que passem em frente ao seu escritório vão associar este descuido à sua empresa, que poderá ser multada.

Nesta etapa além das diligências, podem ser feitas solicitação de certificações, licenças, enfim, documentações e checagens para mensurar o risco do fornecedor. E, de acordo com o resultado, decide-se por dar o passo seguinte ou não. Outra alternativa é dar uma chance para adequação.

Em um estudo sobre diligências com fornecedores e demais terceiros da consultoria ICTS ¹⁰Protiviti, realizado entre 2015 e 2019, percebeu-se um aumento de 267% no número de

¹⁰ <https://www.segs.com.br/demais/266182-combate-a-corrupcao-pesquisa-inedita-aponta-crescimento-de-267-na-demanda-de-diligencias-sobre-fornecedores-nos-ultimos-cinco-anos>

empresas que incorporaram este procedimento nas suas avaliações. O índice geral de exposição à corrupção atingiu um patamar considerado 'médio'. As análises apontaram que 15,6% das diligências realizadas alcançam um risco 'alto' e 'médio-alto', 34,1% são de risco 'médio' e 50,3% estão num patamar 'médio-baixo' e 'baixo'. Do volume de 39.655 diligências solicitadas no período, o resultado geral mostrou que 1,2% dos terceiros foram reprovados ao final do processo.

Mesmo parecendo um percentual baixo, este número corresponde a cerca de 400 relações comerciais que poderiam gerar riscos e danos à reputação dos contratantes e que foram evitadas pela aplicação das diligências. O nível de diligência pode variar de acordo com o risco da categoria do fornecedor e nível de maturidade do processo. É importante citar que as pesquisas estão cada vez mais ágeis, por meio de buscas automáticas em fontes públicas disponíveis, impactando positivamente em velocidade e custo, reduzindo o esforço operacional. Um outro dado que apareceu na mesma estatística foi que cerca de 1/4 dos fornecedores não responderam aos questionários de diligência. Os motivos podem ser diversos. Mas é importante a empresa ter ciência de que este tipo de questionamento será cada vez mais frequente por parte dos clientes. Isso pode requerer uma ação educativa da área de *compliance* em conjunto com área demandante junto ao fornecedor. A recusa pode sinalizar que tem algo estranho pelo

fato do fornecedor não querer responder, o que já gera um alerta. Para a seleção de fornecedores, vale, também, mapear a capacidade técnica e financeira do parceiro. Sobre o primeiro ponto, é bastante comum as indústrias realizarem homologações técnicas, seja das matérias-primas, dos equipamentos ou das instalações dos fornecedores.

Visitas técnicas e auditorias são procedimentos que suportam a averiguação do cumprimento das Boas Práticas de Fabricação, como as que regem, por exemplo, a indústria de alimentos.¹¹ Sobre o aspecto técnico é fundamental considerar a capacidade produtiva do fornecedor, de modo a entender se ele poderá atender os volumes contratados, sem expor a empresa a riscos de ruptura e de continuidade dos negócios. O segundo ponto trata da verificação da saúde financeira, que é uma análise já bastante praticada. Nela, pode-se avaliar variações nas receitas, patrimônio, índice de liquidez, entre outros aspectos que possam sinalizar se o fornecedor corre o risco de não cumprir suas obrigações e, eventualmente, chegar a encerrar as atividades.

9.4.2 Contratação e *onboarding*

Os vários riscos decorrentes de um determinado fornecedor precisam ser entendidos e abordados antes da

¹¹ <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/inspecao/produtos-vegetal/legislacao-1/biblioteca-de-normas-vinhos-e-bebidas/resolucao-27-5-de-21-de-outubro-de-2002.pdf/view>

assinatura do contrato. E eles vão além dos riscos de *compliance* como os operacionais, financeiros, estratégicos, RH. Quando um contrato bem escrito define com clareza o escopo, os objetivos, as especificações e os resultados esperados, é possível estabelecer bases para a monitoração contínua do desempenho, reduzindo mal-entendidos e riscos de litígios. Por exemplo, o contrato deve ser claro nas especificações do produto ou serviço controle de qualidade e protocolos de inspeção. Também deve assegurar que propriedade intelectual e ativos críticos estão devidamente protegidos.

Neste momento, ou mesmo durante a fase de seleção, deve-se apresentar as regras e diretrizes que orientam a relação, como o Código de conduta de parceiros de negócio que citamos anteriormente. Sabemos que no código de ética das empresas sempre existe (ou deveria existir) um capítulo ou parágrafo que cita fornecedores e terceiros. No entanto, muitas vezes acabam sendo superficiais e não trazem de forma prática o que se espera da relação. Ao incluir um código específico, tem-se as diretrizes que irão nortear a relação e a postura esperada de ambos os lados. Estar ciente e assinar o código também é uma sinalização de que o fornecedor está alinhado e que respeita tais normas.

9.4.3 Monitoramento e Auditoria

A visão de controles que muitas empresas já abordam internamente, também merece ser ampliada para a cadeia de suprimentos. Neste ponto, vale conceituar qual o risco que está em foco. O Risco Operacional é o risco em que um ou mais eventos futuros podem prejudicar a eficácia ou a viabilidade de um modelo de negócio em alcançar os resultados financeiros esperados e criar um valor sustentável para clientes e *stakeholders*. Muitas vezes esse risco só é considerado na entrada do fornecedor, deixando de ser verificado posteriormente. Ora, a situação do fornecedor pode mudar durante o período em que ele está prestando serviço para sua empresa. Ele pode não ter renovado alguma licença para operar, ter problemas reputacionais, entre outros. Assim, ter um monitoramento contínuo é importante para manter o nível de risco conhecido e atualizado. Não é incomum que empresas gastem muito tempo e recursos durante a fase de contratação, mas que não tenham claro quem é responsável pelo contrato e pelo relacionamento com o fornecedor. A falta de responsabilização significa um monitoramento pouco eficaz.

Outro ponto é a realização de auditorias para verificar a conformidade com as regulamentações, legislação e melhores práticas, garantido, assim, a confiança das relações. Realizadas periodicamente, auditorias podem focar em questões sociais,

segurança da informação, desempenho de fornecedor em relação às especificações do contrato e níveis de serviço. As auditorias podem também ser realizadas antes das renovações de contrato. Com a pandemia as auditorias remotas, que eram praticadas ganharam mais força. A interação ocorre por meio de plataforma *web*, em que os fornecedores realizam um *self-assessment* e anexam as evidências para análise dos auditoria. Isso possibilita redução de custos, aumento de volume, ampliação geográfica e rastreabilidade na interação com fornecedor.

9.4.4 Encerramento do contrato

Esta etapa acaba sendo uma das que recebem menos atenção em relação à gestão de riscos. Mas isso não significa que não esteja presente. Por exemplo: um fornecedor ou terceiro, que tenha acesso à dados da sua empresa na prestação de serviço, precisa garantir a devolução ou destruição dos dados utilizados. Essas situações precisam estar explícitas no contrato e nos níveis de serviço esperados.

Idealmente, os passos acima devem estar formalizados em política dentro da organização, como por exemplo política de gestão de fornecedores e política de gestão de contratos.

Uma política de gestão de fornecedor é uma opção para definir as regras para cada fase da relação. Já a política de gestão de contratos estabelece os controles necessários de acordo com o

tipo de contrato firmado com o fornecedor, definindo as orientações sobre cláusulas, compliance, alçadas, SLAs (service level agreement), medições, prazos e regras para aditivos. O objetivo não é burocratizar e tornar o processo ineficiente. Mas, resguardar os aspectos legais, de compliance, trazendo segurança e tranquilidade nas relações.

9.5 Continuidade e Sustentabilidade

Adicionalmente aos riscos que já foram citados, a gestão de terceiros também engloba outros aspectos que podem trazer impactos para as companhias. Neste sentido, não podemos deixar de citar a gestão da continuidade e a sustentabilidade nas cadeias. O primeiro diz respeito sobre a capacidade das organizações em responderem às rupturas e crises.

Ampliando este conceito à cadeia de fornecimento, cabem os seguintes questionamentos:

- O que aconteceria se seus fornecedores atuais deixassem de prover insumos ou serviços?
- Seus fornecedores possuem plano de continuidade?
- Resumindo de forma bem popular: seus fornecedores podem te deixar na mão?

Se essas perguntas não tinham surgido até então, após a pandemia da Covid19, certamente, foram debatidas pela gestão.

A pandemia de 2020 materializou um cenário de crise sem precedentes. Vimos empresas socorrendo seus terceiros e parceiros para que eles pudessem continuar existindo. Saber como o seu fornecedor está preparado para crises, e mais, ter outros fornecedores alternativos mapeados, deve fazer parte das atividades de gestão de riscos de terceiros.

O segundo ponto, sobre sustentabilidade nas cadeias, tem ganhado cada vez mais relevância ao passo que a sociedade e os investidores estão colocando luz nesse assunto. Quem tem lido os jornais ultimamente tem visto que a sigla ESG (*environmental, social and governance*, ou ambiental, social e governança) voltou a ganhar destaque. Entender o posicionamento de seus fornecedores sobre este assunto é uma forma de fazer gestão de riscos também. E não só isso: mostra um alinhamento de valores entre as companhias. As empresas, incluindo os fornecedores, estão se movimentando para implantarem Programas ESG, e se adequarem a padrões como GRI¹² (*Global Reporting Initiative*) e SASB¹³ (*Sustainability Accounting Standards Board*), emitir relatórios de sustentabilidade, entre outras iniciativas. Tudo isso não só para atenderem aos investidores, mas também por exigência dos clientes e parceiros, que possuem seus próprios Programas ESG e querem garantir que a cadeia de suprimentos esteja conectada ao tema. O exemplo da indústria da moda,

¹² <https://www.globalreporting.org/>

¹³ <https://www.sasb.org/>

ilustra muito bem o aspecto Social. Sabe-se que grande parte da produção das empresas desse segmento é terceirizado com confecções que, muitas vezes, quarteirizam a mão de obra. E o final dessa história muitas vezes está relacionada ao desrespeito das condições laborais, descumprimento de leis trabalhistas e pessoas trabalhando sem o mínimo de dignidade.

Aproveitando o tema, também há movimentos em relação ao item Ambiental, com empresas do agronegócio buscando rastrear a origem dos produtos para saberem se seus parceiros trazem impacto ao meio ambiente, como o desmatamento da Amazônia no caso da indústria de processamento de proteína animal. E para fechar a sigla, temos o aspecto da Governança, que é o alicerce para os dois pilares anteriores. Uma empresa que não tenha boas práticas de Governança pode, entre outras coisas, não ter a transparência que o negócio exige.

9.6 Afinal, o que se espera da relação com terceiros e fornecedores?

Por mais que ao longo deste texto tenha sido destacado o aspecto de risco, vale reforçar que as relações entre empresas e terceiros deve ser de cooperação. A interdependência em termos de negócio e de riscos reforça essa tendência. Antigamente, bastava ter o cadastro do fornecedor para realizar o pagamento do produto ou serviço prestado. Com o passar do tempo, outras

camadas foram agregadas como homologação administrativa, análises financeiras, avaliações técnicas, riscos, diligências etc, até chegarmos no momento atual.

A evolução deste assunto nos últimos tempos mostra que a colaboração é a bola da vez quando se fala de gestão de fornecedores.

10 HOW TO SURVIVE A MONITOR'S SURVEILLANCE

Adriana Dantas

Partner at Adriana Dantas Advogados; Chair of IDB's Sanctions Committee; Member of Petrobras Integrity Board, and Chair of Committee Compliance Subcommittee, Anti-Corruption Committee at IBA

Marina Nicolosi

Coordinator of the Compliance / Investigations area at Adriana Dantas Advogados, working together with national and foreign clients on the design, implementation and review of compliance programs, conduction of training, internal investigations, due diligence, identification of risks and their reflexes, and also on legal opinions

Eloísa Gomes

Associate lawyer of the Compliance / Investigations area and the International Trade Law area at Adriana Dantas Advogados, working together with national and foreign clients

A Lei Anticorrupção Brasileira, que rege a “responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, seja esta nacional ou estrangeira”,¹ prevê a possibilidade de as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos ilícitos previstos na lei colaborarem:

¹ BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 23.02.2021.

“efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: “(i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”. Em retorno por uma colaboração, a pessoa jurídica recebe o abrandamento das sanções derivadas dos ilícitos por ela cometidos.”²

Dessa colaboração resultam Acordos de Leniência, nos quais os termos desta são firmados. Para além das condições necessárias de, *e.g.*, cessação do cometimento de ilícitos, adesão e compartilhamento de provas, renúncia ao exercício da garantia contra autoincriminação e do direito ao silêncio, e outros aspectos legais acordados, poderá ser prevista uma cláusula que submeta o programa de integridade/compliance da empresa leniente a um monitoramento externo que assegure à autoridade parte do Acordo de Leniência que a empresa possua programa, mecanismos e procedimentos internos sólidos o suficiente para que (i) não incorra em novos ilícitos; não seja reincidente no ilícito cometido; ou, (iii) ainda que reincidente, o ilícito seja detectado, interrompido e os danos decorrentes sejam sanados o quanto antes for possível.

O mesmo poderá ser previsto em Acordos de Colaboração Premiada com pessoas físicas, quando o indivíduo colaborador

² SANTOS, Kleber Bispo dos. Acordo de Leniência na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 85.

for:

“o titular do controle societário de pessoa jurídica envolvida nos atos, é recomendável e podem ser incluídas nos acordos de colaboração, obrigações de governança corporativa e compliance, inclusive nas demais empresas por ele controladas direta ou indiretamente, (. . .) como o monitoramento e auditorias externas aprovadas pelo Ministério Público Federal, às expensas do colaborador.”³ (grifo nosso)

O instituto do monitoramento independente poderá ser previsto em Acordos de Não-Persecução Cível (“ANPC”):

“Art. 25, IV – Além de expresse compromisso de cessação da conduta ímproba pelo celebrante, poderão ser estabelecidas quaisquer obrigações lícitas, determinadas, adequadas, necessárias e proporcionais às circunstâncias do caso concreto, que contribuam para realizar, com eficácia razoável, a prevenção e repressão da improbidade administrativa objeto do ANPC, tais como: (. . .) o compromisso de implementar ou aperfeiçoar programas de integridade, em caso de pessoa jurídica celebrante, observando-se os parâmetros consagrados na Norma ABNT NBR ISSO 37001:2017 -Sistemas de Gestão Antissuborno, com estrutura adequada, necessária e proporcional à situação da pessoa jurídica, contando-se da data da celebração do acordo os prazos de criação e/ou

³ MPF. Orientação Conjunta nº 1/2018: Acordos de Colaboração Premiada, p. 11. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>.

implementação, bem como avaliação e monitoramento estabelecidos no acordo.”⁴ (grifo nosso)

Assim, ao concordar com um monitoramento, a pessoa jurídica submeterá não apenas a parte documental que forma seu programa de integridade/*compliance*, como seu código de conduta, políticas e procedimentos internos, ao escrutínio de um profissional independente, como permitirá que este ou esta adentre o cotidiano da empresa para que possa certificar à autoridade parte no Acordo *in casu* que a prática condiz com os procedimentos formais, que os mecanismos de denúncia e investigação internos funcionam com a robustez necessária para detectar, interromper, mitigar danos e, até mesmo, coibir colaboradores do cometimento de ilícitos contra administração pública, contra concorrência, contra o sistema de mercado de capitais *et al.* Em suma, a empresa celebrante do acordo deverá evidenciar ao monitor a efetividade de todos os pilares que estruturam o programa de integridade/*compliance*.

10.1 Objetivos do Monitoramento Independente

Conforme tratado acima, o monitoramento tem o fim primário de assegurar à autoridade que a estrutura de *compliance*

⁴ MPF. Orientação nº 10 / 2020, p. 10. www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr5/orientacoes/orientacao-no-10-2020-anpc.pdf. Acesso em 23.02.2021.

da empresa tem a competência necessária para identificar, cessar e mitigar riscos relacionados a eventuais ilícitos de corrupção e fraude.

Nesse contexto, a efetividade das políticas, procedimentos e estruturas de compliance são verificadas, assim como o real compromisso da alta administração e da empresa como um todo com a ética em suas operações. Para além da criteriosa análise feita por um monitor, nada impede que, mediante a emissão de relatórios e troca de experiência em reuniões, ele ou ela indique as melhores práticas e os pontos que podem ser aprimorados para cobrir os gaps da empresa.

A companhia se beneficia da experiência na área de conformidade corporativa de um terceiro independente. A empresa, seus acionistas, funcionários e o público em geral se beneficiam da redução da reincidência do crime corporativo e da proteção da integridade do mercado.⁵ (tradução livre)

Um fim secundário do monitoramento tem como seu interlocutor a sociedade civil. É também um monitoramento

⁵ No original: “*The corporation benefits from expertise in the area of corporate compliance from an independent third party. The corporation, its shareholders, employees and the public at large then benefit from reduced recidivism of corporate crime and the protection of the integrity of the marketplace*”. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum for Heds of Department Components United States Attorneys. 7 de março de 2008, p. 1. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 27.02.2021

independente certificar, não só a autoridade, mas também ao público e a investidores que a empresa “virou a página”, que adotou e adaptou as medidas necessárias para impedir a recorrência de ilícitos, com impactos positivos para a atratividade de investimentos e a continuidade dos negócios, demonstrando, portanto, que houve um grande aprimoramento na estrutura e nos procedimentos da companhia que a instabilidade derivada das deficiências antes presentes no programa de integridade/compliance foram superadas.

Isso se dá não apenas pela exclusão do nome da empresa dos cadastros de pessoas jurídicas consideradas inidôneas,⁶ como pela própria repercussão midiática e no ambiente de investimentos.

Art. 22, § 5º. Os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora.⁷ (grifo nosso)

Por exemplo, após efetiva implementação de

⁶ *E.g.*, Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM), Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF), Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP)

⁷ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 23.02.2021.

recomendações de um monitor, a empresa Braskem S.A. informou o término do mandado de três anos do monitoramento independente ao qual estava submetida, comprovando a seus investidores que agora tem um programa comprovadamente sólido que transforma a empresa em um investimento mais seguro.⁸

Assim, o monitoramento independente visa (i) auxiliar na identificação de riscos e no aprimoramento do programa de integridade/compliance; e (ii) assegurar à autoridade e à sociedade civil acerca da robustez do programa de integridade/compliance de determinada empresa.

10.2 O Papel do Monitor

A legislação brasileira, até o momento, não estabeleceu nenhum parâmetro que delimite o papel e responsabilidades legalmente exigidos do monitor independente, ficando a cargo dos casos práticos e da tropicalização do instituto a partir de jurisdições que o aplicam há mais tempo, como é o caso dos Estados Unidos.

Em 2008, houve um grande aumento de casos relacionados a infrações ao FCPA. Foi provado que diversas

⁸ BRASKEM. Material fact - DOJ and SEC confirmed the conclusion of the independent compliance monitorship at Braskem. São Paulo, 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.braskem.com/RI/news-detail/material-fact-doj-and-sec-confirmed-the-conclusion-of-the-independent-compliance-monitorship-at-braskem>. Acesso em 28.02.2021.

pessoas jurídicas estavam envolvidas em condutas ilícitas. Nessa toada, o Deputy Attorney General Craig S. Morford emitiu um memorando⁹ (“Memorando Morford”) em que estabelecia diretrizes para a seleção e utilização de monitores independentes.

A principal responsabilidade de um monitor é avaliar e monitorar a conformidade de uma empresa com os termos do acordo projetado especificamente para abordar e reduzir o risco de recorrência da má conduta da empresa, e não ser outra sanção. Um monitor só deve ser usado quando apropriado, dados os fatos e circunstâncias de um assunto específico. Por exemplo, pode ser apropriado usar um monitor quando a empresa não tiver um programa de compliance interno eficaz ou onde for necessário estabelecer os controles internos necessários. Por outro lado, em uma situação em que uma empresa tenha encerrado suas operações na área

⁹ MORFORD, Craig S. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations. 7 de março de 2008. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 27.02.2021. Cf. GRINDLER, Gary G., acting Dep. Att’y Gen., U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum to the Heads of Department Components and United States Attorneys on Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution. 25 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.justice.gov/dag/dag-memo-guidance-monitors.pdf>; BREUER, Lanny A., Assist. Att’y Gen., U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum to All Criminal Division Personnel on Selection of Monitors in Criminal Division Matters. 24 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/response3-supp-appx-3.pdf>. Acesso em 27.02.2021.

onde ocorreu a má conduta criminosa, um monitor pode não ser necessário.¹⁰ (tradução livre)

No Memorando Morford, estabeleceram-se princípios que devem reger as atividades do monitor e, em seguida, delimitou-se o escopo de sua atuação,¹¹ no contexto do FCPA:

¹⁰ No original: “A monitor’s primary responsibility is to assess and monitor a corporation’s compliance with the terms of the agreement specifically designed to address and reduce the risk of recurrence of the corporation’s misconduct, and not to further punitive goals. A monitor should only be used where appropriate given the facts and circumstances of a particular matter. For example, it may be appropriate to use a monitor where a company does not have an effective internal compliance program, or where it needs to establish necessary internal controls. Conversely, in a situation where a company has ceased operations in the area where the criminal misconduct occurred, a monitor may not be necessary”. MORFORD, Craig S. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum for Heds of Department Components United States Attorneys. 7 de março de 2008, p. 2. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 27.02.2021

¹¹ No original: “*III. SCOPE OF DUTIES. A. INDEPENDENCE. 2. Principle: A monitor is an independent third-party, not an employee or agent of the corporation or of the Government. (. . .) B. MONITORING COMPLIANCE WITH THE AGREEMENT. 3. Principle: A monitor’s primary responsibility should be to assess and monitor a corporation’s compliance with those terms of the agreement that are specifically designed to address and reduce the risk of recurrence of the corporation’s misconduct, including, in most cases, evaluating (and where appropriate proposing) internal controls and corporate ethics and compliance programs. (. . .) 4. Principle: In carrying out his or her duties, a monitor will often need to understand the full scope of the corporation’s misconduct covered by the agreement, but the monitor’s responsibilities should be no broader than necessary to address and reduce the risk of recurrence of the corporation’s misconduct. (. . .) C.*

- O primeiro princípio é de que o monitor é independente, não sendo funcionário nem da empresa, i.e., a empresa não poderá buscar o aconselhamento jurídico do monitor, nem do governo.
- Um segundo princípio, é o de que a responsabilidade do monitor é escrutinizar e monitorar (e, se apropriado,

COMMUNICATIONS AND RECOMMENDATIONS BY THE MONITOR.

5. Principle: Communication among the Government, the corporation and the monitor is in the interest of all the parties. Depending on the facts and circumstances, it may be appropriate for the monitor to make periodic written reports to both the Government and the corporation. (. . .)

6. Principle: If the corporation chooses not to adopt recommendations made by the monitor within a reasonable time, either the monitor or the corporation, or both, should report that fact to the Government, along with the corporation's reasons. The Government may consider this conduct when evaluating whether the corporation has fulfilled its obligations under the agreement. (. . .)

D. REPORTING OF PREVIOUSLY UNDISCLOSED OR NEW MISCONDUCT. 7. Principle: The agreement should clearly identify any types of previously undisclosed or new misconduct that the monitor will be required to report directly to the Government. The agreement should also provide that as to evidence of other such misconduct, the monitor will have the discretion to report this misconduct to the Government or the corporation or both. (. . .)

IV. DURATION. 8. Principle: The duration of the agreement should be tailored to the problems that have been found to exist and the types of remedial measures needed for the monitor to satisfy his or her mandate. (. . .) 9. Principle: In most cases, an agreement should provide for an extension of the monitor provision(s) at the discretion of the Government in the event that the corporation has not successfully satisfied its obligations under the agreement. Conversely, in most cases, an agreement should provide for early termination if the corporation can demonstrate to the Government that there exists a change in circumstances sufficient to eliminate the need for a monitor."

Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/03/20/morford-useofmonitorsmemo-03072008.pdf>. Acesso em 04/03/2021.

propondo) a conformidade de uma empresa com os termos do acordo, os quais são especificamente projetados para tratar e reduzir o risco de recorrência da má conduta da empresa. Contudo, um monitor não é responsável perante os acionistas da empresa. Na esfera da governança corporativa, a responsabilidade pela elaboração e implementação de um programa de integridade consistente permanece com a companhia, ainda que sujeita às contribuições, avaliações e recomendações do monitor.

- O monitor deve ter sua atuação bem delineada no acordo para que possa identificar e avaliar todo o escopo da má conduta cometida pela companhia, mas não ser mais amplas do que o necessário para mitigar os riscos de reincidência. Assim, os escopos de atuações de diferentes monitores devem ser justapostos aos fatos de cada caso.
- A comunicação entre governo e monitor deve ser facilitada, a qual pode também se dar por meio da elaboração de relatórios periódicos por escrito. Uma vez que o monitor terá maior constância na interação com a empresa, para desempenho de suas funções, o monitor também deve ter o poder de se comunicar com o Governo.
- A eventual recusa em adotar as recomendações feitas pelo

monitor deve ser justificada e comunicada ao governo, seja pelo monitor, seja pela empresa, seja por ambos, para

- que este possa, por fim, determinar se a empresa está cumprindo os termos do acordo.
- O acordo deverá prever um escopo de condutas ilícitas que, previamente não divulgadas ou novas, se identificadas pelo monitor, devam ser diretamente relatadas ao governo, e não à empresa,

“quando a má conduta: (1) representar um risco para a saúde ou segurança pública ou o ambiente; (2) envolve a alta administração da corporação; (3) envolve obstrução da justiça; (4) envolva atividade criminosa em que o Governo tenha a oportunidade de investigar proativa e/ou secretamente; ou (5) de outra forma representa um risco substancial de dano. Por outro lado, nos casos em que as alegações de tal má conduta não sejam críveis ou envolvam ações de indivíduos fora do escopo dos negócios da corporação, o monitor pode decidir, no exercício de sua discricionariedade, se as alegações não precisem ser relatadas diretamente ao Governo”.
(tradução livre)

- A duração do monitoramento deve ser compatível com os problemas e riscos encontrados e às medidas mitigadoras necessárias para que o monitor cumpra seu mandato.
- Ainda, o acordo deverá prever a possibilidade tanto da extensão do monitoramento, no caso de a empresa não ter

cumprido suas obrigações, bem como de rescisão antecipada do monitoramento, caso a demonstração de uma mudança real possa demonstrar à autoridade a desnecessidade da continuação do papel de um monitor.

Para além das previsões gerais acima descritas e do fim próprio do monitoramento externo independente, o escopo do papel do monitor está adstrito àquele acordado junto à autoridade competente, razão pela qual é imprescindível que o Acordo de Leniência, ANPC ou a Colaboração Premiada sejam suficientemente detalhados, para evitar interpretações equivocadas e prejuízos ao andamento das atividades. As responsabilidades de um monitor, portanto, poderão – e deverão – variar caso a caso, a depender dos ilícitos envolvidos.

10.3 Deveres que recaem sobre a Empresa Monitorada

Para além das obrigações avençadas em sede do acordo entre a empresa e o governo, o principal dever da empresa monitorada é a colaboração com o processo de monitoramento. Sem esta, a tarefa do monitor, já árdua, se torna praticamente impossível.

Para tanto, é preciso estar consciente de que monitoramento é sinônimo de vigilância, observação, acompanhamento. A empresa monitorada, portanto, deverá assegurar ao monitor e sua equipe o acesso a todas as infor-

mações e procedimentos que, sob o arcabouço de *compliance*, auditoria e controles internos, possam representar riscos de integridade à companhia, especialmente os relacionados aos ilícitos apurados. Sem este acesso, é impossível que o monitor possa iniciar seus trabalhos.

Ainda, com o objetivo de oferecer comunicação pronta, empoderada e transparente ao monitor, espera-se que a empresa monitorada designe um ou mais responsáveis pela interlocução do monitor com a Companhia. Trata-se de evidenciar a efetiva colaboração com o monitoramento, cujo responsável é tido como representante da autoridade diante deste compromisso de colaborar.

A título de desdobramento da boa comunicação com o monitor, a empresa detém a prerrogativa de dialogar com o monitor a respeito de suas atividades, especialmente no contexto da implementação das recomendações do monitor. Na medida em que o monitor, por mais atuante que seja na rotina da empresa, é, ainda, uma figura externa aos negócios. Assim, é dever da empresa monitorada justificar, de forma técnica e objetiva, como pretende atender – ou não – às recomendações, já que é desta a decisão final a respeito disso, sujeita à homologação – ou não – do efetivo cumprimento dos objetivos exigidos no Acordo de Leniência ao final do monitoramento.

10.4 Desafios do Monitoramento Independente no Brasil

Conforme mencionado anteriormente, o arcabouço legislativo brasileiro não dispõe de um regramento específico ao monitoramento independente relacionado a compliance anticorrupção, razão pela qual são importados e tropicalizados de outros países preceitos deste mecanismo, especialmente dos EUA. Trata-se este, portanto, do primeiro desafio do monitoramento independente em nosso país: a introdução de uma atividade jurídica complexa e altamente relevante para as partes envolvidas e a sociedade.

Com isso, os parâmetros e exigências acabam sendo estabelecidos na prática. No Brasil, até o momento, é possível contar nos dedos o número de monitoramentos independentes que ocorreram – boa parcela decorrente diretamente da legislação americana, como é o caso de Odebrecht. Exclusivamente sob a Lei Anticorrupção Brasileira nº 12.846/13, dois, dos três monitoramentos independentes, ainda estão em curso,¹² os quais estão traçando as bases das primeiras oportunidades deste instituto no país. Ainda assim, há um longo caminho a ser percorrido para que a figura do monitoramento seja aplicada sem percalços.

Para isso, um dos desafios a serem superados inicialmente – e que pode prevenir novos desafios no transcorrer

¹² Concessionária de Rodovias Integradas S.A. (Março/2019) e EcoRodovias Infraestrutura e Logística S.A. (Setembro/2019)

do monitoramento – é o detalhamento, no próprio Acordo de Leniência ou em documentos a ele vinculados, da execução do monitoramento, estabelecendo especialmente a extensão prática aplicável às atividades (território, áreas, negócios), as entregas, as obrigações e responsabilidades de cada parte, inclusive da autoridade, a forma de remuneração, a dinâmica diante de novos ilícitos, as consequências sobre o insucesso da empresa monitorada, a substituição do monitor no curso do processo, entre outras.

Para além das questões formais, outro desafio está no empoderamento da autoridade ao monitor independente. As empresas que se submetem ao instituto podem se colocar em posição defensiva e dificultar a circulação e acesso do monitor às atividades relevantes ao monitoramento, prejudicando a si próprias, haja vista que o princípio do monitoramento independente é a colaboração irrestrita pela monitorada. Para tanto, é fundamental que a autoridade outorgue mandato ao monitor de forma clara e taxativa.

Aliado a isso, um dos principais pontos a serem cravados em qualquer monitoramento é o seguinte. Na medida em que um monitoramento independente serve para avaliar o empenho e o sucesso da empresa monitorada na implementação das medidas exigidas pela Lei Anticorrupção nº 12.846/13 e pelo Decreto 8.420/15 de forma suficientemente eficiente para prevenir novos ilícitos, o Programa de Compliance/integridade deve ser analisado

de forma holística.

Significa dizer que o monitoramento não serve apenas para prevenir aquele ilícito objeto da leniência por aquele determinado “CNPJ” daquela subsidiária naquele processo específico, já que nenhum programa de compliance/integridade se aplica restritivamente desta forma. Pelo contrário, o monitoramento deverá averiguar a efetividade do referido programa a partir de sua fonte até a sua extensão, sem se atrelar exclusivamente aos fatos ilícitos, os quais poderiam ter ocorrido de outra forma em outro lugar por outra pessoa.

Tampouco considera-se que o monitoramento esteja limitado à área de *compliance*, na medida em que as exigências da Lei Anticorrupção que compõem o programa de *compliance/integridade*¹³ envolvem muito mais do que os

¹³ Art. 42, Decreto 8.420/15. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes

procedimentos desta referida área.

Um programa efetivo perpassa por todas as áreas da empresa, com especial destaque para as práticas diretamente sob a responsabilidade (i) da alta administração; (ii) da auditoria interna; (iii) da auditoria externa; (iv) de controles internos e riscos; (v) da área jurídica; (vi) da área de comunicação; (vii) de suprimentos; (viii) de recursos humanos; entre outras, às quais o monitor independente deve igualmente acessar e avaliar.

Há diversos desafios ao monitoramento independente no

e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013 ; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acessado em 04/03/2021.

Brasil, muitos dos quais considera-se que podem ser superados na largada, com a celebração de instrumento *tripartite* entre a autoridade, a empresa monitorada e o monitor independente, como ainda não ocorre nas atuais leniências.

10.5 Conclusão

A maioria das empresas lenientes e colaboradoras pode considerar, de forma pré- concebida, o monitoramento como uma experiência desagradável de se passar em razão dos custos financeiros, de pessoal e institucionais e desgastes que se possa ter. Contudo, o esforço vale a pena. Conforme a *Chief Compliance Officer* da Odebrecht, Olga Pontes: “*We embraced the monitorship as an oxygen to survive. The monitors that are at the company did that with several companies around the world and have experience of what worked and what didn't work. Why would we ignore this knowledge? Why would we ignore this guidance?*”¹⁴ Assim, o monitoramento é uma oportunidade para a empresa crescer e se reafirmar no mercado, que deve ser aproveitada em todas as suas facetas.

Trata-se de uma chance oferecida à empresa que errou de receber orientações de um grande especialista na área, que, ao

¹⁴ LEC – Legal, Ethics and Compliance. Os Desafios do Compliance Officer nas Empresas de Monitoramento Independente. 2019. Disponível em <http://lec.com.br/blog/os-desafios-do-compliance-officer-nas-empresas-de-monitoramento-independente/> Acessado em 04/03/2021.

final, assegurará, pessoalmente, que a empresa obteve sucesso (ou não) nos compromissos de *Compliance* assumidos perante a autoridade, podendo recuperar sua credibilidade no mercado, juntos aos investidores e à sociedade.

O monitoramento independente cumpre seu papel ao deixar um legado positivo à empresa monitorada, cujas práticas de *compliance* deverão seguir sob contínuo aprimoramento e jamais retroceder. Assim, sobrevive ao monitoramento externo a empresa que enxerga na figura do monitor um aliado para efetivamente “virar a página”, estabelecendo uma relação de confiança e credibilidade nos processos e na cultura da companhia.

11 COMPLIANCE BANCÁRIO NO BRASIL

HISTÓRICO, AVANÇOS NORMATIVOS E PRINCIPAIS DESAFIOS

André Almeida Rodrigues Martinez

Coautor do livro “Compliance Bancário. Um Manual Descomplicado”, ed. Juspodivm. Procurador da Fazenda Nacional e ex-Superintendente de Compliance da rede nacional de agências do Banco Itaú S/A.

Possui o grau de Master of Laws (LL.M.) in Compliance pela Université de Fribourg, na Suíça. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco.

Possui especializações lato sensu em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina.

Ex-Procurador Federal na Advocacia-Geral da União e ex-associado de Araújo e Policastro Advogados. Ex-membro da ECI – Ethics & Compliance Initiative, tendo obtido a certificação LPEC – Leadership Professional in Ethics and Compliance. Instrutor credenciado da EAGU – Escola da Advocacia-Geral da União.

11.1 Breve histórico

Importante anotar, logo de início, que a cultura de *compliance* no setor bancário teve seu nascimento no Brasil ainda em 1998, com a publicação da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro – 9.613 – e da Resolução 2.554 do Conselho Monetário Nacional.

Desde então devem ser aplicadas pelos bancos brasileiros as regras cogentes da Lei 9.613/98, criadora do COAF, e observa-

dos os Princípios emanados do “Comitê da Basileia para Supervisão Bancária”,¹ fórum integrado ao BIS – Bank for International Settlements,² ambos sediados na Suíça.

Cabe também mencionar que a legislação norte-americana de combate à corrupção transnacional – FCPA – exerceu grande influência em relação à cultura de compliance mundo afora, especialmente em razão de sua aplicação extraterritorial. As orientações vindas do Departamento de Justiça norte-americano – DOJ – e da SEC, equivalente à nossa Comissão de Valores Mobiliários, também foram desde cedo consideradas pelos órgãos reguladores brasileiros, em especial pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil.

Regras sobre os programas KYC – *Know Your Customer* –, KYP – *Know Your Partner* – e KYE – *Know Your Employee* –, por exemplo, não são novidades entre nós, portanto, uma vez que veiculadas há anos por meio das fontes acima mencionadas.

Neste contexto, o setor bancário sempre foi, e continua sendo, o paradigma para os demais ramos da economia quando o tema é *compliance*, pois ele já possui mais de vinte anos de muitos acertos.

¹ Ressalte-se a especial importância do Princípio n. 14, que trouxe expressamente a necessidade da existência da função, apropriada e independente, da figura do compliance, além de auditorias interna e externa, para a fiel observância dos controles internos, das leis e dos regulamentos aplicáveis.

² O Banco Central do Brasil integra o BIS desde 1997.

Passados longos dezesseis anos desde 1998, em 2014 entrou em vigor aqui a chamada Lei Anticorrupção – 12.846/2013, quando testemunhamos, então, um *boom* sobre o tema *compliance*.

Isto porque, ao tratar da aplicação das sanções administrativas em relação às pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção trouxe a possibilidade da concessão de benefício administrativo às empresas que possuem área de *compliance* devidamente estruturada. Nos termos da lei, as sanções administrativas a serem aplicadas podem ser menores desde que a empresa esteja cumprindo aquele novo paradigma de comportamento – *compliance*.

Tal fato felizmente despertou a atenção não só daqueles que atuam na área jurídica, mas também de todo o empresariado.

11.2 Avanços normativos

Desde 1998, a engenharia do *compliance* bancário nacional passou por importantes avanços, especialmente nos últimos anos.

Em 2017, foi publicada a importante Resolução 4.595 do CMN. É norma dedicada exclusivamente à “política” de conformidade (*compliance*) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN, inclusive cooperativas de crédito, e que teve o mérito de compilar, em

umsó instrumento, as várias diretrizes já há tempos veiculadas pelo Comitê da Basileia e por outras normas.

E, complementando o arcabouço jurídico em relação ao *compliance* no sistema bancário, vieram à luz recentemente duas importantes regras: a Resolução 4.753/2019, do CMN, que estabeleceu os requisitos a serem observados pelas instituições financeiras na abertura, na manutenção e no encerramento de conta de depósitos, e a excelente Circular 3.978 do BACEN, que entrou em vigor em 01/10/2020.

Uma das grandes virtudes da nova Circular 3.978 é determinar a implementação e a manutenção de uma “política” – e não apenas a adoção de medidas muitas vezes isoladas e desordenadas – voltada para a prevenção dos crimes de lavagem de ativos e de financiamento ao terrorismo.

A nova Circular também tem o mérito de deixar agora ainda mais explícitas obrigações que antes já existiam para as instituições, com o objetivo de afastar quaisquer eventuais dúvidas. Cada instituição autorizada a funcionar pelo BACEN deverá se preocupar em gerir sua própria carteira de clientes, de modo a evitar que o banco seja usado como um instrumento de passagem de dinheiro, proveniente de alguma infração penal.

A Circular 3.978, já em sintonia com a Resolução 4.753/2019 do CMN, se preocupou, de maneira salutar, com a verdadeira identidade do cliente, com a sua declarada capacidade financeira – renda ou faturamento – e sua evolução no tempo,

com a sua situação patrimonial, de acordo com o risco que o cliente represente para a instituição em relação aos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento do terrorismo e, sobretudo, com a compatibilidade de tais informações em relação às transações bancárias e aos negócios comerciais, celebrados por ele com o banco.

A nova Circular se preocupou, ademais, com a identificação e qualificação do chamado “beneficiário final” do cliente pessoa jurídica. Trata-se da pessoa natural que está por trás do véu da pessoa jurídica, ou seja, a pessoa física que se beneficiará com o relacionamento daquele determinado cliente com a instituição financeira.

Da sua leitura, pode-se concluir que a Circular cuida expressamente da ABR – “abordagem baseada em risco”, com a avaliação dos riscos aos quais a instituição está exposta e a consequente adoção de medidas proporcionais a eles. É o também chamado RBA – “*risk-based approach*” – no combate aos crimes de lavagem e de financiamento do terrorismo.

Em outras palavras, o regramento do compliance bancário nacional já conta, hoje, com ferramentas regulatórias capazes de aprimorar o combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo – PLD/FT. Para tanto, basta que os programas de compliance dos bancos sejam, de fato, eficientes.

11.3 Principais desafios

Apesar do acima exposto, alguns grandes desafios ainda se nos apresentam. Vejamos.

O primeiro deles é (i) o descompasso ainda infelizmente visto entre a vontade política da instituição bancária – *tone at the top* – e a legítima, porém muitas vezes exacerbada, ambição comercial de algumas instituições bancárias.

Não raras vezes, as áreas comerciais de alguns bancos ainda relutam em aceitar a cultura ética que o *compliance* impõe. Desta forma, acabam por ignorar ou por fazer vistas grossas para as regras vigentes e abrem contas “frias” e/ou mantêm “doleiros” ou “laranjas” como clientes. Em outras ocasiões, envolvem-se em casos de corrupção. A tendência é que, com a Circular 3.978, este problema diminua sensivelmente, desde que respeitada e aplicada de fato a nova norma.

Referido descompasso não se limita, contudo, ao Brasil. Citemos alguns exemplos internacionais recentes, todos veiculados pela imprensa:

- Goldman Sachs: recebeu multa, em outubro de 2020, no valor de US\$ 3,3 bilhões aplicada pelas autoridades norte-americanas – DOJ e SEC – por violações à FCPA. Trata-se da maior multa já aplicada por corrupção envolvendo empresas de todos os setores;

- Danske Bank: em setembro de 2018, foi descoberto que o maior banco da Dinamarca foi usado para transações de lavagem de dinheiro que movimentaram 200 bilhões de Euros, em 8 anos, na filial da Estônia;
- Wells Fargo: O escândalo se deu em função da abertura de mais de 2 milhões de contas e cartões de crédito sem o conhecimento dos clientes, fatos ocorridos durante anos. Senhas eram criadas e cartões ativados, tudo sem o conhecimento dos clientes. A fraude levou à demissão de mais de 5 mil funcionários do banco e implicou a renúncia de seu CEO. Além disso, em fevereiro de 2020, o banco concordou em pagar multa de US\$ 3 bilhões, fixada pelas autoridades norte-americanas (DOJ e SEC).

Um ponto aqui merece destaque. Por mais agressivo e competitivo que o mercado bancário seja, não é possível que se conviva com metas muitas vezes já criadas para não serem atingidas e apenas com o propósito de impor ao funcionário uma tarefa impossível de ser cumprida. Este tema tem que ser enfrentado pelas organizações, à luz dos ideais de *compliance* e de Governança Corporativa, os quais já estão todos postos diante de nós.

O segundo grande desafio que aparece no horizonte é (ii) o respeito ao programa KYC em face da abertura das contas digitais.

A Resolução 4.753/2019 do CMN diz expressamente, em seu art. 2º, serem de responsabilidade das instituições financeiras as corretas e necessárias identificação e qualificação dos seus clientes – obrigações do programa KYC –, bem como a verificação da autenticidade das informações prestadas por ele, “*inclusive mediante confrontação dessas informações com as disponíveis em bancos de dados de caráter público ou privado.*”

A obrigação de conhecer bem o cliente e seus negócios – KYC – deve ser observada para todas as contas, independentemente dos valores movimentados, mesmo se consideradas as regras da nova Circular 3.978/2020, as quais são baseadas no risco que cada cliente representa – *risk-based approach*.

Dizemos isto porque, considerando-se os Princípios da Basileia, a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro e a nova Circular 3.978/2020 do BACEN, em que pesem os cuidados mencionados pelo CMN em sua Resolução 4.753/2019, o contato pessoal entre o gerente e o proponente ajuda, sim, a evitar a abertura de muitas contas “frias” por criminosos.

Já por meio de aplicativos de smartphones ou pela internet, a relação com o cliente fica muito mais distante e impessoal, exatamente ao contrário do que preconiza a obrigação KYC. Observamos que os aplicativos de smartphones permitem o pagamento de contas, além de transferência de valores – operação que é uma das mais utilizadas pelos criminosos.

O mencionado contato físico é muito importante e não pode ser desprezado pelos envolvidos, especialmente bancos e reguladores, pois a ausência do referido contato pode ter impacto negativo direto na abertura de contas simuladas.

O ideal é que, ao menos uma vez, quando da abertura da conta, o gerente tenha contato com o novo cliente, para, assim, já proceder a uma primeira e importante triagem em relação à qualidade da conta que está sendo contratada naquele momento. Não se trata de mera burocracia vazia e sem sentido, mas sim de cuidado que diz respeito diretamente à obrigação do KYC. Portanto, apenas o envio de documentos via smartphones não nos parece ser a medida mais adequada e segura, principalmente se consideradas as facilidades que, infelizmente, não raras vezes, são encontradas na falsificação de documentos pessoais.

Mesmo que a instituição faça uso de fontes públicas de identificação, isto não significa, necessariamente, que o gerente da conta tenha conhecimento real sobre seu novo cliente. Quem é ele de fato, o que faz, qual seu perfil de movimentação e faturamento, são perguntas que poderão ficar sem respostas concretas. Não custa lembrar que telefones celulares são frequentemente encontrados dentro de presídios. O *feeling* dos gerentes de conta, portanto, é de extrema importância.

De todo o exposto, percebemos que o *compliance* bancário no Brasil já evoluiu muito nos últimos vinte anos, tendo, porém, desafios ainda a serem enfrentados na prática.

Isto não significa, em absoluto, que se deva abrir mão das novas tecnologias comerciais, mas significa, sim, conciliá-las com os programas e princípios construídos ao longo de anos pelos agentes reguladores nacionais e internacionais, resguardadas a livre iniciativa e a livre concorrência.

12 ACORDO DE LENIÊNCIA, O PONIBILIDADE *ERGA OMNES* E AÇÕES JUDICIAIS PREEXISTENTES À SUA CELEBRAÇÃO

CONTROVÉRSIAS E SOLUÇÕES A PARTIR DO SISTEMA ANTICORRUPÇÃO MULTIAGÊNCIAS BRASILEIRO

Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo - USP e IDP (Brasília – DF). Advogado, Consultor e Árbitro especializado em Direito Público
Justino de Oliveira Advogados.

Os acordos administrativos¹ são negócios jurídicos que materializam a convergência de vontades entre o Estado e os particulares, em operações caracterizadas pela definição consensual de um conjunto de direitos e obrigações entre as partes. Sob outro ângulo, os acordos administrativos formalizam os resultados de negociações de prerrogativas estatais

¹ O autor deste artigo dedica-se academicamente à teoria dos acordos administrativos e à categorização desses acordos. Sobre o tema, conferir a tese de doutorado defendida pelo subscritor, em 2004, na Universidade de São Paulo (USP), e o livro publicado com base naquele trabalho acadêmico, em 2008, denominado “Contrato de Gestão”. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; O contrato de gestão na administração pública brasileira. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2005; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2008. Cf. ainda obra coletiva por mim coordenada: ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL: teoria e prática. São Paulo: Almedina, 2020.

imperativas no âmbito de relacionamentos público-privados, de modo que os interesses de ambas as partes – e, em razão da presença estatal, portanto, os interesses públicos – sejam mais bem atendidos.

O acordo de leniência é uma das formas consensuais empregadas no âmbito administrativo no contexto de “nova contratualização administrativa”, caracterizada pelo fato de que “a atividade negocial da Administração Pública contemporânea não se restringe apenas ao emprego da figura jurídica do contrato administrativo. Ademais disso, os instrumentos consensuais administrativos não têm como finalidade única a obtenção de resultados meramente econômicos ou particulares”.²

O acordo de leniência em sua acepção ampla, possui diversas fontes normativas, de sorte que, a bem dizer, dentro do conceito de leniência há, ontologicamente, mais de uma espécie de acordo de leniência, cada qual com sua especificidade de aplicabilidade.

Conforme a posição apresentada pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no voto conjunto aos mandados de segurança MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526, todos do Supremo Tribunal Federal -STF, tem-se:

No ordenamento pátrio, há profundas assimetrias na definição dos requisitos para a celebração dos acordos em cada uma das esferas

² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2008, p. 240.

administrativas. Também identificam que há fortes assimetrias no regime de sanções premiais, já que os acordos podem gerar imunidades totais ou parciais dentro de uma mesma esfera de responsabilização cível ou administrativa e podem ou não gerar benefícios na esfera penal (fl. 11).

O mais notório dos acordos de leniência é aquele previsto na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), o qual possui ampla utilização prática nas diversas esferas federativas e considerável densidade normativa em razão da disciplina contida na referida lei e no Decreto nº 8.420/2015. É sobre o regime jurídico desta espécie de acordo que nos centraremos neste artigo.

O “Acordo de Leniência Anticorrupção” tem por padrão a intenção de assegurar ao particular-colaborador o máximo de segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF), de imunização e de eficácia no que toca à oponibilidade do acordo eventualmente entabulado – e faz isso ao explicitar a necessidade de cooperação entre os órgãos colegitimados, máxime às Corregedorias Gerais, as Advocacias Públicas e o Ministério Público do ente federado pertinente.

12.1 A problemática da segurança jurídica envolvendo o acordo de leniência

Desde que os acordos de leniência se institucionalizaram na prática jurídica brasileira, principalmente após a edição da Lei

Anticorrupção (Lei federal nº. 12.846/2013), uma das questões mais tormentosas se refere à extensão e aos limites do seu conteúdo e dos seus efeitos. O que possui especial repercussão no sobre princípio da segurança jurídica.

Isso porque “[a] fragmentação de competência fere de morte (. . .) os acordos de leniência”.³ Nesse sentido, Marcos Meira e Rafael Valim apontam o exemplo paradigmático “de empresas de obras públicas que celebraram acordos de leniência, mas, posteriormente, à vista dos mesmos fatos, foram declaradas inidôneas pelo Tribunal de Contas da União, ou seja, impedidas de contratar com o Poder Público.”⁴

Essa insegurança decorre, em larga medida, do fato de o sistema anticorrupção brasileiro ser do tipo multiagência (diversos órgãos e entidades públicas detêm competência para realizar ações preventivas, repressivas e de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas que ferem a legislação anticorrupção, nas esferas administrativa, cível, criminal), conforme já expusemos anteriormente:

[S]e por um lado termos mais órgãos e entidades públicas combatendo a corrupção pode gerar melhores resultados para a proteção da moralidade e do patrimônio públicos, esta

³ MEIRA, Marcos; VALIM, Rafael. A segurança jurídica nos acordos de leniência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/marcos-meira-rafael-valim-seguranca-juridica-acordosleniencia>. Acesso em 25/11/2020.

⁴ Idem.

multiplicidade de órgãos atuantes em anticorrupção traz para a empresa enredada na teia da Lava-Jato e afins inúmeras preocupações e dificuldades, sobretudo quando têm a intenção de buscar sua reabilitação pelas infrações cometidas. Qual a forma mais segura e definitiva para firmar o acordo de leniência? Somente com o MPF seria suficiente? E a CGU, a AGU e o CADE? Precisam participar das negociações propostas pelo MPF? E se não participarem, são obrigadas a acatar o acordo eventualmente firmado? O TCU também deveria participar ou ao menos ratificar o acordo final? O Poder Judiciário pode rever os termos dos acordos de leniência, e em tese invalidá-los, fazendo a empresa voltar à qualidade de infratora, perdendo seu status de reabilitada?⁵

Na mesma linha, Igor Sant’Anna Tamasaukas, em sua tese de doutorado, aponta para a dificuldade de aconsensualidade se concretizar em um sistema multiagência, pois se “na configuração de ataque ao ato de corrupção, a multiplicidade de agências é fator de competição – com agregado de eficiência quanto ao vetor identificação –”,⁶ diante da possibilidade de consensualidade “com alguns dos

⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. In: <https://mi.g.alhas.uol.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorrupcao-brasileira>. Acesso em 25/11/2020.

⁶ TAMASOUKAS, Igor Sant’Anna. Acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2020.

componentes da teia, a falta de uma decisão centralizada no plano político aponta para uma tendência à ingovernabilidade no incentivo à cooperação.”⁷

Em face desse cenário, surge a necessidade de se conferir harmonia e racionalidade ao combate à corrupção em geral, e aos acordos de leniência em específico. O que fez com que surgissem, e ainda surjam, propostas que visam integrar os órgãos e entidades colegitimados a atuarem na responsabilização dos atos de corrupção em uma atuação conjunta e harmoniosa.

Nesse sentido caminhava a Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que perdeu a vigência em 29 de maio de 2016. Editada no Governo Dilma Rousseff, a MP previa a alteração da Lei Anticorrupção, prevendo expressamente “a possibilidade de, a um só tempo, participarem do acordo de leniência os órgãos de controle interno dos envolvidos, suas advocacias públicas e o Ministério Público”.⁸

Ainda com vistas à fornecer segurança jurídica e estabilidade às leniências, em 06/08/2020, firmou-se Acordo de Cooperação Técnica em matéria de combate à corrupção, especialmente em matéria de negociação de acordos de leniência entre os seguintes órgãos e entidades: (i) Advocacia-Geral da União (AGU); (ii) Controladoria-Geral da União (CGU); (iii) Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP); e, (iv)

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ SANTOS, Kléber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 148.

Tribunal de Contas da União (TCU).

A correta premissa da qual parte o acordo é a de que “dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la”.⁹

Só que essa última tentativa de estabelecer uma solução institucional geral e ampla à falta de segurança existente nos acordos de leniência pode ser considerada em larga medida frustrada. A frustração se deve à recusa do Ministério Público em integrar o “balcão único” que seria formado. O motivo da não participação da instituição está exposto em nota técnica, da Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (5CCR/MPF), divulgada em 10/08/2020. Em síntese, sustenta-se que:

[O] Acordo de Cooperação Técnica (ACT) celebrado entre CGU, AGU, MJSP e TCU, apresentado em contraposição ao Compromisso de Cooperação Interinstitucional proposto pelo MPF, ao contrário deste, não traz uma proposta condizente com o objetivo de cooperação interinstitucional sistemática em matéria de leniência, esvaziando a atuação de diversos

⁹ BRASIL. Acordo de cooperação técnica que entre si celebram o Ministério Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei n° 12.846, de 2013. 2020, p. 03.

Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade Erga Omnes e Ações Judiciais Preexistentes à sua Celebração

órgãos – dentre estes a do próprio MPF - indispensáveis para uma atuação conjunta eficiente, em prejuízo da segurança jurídica da colaboração”.¹⁰

A proposta do Ministério Público contida no Compromisso de Cooperação Interinstitucional, que propunha o reconhecimento e respeito do acordo firmado por um dos órgãos públicos legitimados em relação aos demais, salvo se houvesse ilegalidade ou se for comprovada e objetivamente lesivo ao interesse público, não foi acatada pelas demais instituições responsáveis pelo combate à corrupção e competentes para firmar o acordo de leniência.

Desse modo, ante a ausência de uma solução institucional conjunta entre os diversos legitimados para firmar acordo de leniência e a inexistência de um regramento específico que evite conflitos entre as ações das entidades e órgãos que atuam no combate à corrupção, o aplicador do direito deve extrair do ordenamento jurídico uma interpretação em relação à eficácia dos acordos de leniências que seja compatível com os bens jurídicos constitucionais envolvidos, isto é, respeite a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima do particular-colaborador.

¹⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção. Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada. Nota Técnica nº 2/2020, p. 44.

12.2 Sobre a oponibilidade de acordo de leniência celebrado por órgão competente em relação aos demais órgãos que não participaram diretamente da negociação

Qual seria a extensão da eficácia e oponibilidade de acordo de leniência firmado com um particular que busca a leniência em um ente competente para tanto, no concernente aos demais órgãos encarregados da persecução contra a pessoa jurídica colaboradora, os quais não participaram da negociação? Conforme a posição apresentada pelo Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no voto conjunto aos mandados de segurança MS 35.435, MS 36.173, MS 36.496 e MS 36.526, tem-se que a extensão eficaz e a oponibilidade de acordo de leniência a terceiros é questão variável, porquanto deve ser respondida em atenção às particularidades dos casos concretos.

Nos casos mais comuns, a viga-mestra normativa é a Lei Anticorrupção (Lei Federal nº 12.846/2013), regulamentada, em âmbito federal, pelo Decreto nº 8.420/2015; não se podendo, contudo, preterir a relevante aplicabilidade das demais normas, promanadas dos diversos outros éditos relativo a acordos administrativos – como, por exemplo, do artigo 26 da LINDB – dada a baixa regulamentação normativa inerente à leniência, que é acordo administrativo de alto teor negociativo, o que fomenta a autonomia das partes e a normatividade de seu conteúdo.

Coforme já estabelecido anterioremente, o acordo de

leniência, em sua acepção ampla, possui diversas fontes normativas, de sorte que, a bem dizer, dentro do conceito de leniência há, ontologicamente, mais de uma espécie de acordo de leniência, cada qual com sua especificidade de aplicabilidade.

No mencionado voto apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja orientação é compartilhada por este Autor, afirma-se que, “no ordenamento pátrio, há profundas assimetrias na definição dos requisitos para a celebração dos acordos em cada uma das esferas administrativas. Também identificam que há fortes assimetrias no regime de sanções premiais, já que os acordos podem gerar imunidades totais ou parciais dentro de uma mesma esfera de responsabilização cível ou administrativa e podem ou não gerar benefícios na esfera penal”.

Por ser inquestionável a maior proximidade do “Acordo de Leniência Anticorrupção” ao caso, de se ver que a Lei Anticorrupção tem por padrão a intenção de assegurar ao particular-colaborador o máximo de segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF), de imunização e de eficácia no que toca à oponibilidade do acordo eventualmente entabulado – e faz isso ao explicitar a necessidade de cooperação entre os órgãos colegitimados, máxime a Corregedoria Geral, a Advocacia Pública e o Ministério Público do ente federado pertinente.

É que a LAC possibilita o entabulamento de acordo de leniência não somente quanto à responsabilização administrativa do particular (Capítulos III e IV), como também quanto à

responsabilização judicial (Capítulo VI); sendo decerto mais benéfico ao particular que entabule acordo oponível em ambas as esferas, expandindo ao máximo sua eficácia e oponibilidade.

Isso porque, como bem apontado pelo Ministro Gilmar Mendes, “Enquanto a responsabilidade administrativa enseja a punição da empresa por parte da CGU ou órgão equivalente nas esferas estadual e municipal, a responsabilidade judicial dos atos lesivos à Administração Pública consiste na possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de suas respectivas Advocacias Públicas ou ainda o Ministério Público, ajuizarem ações em face das empresas” (Voto no MS 35.435, fl. 19).

Em relação às contratações públicas e à evidente aplicabilidade, mesmo que tangencial, da Lei Federal nº 8.666/1993, destaca-se o presente trecho do voto:

[. . .] Entender essa separação entre essas duas esferas dentro de uma mesma lei é essencial para que se possa delimitar o alcance do chamado Acordo de Leniência Anticorrupção. Esse acordo – que é previsto no Capítulo V da lei – pode servir para atenuar a responsabilidade da empresa tanto no campo administrativo quanto no campo judicial.

Dentre os requisitos para a celebração da Leniência Anticorrupção, destacam-se as exigências de que a empresa seja a primeira a manifestar interesse em cooperar para apuração do ilícito (art. 16, inciso I), que a pessoa jurídica cesse completamente o seu envolvimento na

Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade erga omnes e ações judiciais preexistentes à sua celebração

infração (art. 16, inciso II) e que ela admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo (art. 16, inciso III).

A rigor, se apenas o órgão responsável pela apuração administrativa (que no plano federal é a CGU) celebrar o acordo, a leniência só poderá gerar efeitos no campo da responsabilidade administrativa. É exatamente isso o que está disposto no art. 16, § 2º, da Lei Anticorrupção, que, ao tratar dos benefícios, dispôs que a celebração dos acordos de leniência garantiria aos signatários apenas: (i) o afastamento da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória (prevista no art. 6º, inciso II, da referida lei); (ii) o afastamento da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (previsto no art. 19, inciso IV, da lei) e ainda (iii) a redução de um a dois terços do valor da multa aplicável.

Ocorre que a lei também autoriza que o titular da ação judicial de que trata o art. 19 celebre esse acordo com a empresa. Nessas hipóteses, a interpretação do art. 17 sugere, especificamente para os casos de atos lesivos à administração pública (art. 5º) que também configurem violação à Lei 8.666/1993, que a Administração Pública poderá estender os benefícios do acordo de leniência anticorrupção à imunização das sanções de que tratam os arts. 66 a 68 da Lei Geral de Licitações:

[. . .]

Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade erga omnes e ações judiciais preexistentes à sua celebração

No plano federal, percebe-se que essas complexidades do regime duplo da Lei Anticorrupção têm sido superadas justamente por meio do aprimoramento da cooperação institucional entre a CGU e a AGU. Ainda em 2016, os dois órgãos estabeleceram a Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278/2016, que passou a definir os procedimentos para a celebração do acordo. Essa portaria esclareceu que a AGU teria participação nas comissões formadas pela CGU para negociação dos acordos, cabendo aos membros da AGU não só assessorar essas comissões, mas também “avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais” (art. 5º, § 4º, da Portaria Interministerial CGU/AGU 2.278/2016).

Assim, quando a celebração do Acordo de Leniência Anticorrupção envolver simultaneamente a CGU e a AGU, percebe-se que o alcance dos benefícios se torna bastante alargado, uma vez que opera tanto sobre o regime de responsabilização administrativa, guardado pela CGU, quanto o regime de responsabilização judicial, guardado pela AGU. O art. 2º da referida Portaria Interministerial deixa claro que a celebração conjunta do acordo de leniência poderá abranger a atenuação de sanções previstas na Lei Anticorrupção, na Lei 8.666/1993 e ainda na própria Lei de Improbidade Administrativa. [. . .] [Grifo acrescido]

Para ilustrar como o acordo de leniência pode funcionar em relação às responsabilizações administrativa e judicial pela

LAC, na hipótese de a assinatura de acordo de leniência ocorrer em face da controladoria de algum Estado e a procuradoria também participasse, haveria a expansão dos benefícios concedidos à pessoa jurídica às esferas administrativa e judicial, impactando a atuação dos colegitimados, a saber MPF e TCU.¹¹

No que concerne à oponibilidade do acordo ao MPF, à AGU, à CGU e ao TCU, não se pode olvidar que os atos do Estado brasileiro devem ser interpretados de maneira una, não-fragmentária e não contraditória, como restou pontuado no mencionado acórdão do Agravo de Instrumento nº 5040116-47.2019.4.04.0000 prolatado pelo TRF-4.¹²

Ademais, não poderia a Administração Pública, de um lado, entabular acordo de leniência – sujeito ao cumprimento de obrigações de reparação e multa à empresa colaboradora – para, de outro, engendrar novas persecuções concernente à

¹¹ Por exemplo, no âmbito do Estado do Paraná, conforme disposição do artigo 44 do Decreto Estadual nº 11.953/2018, que regulamenta a LAC, a celebração de acordo de leniência compete conjuntamente à Controladoria Geral do Estado – CGE e à Procuradoria Geral do Estado – PGE. Assim, no âmbito desse estado, trata-se de conclusão lógica que os acordos abrangerão as responsabilizações administrativa e judicial.

¹² TRF4, AI 5040116-47.2019.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 18/02/2020. Nesse julgado, manifestou-se o entendimento de que o acordo de leniência entabulado promana seus efeitos aos demais entes da Administração Pública, dado o caráter uno e indivisível do Estado, não podendo ele entabular leniência com uma mão para, com a outra, processar o particular-colaborador pelos mesmos atos e fatos constantes do acordo administrativo em ação com base na Lei de Improbidade Administrativa.

responsabilização judicial e administrativa da pessoa jurídica beneficiada pela leniência que tenham como base os mesmos atos.

Ora, se o Estado brasileiro pudesse assim proceder, a própria força normativa do acordo de leniência como acordo administrativo colaborativo-substitutivo seria tão parca que o instituto nem teria razão de ser. Se o *ethos* da leniência é o de conferir vantagens recíprocas às partes – vantagens que, nos termos acordados, são a normatividade mesma do acordo – não é justificável que o Estado permita tantas exceções à aplicabilidade e à oponibilidade do acordo que tais se sobreponham à própria eficácia normativa do instituto.

A lógica de unicidade do Estado brasileiro para fins de celebração de acordo de leniência, conferindo-se segurança jurídica ao instituto e ao microsistema anticorrupção ao evitar o comportamento contraditório entre os órgãos de persecução, também é compartilhada pelo Ministério Público Federal.

Por exemplo, da leitura do texto do Ofício nº 5375/2020, de 17 de junho de 2020, da lavra do Ministério Público Federal, extrai-se o seu posicionamento expresso de que, “por decorrência do princípio da segurança, impõe-se a todos os órgãos colegitimados do sistema de leniência respeitar e fazer valer o acordo em todas as suas vertentes, preservando sua eficácia, assim como, em virtude do princípio da proteção da confiança legítima, o particular tem o direito subjetivo de ver

resguardado o acordo que de boa-fé celebrou e de receber um tratamento compatível com ele”.

Ainda, com o intuito de corroborar com a ideia de ressaltar a importância de conferir segurança jurídica ao microsistema anticorrupção - e, portanto, de garantir a eficácia ao acordo de leniência entabulado entre o particular e um órgão estatal - menciona-se mais um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), prolatado em fevereiro de 2020 e cuja relatoria foi da eminente Desembargadora Federal Vânia Hack de Almeida.

Confira-se o voto apresentado pela Desembargadora, que sustenta exatamente o que aqui se defende:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E/OU MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO. OPERAÇÃO LAVA JATO. ACORDO DE LENIÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS QUE FIRMARAM O ACORDO. REVOGAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS. INCLUSÃO DE PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS POR DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE. [...]

VOTO

Com efeito, o acordo de leniência é uma espécie de colaboração premiada em que há abrandamento ou até exclusão de penas, em face da colaboração na apuração das infrações e atos

de corrupção, justamente para viabilizar maior celeridade e extensão na quantificação do montante devido pelo infrator, vis-a-vis a lesão a que deu causa, ao tempo em que cria mecanismos de responsabilização de co-participantes, cúmplices normalmente impermeáveis aos sistemas clássicos de investigação e, por isso, ocultos. Esse o objetivo da norma e sua razão de ser, tendo por pano de fundo, obviamente, o inafastável interesse público.

Além disso, especificamente sobre a questão da segurança jurídica e do acordo de colaboração, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, 'considerou ser imprescindível chancelar a importância da preservação da segurança jurídica e da própria figura da colaboração premiada como instrumento relevante para coibir delitos, sobretudo contra o erário.' (Pet. 7074 - Informativo 870).

Tal acórdão consagrou, peremptoriamente, o entendimento lógico de que o que deve conduzir a persecução estatal é o interesse público e o fato de ser o acordo de leniência um instrumento de realização desse mesmo interesse, constituindo, por isso, meio de propiciar a própria realização e efetividade do direito.

Acrescente-se, ainda que, se o acordo de leniência é ajustado com a observância dos requisitos legais (legitimidade inclusive) fixando um valor a título de ressarcimento integral do dano, esse documento será oponível contra todos. E os valores ali fixados presumem-se contemplar a integralidade do dano (seja ele material ou moral) não podendo ser exigido por outro órgão (bis in idem) ou sequer ser rediscutido a título de

aférir-se se o valor é integral (SEGURANÇA JURÍDICA).

O STF no HC 127.483 afirmou (o que vale para a hipótese) que “Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.”

Como refere Humberto Ávila “há segurança jurídica quando o cidadão tem a capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos.”

A segurança jurídica exige CONFIABILIDADE. Em sua dimensão subjetiva demanda a intangibilidade de situação com base no princípio da proteção da confiança.

Ou como afirma José Joaquim Gomes Canotilho, “O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem o direito de poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.”

Tudo isso torna inafastável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo efetuado. Não sendo dado a outro órgão estatal impugná-lo (a não ser para afirmar sua

nulidade).¹³

Ao restar esclarecido que, nesta espécie de acordo administrativo, de um lado tem-se o particular, colaborador, que proverá informações de relevante interesse público as quais não seriam de outra forma desveladas, e de outro tem-se o ente legitimado, o qual representa, no ato, toda a unidade estatal, não há outra conclusão possível que não a da oponibilidade de acordo entabulado entre um particular e um dos legitimados (como a procuradoria e a controladoria de determinado Estado) aos demais entes colegitimados para a persecução, como é o caso dos Tribunais de Contas do Estaduais e da União (TCEs e TCU), da Controladoria-Geral da União (CGU), da Advocacia-Geral da União (AGU), do Ministério Público Estaduais e do Ministério Público Federal (MPF).

12.3 Acordo de leniência, ações judiciais preexistentes à celebração e a resolução dos litígios judicializados

A oponibilidade de acordo de leniência firmado com entidades responsáveis pelas responsabilizações administrativa e judicial aos demais entes que também estão co-encarregados, gera a consequência jurídica de que o acordo de leniência

¹³ TRF4, AI 5039153-73.2018.4.04.0000/PR, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA. Julgado em 18/02/2020.

abranja e resolva as controvérsias judiciais eventualmente preexistentes.

Ora, se a oponibilidade de acordo de leniência entabulado entre a pessoa jurídica colaboradora e os responsáveis pelas responsabilizações administrativa e judicial via LAC é inquestionavelmente de eficácia erga omnes (geral), pois, (i) como mencionado na folha 46 do Voto do Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes no MS 35.435, “Se tal sobreposição fática não for considerada de forma harmônica, sobreleva-se o risco de determinada empresa ser apenada duas ou mais vezes pelo mesmo fato”, e se, como já bem esclarecido ao longo deste artigo, (ii) tal leniência satisfaria – e, caso cumprido higidamente pela pessoa jurídica, extinguiria – o interesse do Estado no âmbito da responsabilização administrativa e judicial em face da pessoa jurídica que cometeu as infrações, é ilação natural fato do acordo sobrestar as ações judiciais atualmente em trâmite, que tenham relação com os eventos integrantes do acordo, não constituindo óbice o fato de as ações judiciais terem sido propostas pelo Ministério Público Federal ou outra entidade federal, ou mesmo por entidade estadual.

É que, como dito, para efeito do acordo de leniência, ainda que oriundo de entidades estaduais, age-se tanto em nome do ente estadual quanto do interesse público primário, constituindo-se verdadeiro representante do Estado brasileiro, na ideia de unicidade do Estado que é defendida neste artigo, com o apoio da

jurisprudência existente. Essa unicidade, portanto, se sobrepõe a quaisquer subdivisões do Estado, ao menos no que toca ao microsistema anticorrupção.

Nesse sentido, entende-se que a celebração de acordo de leniência, caso contemple expressamente em suas disposições uma solução para os casos judicializados, será oponível aos demais atores judiciais, colegitimados. Os fundamentos que embasam esse entendimento foram expostos no tópico anterior, especialmente diante da análise dos precedentes do TRF-4, do TCU e do referido voto apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, além dos fundamentos encampados pelo próprio Ministério Público Federal em comunicação oficial (Ofício nº 5375/2020).

A lógica é simples: o Estado brasileiro é uno e, por esse motivo, todos os órgãos estatais colegitimados do microsistema anticorrupção devem respeitar e contribuir para garantir a eficácia do acordo de leniência celebrado com empresa colaboradora. Trata-se de decorrência dos princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva do Estado, que sustentam a efetividade dos mecanismos de combate à corrupção e a manutenção do incentivo para que as empresas continuem a colaborar com informações inéditas e úteis à persecução do interesse público.

Não bastasse todo esse estado de coisas altamente favorável à proteção da confiança legítima da pessoa jurídica que

firma o acordo, prova-se interessante repisar a já citada disposição do artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, o qual considera a existência de uma faculdade ampla e geral da Administração Pública no que tange à celebração de compromisso – neste caso, de acordo de leniência – para eliminar “irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público [. . .]”, o que confere a qualquer ente legitimado, a competência e o interesse primários para as discussões que envolvem a situação sobre as quais titularizam a habilitação para realizar a persecução, como as controladorias e procuradorias estaduais em relação a infrações relacionadas a uma concessão estadual.

A bem da verdade, entende-se que os demais colegitimados, a exemplo do Ministério Público do Estadual e do Tribunal de Contas do Estado, ou mesmo do Ministério Público Federal e da AGU (a despeito da discussão sobre a competência destes de ajuizar ações na Justiça Federal), só podem tentar descumprir as disposições de eventual acordo de leniência celebrado entre a pessoa jurídica, a controladoria e a procuradoria estaduais caso demonstrem a ocorrência de ilegalidade. Seria a hipótese, por exemplo, de acordo celebrado com órgão estatal incompetente ou que padeça de vício legal essencial e insanável.

Leia-se excerto doutrinário que compartilha desse entendimento e entende que as obrigações constantes do acordo

de leniência são oponíveis a todos os colegitimados na tutela do patrimônio público, ainda que não signatários, tendo em vista a necessidade de conferir segurança jurídica ao instituto e efetividade ao combate à corrupção:

Como demonstrado, os termos do acordo de leniência devem ser ao máximo preservados, a fim de que todo o mecanismo de incentivos criados por tal instrumento legal não perca a sua valia diante da ausência de confiança dos infratores em, de fato, obterem os benefícios pactuados.

Não se está defendendo, entretanto, a vinculação estrita e ilimitada dos colegitimados na tutela do patrimônio público e da moralidade e da probidade administrativas ao acordo pactuado por outro órgão público. Contudo, a superação do pacto firmado deve ser excepcional e devidamente justificada, não podendo se tornar ato corriqueiro ou de simples efetivação.

Primeiramente, para que um pedido, que seja incompatível ou conflite diretamente com o acordo de leniência, em eventual ação judicial promovida por ente colegitimado seja apreciado pelo juízo, dever-se-á, necessariamente, demonstrar as razões que acarretem a invalidade do acordo. Ou seja, o autor da ação deve fazer pedidos sucessivos de anulação do acordo de leniência e aquele diretamente atinente à tutela do erário e da probidade administrativa.

E, como já dito, tal invalidação deve ser absolutamente excepcional. Para tanto, o autor terá que demonstrar a existência de vício insanável na origem do acordo, que acarrete em sua anulação (vício de competência,

*Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, O PONIBILIDADE ERGA OMNES
E AÇÕES JUDICIAIS PREEXISTENTES À SUA CELEBRAÇÃO*

inobservância de formalidade legal essencial ou qualquer outra que torne o acordo inválido, de forma irremediável, perante a legislação brasileira) ou, ainda, que os benefícios acordados são manifestamente desproporcionais à gravidade dos atos ilícitos praticados ou à efetiva colaboração prestada pelos infratores, não abrangendo situações limítrofes que podem ter sido melhor solucionadas no contexto de uma solução negociada.

[. . .]

Desse modo, não bastará uma simples propositura de ação civil pública por parte do ente colegitimado. Este terá o ônus extra de comprovar a absoluta invalidade do acordo firmado, caso deseje ter seus demais pedidos meritórios apreciados pelo juízo. Tal fato, como demonstrado nas seções 2 e 3, é absolutamente imprescindível para preservar a segurança jurídica e a boa reputação estatal como cumpridora dos acordos de leniência por ela firmados, sob pena de se tornar esse instrumento legal apenas mais uma previsão jurídica inefetiva.¹⁴

Em face dos esclarecimentos acima, conclui-se que a celebração de um acordo de leniência, também, por entidade responsável pela responsabilização judicial, se for concretizada esse houver disposição expressa sobre a resolução das demandas

¹⁴ ANDRADE FILHO, João Pereira de; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados. *Revista PARAHYBA JUDICIÁRIA*, Seção Judiciária da Paraíba, v. 11, n. 11. João Pessoa, 2018. p. 269-304.

judiciais, produzirá efeitos que poderão ser opostos aos demais atores judiciais, como o Ministério Público Federal, tendo em vista o entendimento de que o Estado brasileiro é um ente uno e indivisível, ao menos para efeito do microssistema anticorrupção. Nesse sentido, recentíssimos acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) demonstram deferência dos colegitimados a acordo colaborativo, ou instrumento similar, entabulado entre o particular e ente estatal legitimado, dado o caráter uno e indivisível do Estado brasileiro e de sua Administração Pública.

No acórdão 1690/2020 - Plenário,¹⁵ julgado em 01/07/2020, em “Representação acerca de fraudes nas licitações relacionadas a certames para obras de implantação da Refinaria Abreu e Lima em Ipojuca/PE, também denominada de Refinaria do Nordeste Rnest”, o TCU assertou a influência de acordo de leniência celebrado externamente – isto é, por outro legitimado que não o próprio Tribunal (no caso, MPF e CGU/AGU) – no

¹⁵ Acórdão 1690/2020 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) Direito Processual. Sobrestamento de processo. Acordo de leniência. Sanção. Prescrição. Suspensão. Em processo que analisa possibilidade de aplicação de sanção pelo TCU, é cabível o seu sobrestamento relativamente a responsável que tenha celebrado acordo de colaboração, ou instrumento similar, junto a outras instâncias de investigação, quando ausentes provas autônomas àquelas obtidas mediante o acordo. Em tais situações, ocorre a suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva do TCU até a manifestação dos órgãos signatários do ajuste quanto ao cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas pelo responsável.

processo, tendo concluído pelo imperioso sobrestamento do feito enquanto o acordo estiver sendo cumprido pelo particular.

O mesmo entendimento também foi manifestado no Acórdão 1689/2020 - Plenário, no qual o relator, Excelentíssimo Ministro Benjamin Zymler, asseverou que “Identificada a celebração de acordo de leniência em outras instâncias de controle posteriormente ao trânsito em julgado de acórdão do TCU que declarou a inidoneidade de empresa para participar de licitações na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992), admite-se a suspensão da eficácia da sanção aplicada pelo Tribunal, condicionada ao cumprimento dos termos do acordo”.

Demais disso, já em 2019, como se pode ver no Acórdão 2619/2019 – Plenário, o TCU assentava a posição de que o particular, colaborador no acordo de leniência, não poderia ter imputada a si dupla obrigação de reparação quando já houvessem sido acordados a monta e os termos da reparação/multa na leniência entabulada, de sorte que “Os pagamentos efetuados no âmbito dos acordos de leniência e de colaboração premiada, a título de ressarcimento de danos, multas de natureza indenizatória ou confiscos, podem ser considerados para amortização dos valores dos débitos imputados pelo TCU contra os responsáveis colaboradores”.

No âmbito judicial, já são reconhecidos e consagrados os efeitos do acordo (suspensão e/ou extinção) para as ações em

trâmite e, inclusive, são a razão de ser de boa parte dos acordos administrativos (leniência). Como mencionado em relação ao citado Agravo de Instrumento nº 5042987-50.2019.4.04.0000, a Ação Civil Pública de Improbidade Administração foi extinta em relação àqueles que firmaram o sobredito acordo.

Em termos práticos, a possibilidade de suspensão e de extinção dos processos judiciais que versem sobre os fatos abrangidos pelo acordo de leniência decorre dos dispositivos legais do Código de Processo Civil, os quais contemplam as hipóteses de suspensão e extinção do processo.

Para o que interessa à análise jurídica desta problemática, citam-se os artigos 313, 485 e 487 do Código de Processo Civil, os quais serão abordados após a sua transcrição:

Art. 313. Suspende-se o processo: [. . .]

II - pela convenção das partes;

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [. . .]

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

[. . .]

III - homologar: [. . .]

b) a transação;

Da leitura desses dispositivos, verifica-se que a celebração do acordo de leniência proposto pode levar à subsunção do caso à

hipótese do artigo 313 do Código de Processo Civil, em razão da incidência do inciso II (convenção das partes). Entende-se pela plena aplicabilidade deste dispositivo nas hipóteses em que as obrigações constantes do acordo de leniência ainda não foram cumpridas integralmente, mesmo nas ações que foram propostas por outros atores judiciais, tendo em vista a tese de unicidade e indivisibilidade do Estado brasileiro.

Por sua vez, o inciso VI do artigo 485 e a alínea “b” do inciso III do artigo 487, ambos do Código de Processo Civil, versam sobre a hipótese de extinção do processo em razão dos efeitos gerados pela celebração de acordo de leniência entre o particular e os órgãos estatais responsáveis pela persecução fundada na LAC. Tem-se, ao contrário da suspensão referida acima, a situação em que o particular cumpriu integralmente as obrigações constantes do acordo, motivo pelo qual o inciso VI do artigo 485 será aplicável em sua plenitude, mesmo nas ações que foram propostas por outros atores judiciais. Na prática, verifica-se a ausência de legitimidade ou de interesse processual porque o objeto da ação judicial não mais existirá, pois terá se tornado objeto de acordo de leniência. Ou seja, perde-se o objeto da ação, o que permite o reconhecimento de perda do objeto (e a consequente extinção do feito).

De mais a mais, tanto no acordo de leniência firmado entre a CGU, a AGU e as empresas Nova Engevix Engenharia e

Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade Erga Omnes e Ações Judiciais Preexistentes à sua Celebração

Projetos S.A. *et al*¹⁶ quanto no acordo de leniência firmado entre estes mesmos entes e as empresas Construtora OAS S.A. *et al*,¹⁷ a necessidade de sobrestamento/extinção de ações em trâmite – ajuizadas, no caso, pelo MPF – é explicitada nos itens 13.7 (e subitens) de cada acordo, de seguinte disposição:

CGU, AGU e as empresas Nova Engevix Engenharia e Projetos S.A. *et al*

13.7 A AGU se compromete, relativamente aos fatos descritos nos ANEXOS I-A, I-B, I-E e II, e apenas em relação a esses atos e contratos, a: (i) não ajuizar ações judiciais contra as **RESPONSÁVEIS COLABORADORAS** e as pessoas físicas aderentes nos termos das Cláusulas 1.3 e 1.5, inclusive as baseadas nas Leis nº 8.429/92 e 12.846/2013; e (ii) no prazo de até 15 dias úteis contados da assinatura deste Acordo: [. . .]

13.7.2 Em relação à ação [sob sigilo], ajuizada pelo MPF, peticionar junto ao juízo competente informando a assinatura do presente Acordo e referido escopo para fins de valoração, pelo autor, quanto à eventual extinção das ações.

CGI, AGU e as empresas Construtora OAS S.A. *et al*

13.7. A AGU se compromete, relativamente aos fatos descritos ANEXOS I e II, e apenas em

¹⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-engevix.pdf>. Acesso em 27 ago. 2020.

¹⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordos-firmados/acordo-caso-02-para-publicacao-21fev2020.pdf>. Acesso em 27 ago. 2020.

*Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, OPONIBILIDADE ERGA OMNES
E AÇÕES JUDICIAIS PREEXISTENTES À SUA CELEBRAÇÃO*

relação a esses atos e contratos, a: (i) não ajuizar ações judiciais contra as RESPONSÁVEIS COLABORADORAS e as PESSOAS FÍSICAS ADERENTES nos termos das Cláusulas 1.1.4,

1.1.5 e 1.1.6, inclusive as baseadas nas Leis nº 8.429/92 e 12.846/2013; e (ii) no prazo de até 15 dias úteis contados da assinatura deste Acordo: [. .]

13.7.2. Em relação às ações nº [sob sigilo], ajuizadas pelo MPF, peticionar junto aos juízos competentes informando a assinatura do presente Acordo e referido escopo para fins de valoração pelo autor da ação quanto à eventual extinção das ações.

Portanto, é possível que a celebração de acordo de leniência com o Estado brasileiro, representado por qualquer dos legitimados com competência para a responsabilização judicial, leve à resolução ampla de todas as controvérsias relacionadas aos eventos que o compõe, suspendendo-se, ou mesmo promovendo-se a extinção das ações judiciais já propostas, de sorte que, se acaso contemplar uma solução consensual para os casos judicializados, vinculará os demais atores judiciais, colegitimados, e as demandas judiciais subjacentes.

Para que o acordo opere efeitos em relação aos processos judiciais em curso, é necessário que o ente público responsável pela assinatura do acordo o apresente nos autos das ações, por meio de manifestação no processo, para que o juízo tome conhecimento da sua existência e validade, e passe a atribuir os

efeitos entabulados, suspendendo ou extinguindo (a depender da fase de cumprimento do acordo) a ação em relação ao particular.

12.4 Conclusão

O que se pretendeu demonstrar ao longo deste artigo é que o sistema anticorrupção multiagência brasileiro impõe uma aplicação, interpretação e hermenêutica do regime jurídico dos acordos de leniência que não vulnerabilize seus atrativos e efeitos conferidos pelo ordenamento jurídico, assim garantindo necessária e esperada segurança jurídica aos colaboradores e demais envolvidos.

Desse modo, os acordos substitutivos de sanção, quando realizados por quaisquer dos legimitados às persecuções administrativa e judicial, devem ser dotados de eficácia erga omnes perante todos os demais colegitimados, bem como ter efeito resolutivo sobre as demandas judiciais pendentes envolvendo os atos de corrupção abrangidos pelo acordo.

Na falta de regras específicas que ordenem as ações do colegitimados, somente através da atribuição de tal oponibilidade erga omnes dos acordos de leniência é possível manter a lógica e coerência do sistema anticorrupção multiagência brasileiro. Uma solução intermédia para a problemática da oponibilidade erga omnes aqui enfrentada, e que conferiria maior segurança jurídica aos acordos de leniência no contexto analisado a partir de um

*Capítulo 12. ACORDO DE LENIÊNCIA, Oponibilidade ERGA OMNES
E AÇÕES JUDICIAIS PREEXISTENTES À SUA CELEBRAÇÃO*

enfoque mais pragmático, seria que os órgãos que eventualmente não tenham participado da sua negociação possam aderir ao acordo originário.

Sem prejuízo disso, repita-se, mesmo que tal adesão não ocorra explicitamente, entende-se que a oponibilidade de seu conteúdo e efeitos a órgãos externos originariamente ao acordo de leniência é efeito que se impõe, a partir da construção e fundamentação dogmática aqui realizada.

13 COMPLIANCE E DIREITO DO TRABALHO

Henrique Soares Melo

Sócio da área Trabalhista e Previdenciária, graduou-se em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2005, tendo concluído curso de pós-graduação em Direito Material e Processual do Trabalho em 2009, também pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)

A implementação do compliance nas empresas surge a partir da publicação da Lei nº 12.683/2012 (persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro) e Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), cujo Decreto regulamentador (Decreto nº 8.420/2015) traz a previsão relativa aos denominados “programas de integridade”.

Em termos corporativos, o compliance deve ser entendido “não somente pelo ato de cumprir o conjunto de disciplinas ou normas preestabelecidas em uma empresa, mas, ainda, para evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer”.¹

Nos termos do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, os parâmetros mínimos exigidos para fins de avaliação de referidos programas não deixam qualquer margem de dúvida que, um

¹ DAMACENO, Ana Claudia. O compliance como ferramenta estratégica na advocacia corporativa. Revista Síntese Direito Empresarial, São Paulo, ano 13, n. 73, p. 91, mar.-abr. 2020.

efetivo programa de integridade, deve necessariamente compreender a área trabalhista.

A Organização Internacional do Trabalho adotou em seu Conselho da Administração, em novembro de 2000, a denominada “Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social”, que vem a ser um código de conduta em âmbito internacional, aplicável às empresasmultinacionais e com aplicação para todos os países. Referido documento versa sobre direitos mínimos, tais como a vedação ao trabalho infantil, saúde e segurança do trabalho, condições igualitárias de oportunidades a todos os empregados, questões sindicais, etc.

Além do cumprimento legal, o *compliance* trabalhista tem efeitos práticos econômicos para as empresas, na medida em que a adoção das melhores práticas na esfera trabalhista leva à redução e até mesmo à eliminação de passivos que maculam os resultados das corporações. Ainda, visa garantir que todas as regras contidas no Código de Ética da empresa sejam cumpridas, de modo a resguardar os valores corporativos da organização, bem como a dignidade e os direitos trabalhistas das pessoas que dedicam parte de suas vidas ao sucesso daquele empreendimento. A via contrária, ou seja, a adoção de práticas contrárias à legislação trabalhista, sem qualquer preocupação com condutas que se aproximem de um *compliance* trabalhista poderá caracterizar, inclusive, a prática do denominado “*dumping*”

social”, variação do termo adotado pelos economistas (*dumping*), que no direito do trabalho pode ser entendido como a prática reiterada de empresas em violar direitos dos seus trabalhadores, de modo a obter vantagens comerciais a partir das referidas violações, alcançando assim vantagem comercial sobre seus concorrentes em um dado mercado, às custas dos direitos básicos trabalhistas de seus trabalhadores e, porque não, mínimas condições de trabalho.

Há, ainda, o sindicato da categoria profissional que, na condição de representante dos empregados, sempre poderá acionar a empresa de forma coletiva.

A relação com o sindicato da categoria (ou os sindicatos que representam os trabalhadores da empresa, a depender da existência de diversas categorias em uma mesma empresa ou mesmo a atuação em diversos locais diferentes no território brasileiro) merece especial atenção. Isso porque, como abordaremos mais adiante, a relação com o sindicato deve se permear pelos princípios que norteiam o *compliance* trabalhista e, dessa forma, quaisquer desvios ou condutas inadequadas devem ser barradas pelo crivo do *compliance*.

13.1 Estruturação do *compliance* trabalhista

13.1.1 Requisitos essenciais e ponto de partida do *compliance* trabalhista

Inicialmente, a estruturação de um *compliance* trabalhista passa pela premissa básica de que o programa somente terá sucesso se contar com três requisitos essenciais:

- 1) Participação e suporte irrestrito da direção/comando da empresa;
- 2) Destinação dos recursos humanos necessários para o desenvolvimento do programa; e
- 3) Existência de um canal de denúncias, com efetivo procedimento de apuração e, se necessário, aplicação de medidas corretivas em face das situações identificadas.

A participação da alta direção da empresa pode ser entendida como a premissa básica para que o *compliance* trabalhista seja criado. Sem esse engajamento, tratar-se-á de programa “de fachada”, na medida em que referidos programas acarretam, inevitavelmente, a necessidade de mudanças e adoção de políticas que demandam investimentos, ações essas que sem o suporte da direção da empresa estarão fadadas ao insucesso. Logo, é essencial que toda a direção (ou os proprietários /

controladores) de uma organização estejam comprometidos para que o *compliance* trabalhista seja estruturado.

Superado o ponto acima, devemos considerar a extensão do direito do trabalho e, como veremos abaixo, a amplitude de temas a serem considerados dentro do *compliance* trabalhista. Aliás, por esse motivo, a depender do tamanho da organização, haverá a necessidade inclusive de nomeação de um “*compliance officer* trabalhista”, na medida em que o “*compliance officer*” não teria meios para gerir as demandas gerais do *compliance* da empresa, somadas às demandas oriundas do *compliance* trabalhista.

Para um efetivo programa de *compliance* trabalhista, logicamente que com as adaptações necessárias a cada organização, necessária a participação dos profissionais de recursos humanos, profissionais da área de saúde e de segurança do trabalho e, de forma salutar, recomenda-se a integração de profissional jurídico especializado na área trabalhista, de modo a garantir o cumprimento da legislação pela empresa.

Por fim, de nada adianta um programa engajado pela alta direção, estruturado de forma eficaz, com profissionais capazes e motivados, se não compreender um canal de denúncias, canal esse que tornará cristalino aos empregados que a empresa é dotada de um *compliance* trabalhista e, portanto, possui genuína preocupação com seus empregados e respectivos direitos.

Uma vez definida a estrutura do *compliance* trabalhista,

todos os seus participantes, responsabilidades, objetivos, valores, etc. chega o momento de dar início às efetivas atividades do *compliance*.

Nesse aspecto, antes do efetivo início das atividades do *compliance* como ferramenta de controle da organização, vale a adoção de uma ação buscando o levantamento de todo o cenário jurídico trabalhista. Isso porque, o direito do trabalho é muito amplo, compreende desde os temas relacionados à remuneração dos empregados, bem como os aspectos de saúde e segurança do trabalho, passando por questões como jornada, estruturas hierárquicas, políticas de benefícios, normas coletivas, terceirização, etc.

Por essa razão é recomendável que a empresa realize uma auditoria preventiva, de modo a identificar eventuais não conformidades e respectivas contingências e, se possível, corrija esses pontos de forma imediata.

13.1.2 Estrutura do *compliance* trabalhista

Embora não se pretenda exaurir todos os temas possíveis a serem abordados, os pontos abaixo listados são os que norteiam toda e qualquer relação de trabalho nas mais diversas organizações, podendo ser adotado como ponto de partida para a estruturação do *compliance* trabalhista.

- **Admissão de empregados:** um dos pontos de intersecção

entre o direito laboral e as normas gerais de *compliance* é a prática do “KYE – *Know Your Employee*” (conheça o seu empregado). Nesse aspecto, devem as empresas tomar especial cuidado ao observar as normas vigentes (tal como a Lei nº 9.029/95 que veda a adoção de práticas discriminatórias na admissão de empregados) bem como o respeito aos princípios constitucionais da privacidade e da intimidade. Ainda, a equidade de oportunidades deve ser fiscalizada pelo *compliance*, observando eventuais ações inclusivas, eventualmente promovidas pela organização.

- **Lei Geral de Proteção de Dados:** o cumprimento da LGPD no âmbito do direito do trabalho deve ser objeto do *compliance* trabalhista, assegurando que a organização realiza a correta classificação das informações dos seus empregados, adota todos os mecanismos para a proteção desses dados, possui consentimento para seu tratamento (quando cabível), etc.
- **Remuneração:** a remuneração dos trabalhadores da organização deve ser objeto do *compliance*, de modo a assegurar o cumprimento da legislação trabalhista no que refere aos pisos legais e oriundos da norma coletiva, existência de paridade salarial entre os empregados (de acordo com as regras relativas à equiparação salarial previstas na CLT), remunerações variáveis, etc.

- **Jornada:** talvez um dos mais complexos e extensos temas a serem monitorados pelo *compliance*, inclusive porque geralmente objeto de questionamentos perante a justiça do trabalho. Deve o *compliance* assegurar o cumprimento das jornadas legais, convencionais ou contratuais estabelecidas, turnos, acordos de compensação e, principalmente, a prestação de horas extraordinárias. Ainda, deve o *compliance* assegurar a correta classificação daqueles empregados compreendidos como isentos de horário de trabalho e assegurar para que esses empregados de fato não estejam sob uma fiscalização de sua jornada, o que seria incompatível com sua classificação.
- **Férias:** a correta gestão das férias por parte da organização, responsável pelos períodos de descanso dos seus empregados dentro dos prazos estabelecidos em lei, deve ser fiscalizada pelo *compliance*, o qual deve ainda assegurar que os empregados estejam efetivamente gozando suas férias nos períodos designados para tal.
- **Benefícios:** análise e acompanhamento quanto ao cumprimento em relação a todos os benefícios cuja concessão seja mandatória (por força de lei ou norma coletiva) ou no que se refere aos benefícios voluntários concedidos pela empresa, aplicando-se também aqui os

preceitos relacionados à equiparação salarial.

- **Saúde e Segurança do Trabalho:** a depender da área de atuação de uma empresa e o grau de risco a que os seus trabalhadores estão expostos, este ponto poderá ser um dos principais pontos a serem considerados dentro do *compliance* trabalhista. Compreende desde o acompanhamento dos programas obrigatórios a serem mantidos pela empresa (Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais, Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, etc.), passando pelos adicionais eventualmente pagos em razão de condições insalubres ou perigosas e chegando aos treinamentos e fornecimento de equipamentos de proteção individuais.
- **Terceirização:** também como parte do conceito do “KYE – *Know Your Employee*” a terceirização responsável, dentro dos limites estabelecidos em lei, deve ser objeto do programa de *compliance* trabalhista. Ainda, a efetiva fiscalização quanto ao cumprimento da legislação trabalhista pelas empresas contratadas é deverda empresa tomadora dos serviços e, como tal, deve ser assegurada pelo *compliance*.
- **Relacionamento com sindicatos:** as relações com os sindicatos que representam os empregados da organização deve ser realizada dentro dos princípios éticos protegidos

pelo *compliance* trabalhista. Trata-se de tarefa complexa nos dias atuais, considerando que desde 2017, com as mudanças advindas com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) as receitas das entidades sindicais (somando centrais, confederações, federações e sindicatos) passaram de R\$ 2,038 bilhões em 2017 para R\$ 283 milhões em 2018 e R\$ 89 milhões em 2019.² Esse cenário intensificou uma prática existente antes mesmo da reforma, qual seja a cobrança, das empresas, de taxas e contribuições pelos sindicatos para, por exemplo, firmar Acordos de Participação nos Lucros e Resultados, Acordos Coletivos de Trabalho, etc.

Nesse aspecto, o pagamento de referidas taxas ou quaisquer valores, constituindo-se como maneira de obter vantagens indevidas para as empresas, deve ser objeto de ações por parte do *compliance* trabalhista.

13.1.3 Operacionalização do *compliance* trabalhista

Como parte das ações do *compliance* trabalhista, a realização de treinamentos a todos os integrantes da empresa se mostra como eficaz medida para a comunicação em relação ao

² <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2020/11/11/reforma-trabalhista-completa-3-anos-veja-os-principais-efeitos.ghtml>

programa em si, aos pontos de atenção e aos direitos e deveres cabíveis a todos aqueles que integram aquela empresa.

Porém, o ponto crucial para o sucesso do *compliance* trabalhista reside em seu canal de denúncias, o qual deve existir, ser amplamente divulgado aos empregados e possuir procedimento que resguarde aqueles que o utilizam. Somente quando os trabalhadores confiam no canal de denúncia, o *compliance* trabalhista passa efetivamente a ser visto como um aliado dos empregados em caso de eventuais irregularidades existentes na organização.

Recebida uma denúncia, a instauração de uma investigação interna deve ser mandatária, de modo a se apurar a verdade dos fatos e buscar a aplicação das medidas disciplinares / reparatórias, caso necessárias.

Utilizando os ensinamentos da Dra. Alice Monteiro de Barros, temos que “o poder disciplinar traduz a capacidade concedida ao empregador de aplicar sanções ao empregado infrator dos deveres a que está sujeito por força de lei, de norma coletiva ou do contrato. O exercício desse poder tem por fim manter a ordem e a harmonia no ambiente de trabalho”.³

Por meio do exercício do seu poder diretivo e poder disciplinar, a organização deve adotar as medidas disciplinares necessárias, após a apuração de todos os fatos, o que assegurará

³ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 595.

que se trata de um efetivo e atuante programa de *compliance* trabalhista.

Todas as ações devem ser realizadas de forma confidencial, sendo recomendável que todo o material envolvendo eventuais apurações permaneça em arquivo da empresa, em caso de eventual necessidade de utilização futura. Ainda, é salutar a elaboração de levantamento contendo todas as ações realizadas pelo *compliance* trabalhista em determinado período, número de denúncias recebidas, tempo médio das investigações, resultados alcançados, etc.

13.2 Benefícios oriundos do compliance trabalhista

Não há dúvidas de que, havendo um *compliance* trabalhista dentro de uma determinada empresa, em caso de quaisquer questionamentos, a existência da referida ferramenta é argumento de defesa para a empresa, pois demonstra a seriedade de suas práticas e os esforços dedicados para o cumprimento da legislação e adoção das melhores práticas.

Tomemos como exemplo uma determinada organização na qual exista um *compliance* trabalhista estruturado como acima indicado, e que indique, de forma clara e inequívoca, as ações realizadas em prol dos trabalhadores, garantindo que aquela empresa esteja em *compliance* em relação à legislação trabalhista e a proteção de seus trabalhadores.

A empresa do exemplo acima, ao ser acionada perante a justiça do trabalho em eventual demanda individual ou, ainda, em caso de eventual questionamento por parte do Ministério Público do Trabalho, poderá se valer do *compliance* trabalhista como instrumento de defesa, demonstrando todas as ações realizadas e todos os mecanismos de controles e que são relacionados ao tema objeto de questionamentos.

Em uma eventual reclamação trabalhista em que se pleiteie a condenação da empresa ao pagamento de indenização por, supostamente, discriminar determinado empregado no ambiente de trabalho, caberia o questionamento por parte da empresa do porque esse mesmo empregado não fez uso dos canais disponíveis dentro da organização, ou seja, porque não recorreu ao *compliance* que, sabedor da sua existência (uma vez que orientado a respeito quando da sua admissão e, inclusive, periodicamente participado de treinamentos), poderia ter lhe socorrido, agindo na correção de eventual situação que estivesse em desacordo com a legislação ou com as políticas e valores daquela organização.

Ainda, há de se considerar o disposto no artigo 223-G, inciso IX, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que para a fixação do *quantum* indenizatório o juiz considerará, entre outros, “o esforço efetivo para minimizar a ofensa”, adotado pela empresa, que se traduziria justamente no *compliance* trabalhista ora discutido.

Como visto, o compliance trabalhista tem o condão de incrementar a identificação e o comprometimento dos empregados com a corporação para a qual trabalham, à medida em que compreendem que se trata de entidade que tem real preocupação com o atendimento integral de todas as leis trabalhistas, bem como possibilita a formalização de denúncias em caso de constatação de condutas ou práticas que estejam em desacordo com a lei ou com as políticas da empresa.

14 COMPLIANCE EM LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

André Uryn

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio

A função de regular é uma das mais comuns e mais presentes na vida em sociedade. Regular significa ajustar, regrar, moderar, acertar, guiar, nortear. Palavras que, em maior ou menor grau, apontam para a mesma ideia: a de harmonizar diversos atores e ações em prol de um objetivo ou finalidade tida como relevante o suficiente para justificar esse tipo de esforço. Mas, mesmo estando presente desde sempre,¹ a ideia de uma função regulatória do Estado é constatação recente, tendo entrado no radar dos juristas apenas ao longo do século XX, especialmente a partir de sua segunda metade.² Dessa constatação surgiu um novo modelo de Estado, deixando para trás os arranjos

¹ Diogo de Figueiredo fala de regulação na Idade Média, quando as corporações de ofício e outras instituições similares funcionavam como agentes de regulação dos diversos interesses dos agentes de determinado setor ou mercado. V., a respeito, NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68.

² “No Direito, todavia, o conceito teórico de regulação sistêmica, inovando uma nova percepção do equilíbrio na convivência, surgiu muito tempo depois das experiências históricas haverem desenvolvido certas funções regulatórias”. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68)

institucionais do Estado-polícia e do Estado-providência, eis que se tem o advento do chamado Estado-regulador.

Esse modelo, entretanto, não abriu mão de cumprir as funções essenciais anteriores. Não deixou de garantir um mínimo de ordem e segurança, protegendo os direitos individuais, especialmente os ligados à propriedade privada; ou mesmo de atender às demandas por uma série de utilidades cujo propósito é garantir um padrão aceitável de bem-estar para a população. A partir de uma perspectiva histórica, pode-se falar que esses modelos de Estado não se articulam sucessivamente em termos de superação como num devir de tipo hegeliano tese-antítese-síntese, mas em camadas geológicas, cada camada superior — e mais recente — retomando as características e funções das anteriores num novo nível.³

³ “O Estado deixou de apenas praticar a gestão dos negócios endoadministrativos (e suas repercussões em face das pessoas privadas), mas passou a agir intensamente em vários setores de repercussão social (bem-estar social, empresas estatais, etc.). Mais: o Estado Administrativo passou a ser constituído dessa forma. Essa narrativa veio crescendo até o início deste século XXI, quando a expansão passou a constituir formas bastante mais complexas de atuação estatal. Antes singelo e até monotemático, o Estado Administrativo assumiu também as vestes de um Estado-de-Garantia - isso sem se falar do Estado-Ambiental. Todas essas facetas vinculadas à mesma Administração Pública, desdobrando-se simultaneamente em vários planos de ação. Ou seja, são muitos os Estados-Administração dentro de um só Estado. De igual modo e especialmente em outros países, o Estado Administrativo deixou de ser somente nacional, pois passou a assumir foros transnacionais e internacionais. Não será demais dizer que, por um lado, a Administração Pública transborda suas fronteiras (como nos impactos do Direito Ambiental e nas demandas de

Disso se pode afirmar que tecnologias jurídicas concebidas e materializadas em outras épocas, de acordo com outros pressupostos, continuam presentes na atual quadra do Estado-regulador. O aparecimento desse novo modelo, ou nova camada geológica — para usarmos a mesma imagem —, não implica o desaparecimento de funções, notas, instrumentos e tecnologias das camadas inferiores. É simplesmente equivocado afirmar, por exemplo, que o Estado-empresário desapareceu ou está sendo superado. Aliás, a atual pandemia provocada pelo COVID-19, e toda a situação de emergência mundial de saúde desencadeada por conta disso, serviu para mostrar que instrumentos típicos do direito administrativo econômico continuam vigentes e aptos a serem manejados pelos governos em situações que exijam uma intervenção célere e eficaz nos mais diversos setores.⁴

saúde pública) e, por outro, a Administração Pública internacional ingressa em setores internos (como no caso da União Europeia). O que temos é o Estado Administrativo multifacetado, tanto em termos materiais quanto formais e/ou geográficos. A concepção originária dos séculos XVIII e XIX não mais vive sozinha, mas se vê constrangida a adotar diferentes personalidades. O seu habitat natural gerou e/ou foi invadido por outras espécies de Estado Administrativo, algumas agressivas o suficiente para submeter e subverter a sua primeira configuração”. (MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado administrativo: de omissivo a hiperativo. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 3, n. 1, p. 153–179, 20 ago. 2017. <https://doi.org/10.21783/rei.v3i1.154>).

⁴ V., a respeito, MOREIRA, Egon Bockmann. A magna importância do Direito Econômico em tempos de crise. [s. d.]. Gazeta do Povo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/a-magna-importancia-do-direito-economico-em-tempos-de-crise/>. Acesso

O que se tem é uma *ressignificação* de instrumentos e tecnologias surgidas em outros tempos, que, sob outros pressupostos, se dá a partir das concepções presentes na ideia de função regulatória. Dois instrumentos jurídicos que passam pelo processo de ressignificação, de modo a servir a outras finalidades além daquelas para as quais foram explicitamente criados — e inclusive também passando a ser interpretados de acordo com novos pressupostos —, são a licitação e a contratação públicas.

Num primeiro momento, antes da tomada de consciência da função regulatória de harmonização e busca de equilíbrio, a licitação e o contrato celebrado pelo ente público tinham como razão de ser um único e exclusivo propósito: permitir à Administração Pública a aquisição de bens, serviços e insumos os mais variados de maneira minimamente eficiente, ou seja, tentando conjugar, de maneira ótima, com os menores custos de transação possíveis, qualidade e preço.

Mais recentemente, a partir da ascensão do modelo regulatório de Estado, a licitação e o contrato passam a ser vistos a partir de um outro prisma. Sem abrir mão do seu papel de instrumento de aquisição eficiente de bens e serviços, os procedimentos de compras públicas assumem, por exemplo, o caráter de instrumentos de promoção do desenvolvimento da indústria nacional. Não se trata apenas e tão-somente de obter contratos em termos vantajosos; trata-se também de usar a con-

tratação como instrumento de regulação econômica por meio do fomento à indústria nacional e também, no caso brasileiro, do fomento ao micro e pequeno empresário.⁵

Outra finalidade regulatória que ressignifica a licitação e o contrato é a sua utilização para fins de combate à corrupção e práticas desonestas no âmbito da Administração Pública e das empresas privadas.

Ao lado dos instrumentos tradicionais de combate à corrupção — instrumentos de persecução criminal, por exemplo —, a tomada de consciência da função regulatória faz com que a atuação estatal no campo negocial ganhe esse novo papel e sirva de ferramenta para a adoção, tanto no campo público como no

⁵ Por exemplo, o recém-eleito governo americano editou a Ordem Executiva de 25/01 (“Executive Order on Ensuring the Future Is Made in All of America by All of America’s Workers”), traçando diretrizes para o plano Buy American, que trata da utilização da licitação como ferramenta de fomento à indústria local: “Section 1. Policy. It is the policy of my Administration that the United States Government should, consistent with applicable law, use terms and conditions of Federal financial assistance awards and Federal procurements to maximize the use of goods, products, and materials produced in, and services offered in, the United States. The United States Government should, whenever possible, procure goods, products, materials, and services from sources that will help American businesses compete in strategic industries and help America’s workers thrive. Additionally, to promote an accountable and transparent procurement policy, each agency should vest waiver issuance authority in senior agency leadership, where appropriate and consistent with applicable law”. É um exemplo claro de utilização de um instrumento clássico do direito administrativo — a licitação pública ou, em inglês, o public procurement — segundo uma perspectiva regulatória: promover e apoiar o desenvolvimento da indústria local.

privado, de boas práticas e técnicas de *compliance*.

Por meio da contratação pública para a aquisição dos mais diversos insumos, o Poder Público indica ao setor privado a necessidade e importância do emprego de técnicas anticorrupção como forma de preservação da integridade e lisura, não apenas das compras públicas em si mesmas, mas do mercado como um todo. Esse tipo de estratégia contribui, espera-se, para um maior equilíbrio e harmonização dos interesses em jogo dos mais distintos *stakeholders*.

Especificamente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, diante dos escândalos que surgiram nos últimos anos, tornou-se necessário instituir um novo marco legal de combate à corrupção. Nesse sentido, foi editada a Lei nº 7.753/17, que cuida da instituição do programa de integridade nas empresas que contratam com a Administração Pública a partir dos valores monetários previstos no seu artigo 1º.⁶ A opção do legislador foi a de inclusão de cláusula no contrato com o objetivo, nos termos do art. 2º, de: (i) proteger a administração pública estadual dos atos lesivos que resultem em prejuízos financeiros causados por

⁶ Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

irregularidades, desvios de ética e de conduta e fraudes contratuais; (ii) garantir a execução dos contratos em conformidade com a Lei e regulamentos pertinentes a cada atividade contratada; (iii) reduzir os riscos inerentes aos contratos, provendo maior segurança e transparência na sua consecução; (iv) obter melhores desempenhos e garantir a qualidade nas relações contratuais. Observa-se, assim, que a função regulatória da licitação foi adotada como instrumento na promoção de práticas de anticorrupção e de *compliance*.

É importante perceber que não foi exigida a previsão no edital da licitação, seja para a habilitação, seja para eventual julgamento no caso de melhor técnica, quanto à adoção do programa de integridade. A obrigação é contratual, sem possibilidade de que a empresa contratada possa se insurgir após a celebração da avença. Inclusive, há previsão no art. 8º da Lei nº 7.753/17 de aplicação de multa no caso de descumprimento, de 0,02% do valor contratual por dia de mora, que poderá resultar na impossibilidade de contratação da empresa com o Estado do Rio de Janeiro até a regularização da situação.

No contexto do novo marco legal anticorrupção do Estado do Rio de Janeiro, no ano seguinte ao da promulgação da Lei nº 7.753/17, foram editados a Lei nº 7.789/18, que criou um novo sistema interno de controle do Estado – inclusive com o advento da Controladoria Geral do Estado (“CGE”) –, e o Decreto nº 46.366/18, que regulamentou no âmbito do Poder Executivo do

Estado do Rio de Janeiro a Lei nº 12.846/13, a denominada Lei Anticorrupção.

Os referidos marcos normativos introduziram a possibilidade de aplicação de instrumentos modernos para o combate à corrupção, como (i) a instauração de processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica pela prática dos atos lesivos constantes do art. 5º da Lei nº 12.846/13, sob a premissa da responsabilidade objetiva; (ii) o acordo de leniência, que tem como pilares a potencialização de formas de investigação, o compromisso de cessação da prática dos atos lesivos e o adiantamento de valores a título de indenização,⁷ bem como (iii) a adoção de programa de integridade.

Quanto ao programa de integridade, a sua definição encontra-se no art. 61 do Decreto nº 46.366/18, o qual dispõe que:

“(..) consiste no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades

⁷ O acordo de leniência também tem como objetivo assegurar o aprimoramento das práticas de controle interno da leniente, com o aperfeiçoamento do seu programa de integridade, de modo a evitar que novos atos lesivos sejam praticados, como se depreende do artigo 51, V, “b” e “c”, do Decreto nº 46.366/18. O acordo de leniência deve prever cláusulas que, além de disporem sobre as obrigações relativas à implementação do programa de integridade corporativa, também tratem do monitoramento do cumprimento desse importante compromisso, com a possibilidade de visitas das autoridades, apresentação de relatórios periódicos e fornecimento de informações, de modo preciso e tempestivo, por parte da empresa.

adotados no âmbito de uma pessoa jurídica e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública estadual”.

Os elementos a serem considerados pelas autoridades para avaliar o emprego dessas ferramentas são aqueles insculpidos no art. 62 do aludido diploma infralegal. Dentre outros, deverão ser considerados o apoio da alta administração para o programa, a implementação de canais de denúncias, o treinamento de funcionários e colaboradores, a existência de códigos de ética e de conduta, a realização de diligência em operações societárias dentre outros fatores. São basicamente os mesmos elementos constantes do art. 4º da Lei nº 7.753/17.

Nos termos do inc. XIV do art. 8º da Lei nº 7.989/18, caberá à CGERJ: “auditar as empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, objetivando aferir o cumprimento dos preceitos estabelecidos na Lei nº 7.753, de 17 de outubro de 2017”. Desta maneira, deve a CGERJ exercer a atribuição de monitorar a implementação dos programas de integridade junto às empresas sujeitas à incidência da Lei nº 7.753/2017.

Vale destacar que a Lei Anticorrupção isoladamente não traz qualquer obrigatoriedade para a implementação de

programas de integridade por parte das pessoas jurídicas que operam no Brasil. No âmbito da Lei nº 12.846/13, a menção a mecanismos e procedimentos internos de integridade é realizada somente quando são elencados os critérios que devem ser avaliados pela autoridade administrativa para a aplicação de uma penalidade. Assim, no plano legal federal, a existência das ferramentas que compõem os programas de *compliance* corporativo é considerada unicamente um elemento de dosimetria da pena administrativa.⁸ Por isso, não é possível a adoção isolada das normas que compõem o microsistema legal de combate à corrupção. Para a correta interpretação e aplicação da Lei nº 7.753/17, cumpre ser observado o marco legal do Estado do Rio de Janeiro, levando-se em conta também a Lei nº 7.989/18 e o Decreto nº 46.366/18.

A edição da Lei nº 7.753/17 é um passo importante para a reconstrução da relação da Administração Pública estadual com os seus contratados à luz da ética e boa-fé. Diante do descalabro

⁸ O arcabouço normativo da Lei nº 12.846/13 traz, ainda, outros incentivos, diretos e indiretos, para a adoção de eficientes modelos de compliance, especialmente quando considerado o elevado risco reputacional para as organizações que se envolvem em esquemas criminosos nos dias atuais. Com efeito, além da responsabilidade objetiva por atos ilícitos e o extenso alcance subjetivo das regras lá consubstanciadas, a Lei Anticorrupção prevê duras penalidades administrativas para os infratores, com multas que podem chegar a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica ou a sessenta milhões de reais. A responsabilidade de empresas sucessoras em operações societárias também encontra espaço na lei, juntamente com a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de abuso de direito ou fraude.

da corrupção que assola o Estado do Rio de Janeiro, tem-se uma medida de incentivo para que instrumentos modernos sejam aproveitados em torno de uma verdadeira parceria com a iniciativa privada. Cabe então a sua imediata aplicação em benefício da população fluminense.

15 COMPLIANCE NAS RELAÇÕES CORPORATIVAS

COMPLIANCE E A RESTAURAÇÃO DA DIGNIDADE NAS RELAÇÕES CORPORATIVAS

Cristina R. Oliveira

Advogada, Doutora em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra – Portugal; Mestra em Ciências jurídico-penais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Atua em casos relacionados ao respeito à Dignidade Humana e restauração das relações pessoais em ambientes corporativos. Atualmente é sócia de KMN Advogados

Karlis M. Novickis

Advogado pós-graduado em Adm. de empresas (Insper/SP), em Direito Penal (PUC/SP) e Direito Penal Econômico (Coimbra/PT). Atua em criminalidade corporativa e Compliance em diversos setores e Países. Atualmente é sócio de KMN Advogados, Membro do Comitê de Integridade da Petrobras e prof. do Insper/SP, da FGV/RJ e do IDP/DF

A necessidade do aprimoramento das culturas corporativas voltadas ao desenvolvimento de atividades empresariais dentro de padrões sustentáveis, que atendam a valores e princípios alinhados às normas legais – o que inclui afastar a incidência de prática de crimes pelo seu corpo profissional – faz com que a implementação de um programa de integridade deva ser a preocupação primeira de instituições realmente comprometidas em atuar de forma responsável, seja

pelo viés ambiental ou social, ou ainda em próprio benefício, quando em suporte a uma adequada estrutura de governança interna.

Entretanto, não é possível adentrar no tema da *compliance* – ou tratá-lo da mesma forma – sem atentar para as lições que a pandemia nos impôs no ano de 2020 (e que, por muitos anos, ainda nos proporcionará), que nos recordou de forma tão emergencial para a necessidade de reinventarmos e readequarmos as nossas relações sociais e corporativas.

Se foi preciso (re)aprender a exercitar o uso da empatia (especialmente ao admitirmos que o comportamento do outro pode nos afetar e nos adoecer e vice-versa) e da solidariedade como condutora dos nossos comportamentos, também parece evidente que o ambiente de incertezas que atingiu o mundo fez, também, todo os profissionais atuantes nas instituições vulneráveis aos novos desafios. Isso porque, problemas inéditos foram colocados diante de um risco imprevisto e desconhecido; perspectivas éticas foram postas à prova, regramentos legislativos de urgência foram criados e, sobretudo, o ambiente de trabalho e os modelos de atuação/regulação precisaram ser readequados às novas contingências.

Consequentemente, a crise acentuada pelo Covid-19 suscitou respostas rápidas e eficazes, frise-se, sem afastar a necessidade de que as ações fossem pautadas no compromisso social das empresas, uma vez que a excepcionalidade do mo-

mento não será justificava para a tolerância de condutas irregulares. Mais do que nunca, foi o momento de reforçar os pilares de governança das instituições e a responsabilidade que recai sobre cada profissional de agir dentro dos limites das leis e de valores éticos. Caso contrário, somada à crise financeira que grande parte das organizações já enfrenta, ainda haveria a crise ética e reputacional para suportar.

Nesse cenário, ressaltamos ser urgente a manutenção de um código de conduta ética sustentada naquilo que é importante para aquela corporação e seus públicos de interesse, e em procedimentos internos pautados pelo imperativo da humanização e dignidade das relações e da escuta ativa do seus os atores protagonistas.

Ao determos atenção aos recorrentes episódios que desconsideraram esse imperativo ético – a violência contra corpos negros e as recorrentes violações (físicas, morais e sexuais) às mulheres e pessoas LGBTQ+ (sejam essas trabalhadoras ou consumidoras de produtos e serviços), enfim, a violência de alguém contra outro alguém dentro do contexto corporativo – percebe-se que a indignação pública emergiu como sintoma de (muitas) estruturas corporativas que genericamente estão pouco adequadas e sensíveis aos cidadãos mais vulneráveis e periféricos da sociedade. Talvez por não ter constatado que o ser humano e sua dignidade deve estar claramente inserido como um público de interesse destas corporações.

Exatamente nesse sentido, estamos convencidos de que os programas de integridade devem providenciar estratégias mais inclusivas para o tratamento de conflitos correlacionados à atividade empresarial e que, criticamente, escutem as demandas insurgentes, reflitam e desconstruam o modelo que segrega o público por estarem sustentados em conceitos e modelos limitados (de características patriarcal, sexista e racista), para um modelo em que o *stakeholder* seja o Ser Humano e as relações corporativas sejam baseadas pelo respeito à sua dignidade.

Aponta-se a urgência na elaboração de modelos alternativos de resolução de conflitos no ambiente corporativo, nos quais se busquem restaurar as relações humanas em torno da dignidade. Nessa linha, pensamos que os conceitos e valores estruturantes de um modelo restaurativo de justiça podem também, frente às suas muitas nuances, ser instrumento adequado e útil às demandas do ambiente corporativo.

Mediante a filosofia que subjaz essa recente perspectiva (surgida na década de setenta no cenário internacional), as pessoas diretamente atingidas pelo comportamento ofensivo – tais como a vítima, o autor do fato e, inclusive, demais atores da sociedade – são convocadas para voluntariamente dialogar, sempre de forma respeitosa e não-violenta (Rosenberg, 2006) sobre os resultados que foram decorrentes daquela ação danosa, comunicando, assim, os seus desejos e as melhores formas de satisfação das suas necessidades. Ou seja, unindo os diversos

atores envolvidos em um evento danoso e toda a perspectiva que cada um pode trazer, busca-se identificar quais foram as causas para o problema ocorrido, para, com isso, melhor entender como solucioná-lo.

Entretanto, para assim proceder de forma vertical e democrática, é imperioso o comprometimento dos atores de empresas públicas ou privadas, sejam eles líderes de outras pessoas, quando em posição de Direção ou Gerência, ou como líderes de si próprios, em qualquer atividade da corporação, na transformação das formas de comunicação que foram adotadas e obtiveram pouco sucesso, para, na sequência, promover o efetivo engajamento de todo o seu corpo profissional.

Há uma demanda de transparência e horizontalidade nas relações, viabilizada pelo uso de métodos de comunicação claros, objetivos e diretos, que promovam o respeito e a escuta comprometida de todos os colaboradores. E isso pode ser implementado de várias formas, seja na condução de reuniões diretamente com suas equipes, ofertando novas metodologias de treinamento, promovendo palestras, campanhas de conscientização sobre temas invisibilizados (como a discriminação racial e de gênero), ou quaisquer outros tipos de investimentos (presenciais ou virtuais, em tempos de pandemia) que abram um espaço de diálogo entre os profissionais e as lideranças da empresa.

A opção por metodologias que promovam a comunicação

não-violenta tem importante função no mundo corporativo – extremamente competitivo! – porque resulta no “(. . .) aumento de pessoas mais adultas, mais engajadas, com mais protagonismo e *accountability*. Essas pessoas criam um clima organizacional de maior diálogo e lidam melhor com os conflitos e as divergências, tendo em conta que eles são benéficos para o desenvolvimento de um ambiente mais produtivo e de busca de excelência e diversidade” (Scherer, 2020: 53).

Nesse sentido, é urgente a construção de pontes comunicacionais entre os atores do espaço corporativo que respeitem a representatividade nos espaços de poder e decisão: não sem razão, a criação de comitês (de crise ou não) deve prezar, na sua constituição, pela paridade de gênero, de raça (tendências globais, frise-se) e de modelos mentais e experiências de forma a desconstruir estereótipos que replicam a inferioridade e/ou incapacidade desses atores sociais.

Construir oportunidades de diálogos com uma diversidade de agentes em que todos reconhecem as suas competências e habilidades faz com que, de forma mais horizontal, a gestão de crises e de conflitos corporativos seja mediada por sujeitos com diferentes trajetórias e perspectivas, contemplando múltiplas realidades sociais e culturais, privilegiando-se a avaliação dos problemas por diversos prismas e, com isso, aumentando-se as chances de uma solução efetiva.

Do contrário, como se imagina ser possível pensar em

políticas de fomento à igualdade de gênero, quando as mulheres não estão ocupando os espaços de decisão e opinião na construção dessas ações? Como desenvolvemos políticas afirmativas sem sujeitos negros/as com voz ativa para a discussão, construção, gestão e implementação das estratégias?

Aqui, defendemos a utilização de criativas ferramentas para a resolução de “*conflitos internos, para formar times de alto desempenho e aumentar a produtividade de departamentos ou para viabilizar o diálogo com stakeholders sobre diversidade e sustentabilidade*”, com o propósito de enriquecer o nosso modelo corporativo e, portanto, sua sustentabilidade, cientes de que o maior ganho surge quando os “líderes conseguem conduzir uma transformação cultural ao compreender a visão sistêmica: atendendo às próprias necessidades, às do time e às de cada colaborador, e sobretudo às dos clientes, da sociedade e da empresa” (Scherer, 2020: 55), ou seja, dos Humanos e o inegociável Respeito à Dignidade de Todos Nós.

16 A LOOK BEYOND THE FCPA

THE EXTRATERRITORIAL REACH OF OTHER U.S. CRIMINAL LAWS TO FINANCIAL CRIMES IN LATIN AMERICA

Fernando Ferreira Pastore

Lawyer at Jones Day

Robert Huie

Lawyer at Jones Day

16.1 More than the FCPA

Companies and executives of multinational companies based in Brazil and elsewhere in Latin America generally tend to be familiar with the essential aspects of the United States' Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Among other things, the FCPA prohibits companies and individuals from paying bribes to foreign – that is, non-United States – government officials to obtain or retain business. The FCPA is one of the primary U.S. criminal statutes that has been vigorously applied by U.S. prosecutors in connection with misconduct taking place in Latin America. The record-breaking 2018 settlement between the U.S. Department of Justice (DOJ), the U.S. Securities & Exchange

Commission (SEC) and Petrobras for USD 1.78 billion in penalties, disgorgement, and interest is just one example of the U.S. government's aggressive approach to international anti-corruption enforcement.

However, there are other U.S. criminal laws, less well-known in Latin America, that likewise reach people, companies, and conduct outside the United States. This is the case with U.S. anti-money laundering and wire fraud statutes.

In the United States, the prosecution of federal criminal laws is handled by the DOJ, either at its headquarters component in Washington D.C., known as "Main Justice," or by the 93 U.S. Attorneys' Offices located in geographic "districts" throughout the country. Main Justice's Criminal Division contains specialized units of prosecutors – including the Fraud Section, which prosecutes various types of fraud as well as violations of the FCPA; and the Money Laundering and Asset Recovery Section, which prosecutes money laundering. The U.S. Attorneys' Offices have jurisdiction to file charges in their respective federal districts. For non-FCPA financial crimes like money laundering or wire fraud, U.S. Attorneys' Offices may undertake investigations and prosecutions – including ones involving conduct or persons outside the United States – largely independently from Main Justice.

Over the past several years, there has been increasing cooperation between law enforcement authorities in the United

States and their counterparts in various regions of the world, including Latin America. Last year, for example, the Federal Bureau of Investigation (FBI) announced the creation of an International Corruption Squad based in its Miami Field Office. This squad, like similar units in Los Angeles, New York, and Washington, is designed to partner with foreign law enforcement and investigate “criminal acts occurring outside U.S. borders but having a nexus to the U.S.” The Miami-based squad is expected to look closely at conduct in Latin America. In September 2020, the squad was mentioned in a DOJ press release announcing criminal charges against a Mexican oil trader who allegedly engaged in a conspiracy to pay and conceal bribes to Ecuadorian officials.

Notably, the international cooperation works in both directions. In November 2020, the DOJ announced the seizure in the United States of virtual currency worth an estimated USD 24 million on behalf of the Brazilian government. The seizure took place in connection with a Brazilian federal police investigation, code-named Operation Egypto, in which the defendants allegedly defrauded investors in connection with soliciting funds for investment in cryptocurrencies. The seizure was undertaken in the United States pursuant to a U.S. court order obtained by the DOJ at the request of Brazilian law enforcement authorities, based on the mutual legal assistance treaty between the U.S. and Brazil. Such treaties have been an important tool frequently used

by authorities in both countries as means to formally gather evidence abroad and ensure its admissibility in court.

In light of the interest taken by U.S. prosecutors in investigating and pursuing conduct outside the United States, and also in light of those prosecutors' close cooperation with counterparts in Brazil and Latin America, companies in the region should be alert to the expansive use of U.S. criminal statutes beyond the FCPA when assessing corporate risks, and should tailor corporate compliance programs accordingly to help prevent and promptly detect any misconduct. Indeed, regularly reviewing compliance programs and accounting for new risks are actions in line with the DOJ's June 2020 "Evaluation of Corporate Compliance Programs," which describes the "capacity to improve and evolve" as one hallmark of an effective compliance program. This is particularly important to bear in mind because the adequacy and effectiveness of a company's compliance program, among other factors, is typically taken into consideration by the DOJ when deciding whether to prosecute the company. Additionally, adequately managing risks also enables companies to swiftly identify and remediate misconduct, and potentially benefit from a timely disclosure of the misconduct to U.S. or non-U.S. law enforcement authorities.

This article examines two sets of U.S. criminal statutes that have been recently enforced by U.S. prosecutors against companies and individuals based on conduct that took place

outside of the United States, particularly in Latin America: the money laundering statutes, and the mail and wire fraud statutes.

16.2 Extraterritorial reach of US anti-money laundering statutes

Under U.S. federal law, there are two criminal money laundering statutes: Sections 1956 and 1957 of Title 18 of the U.S. Code. These statutes are complex, and they overlap in the conduct that they prohibit, albeit using some different terminology. Section 1956 refers to “*financial transactions*,” while Section 1957 refers to “*monetary transactions*” Both terms contain lengthy, multi-part definitions; and each term includes, among other things, virtually any transaction involving a U.S. financial institution.

Section 1956 prohibits conducting or attempting a financial transaction involving the proceeds of “specified unlawful activity” – that is, involving the proceeds of one or more crimes listed in the statute, including violations of the FCPA or the mail and wire fraud statutes – knowing that the property involved represents the proceeds of illegal activity, and with either the intent to promote a specified unlawful activity, or the knowledge that the transaction is designed to disguise the source, ownership, or control of proceeds of specified unlawful activity. A separate provision of Section 1956 prohibits

transferring funds to or from the United States with the intent to promote a specified unlawful activity, or with the knowledge that the funds are unlawful proceeds, where the transfer is designed to disguise the source, ownership, or control of proceeds of specified unlawful activity. Still another provision of Section 1956 provides for similar criminal liability where the funds involved are not in fact criminal proceeds, but are falsely represented by a law enforcement officer (acting undercover, for example) to be criminal proceeds.

In turn, Section 1957 prohibits knowingly engaging in or attempting a monetary transaction in criminally derived property, in a value exceeding USD 10,000, that is derived from specified unlawful activity. The authors emphasize that both of these statutes contain more detail and nuances than are described in this article.

U.S. courts frequently consider the issue of which criminal statutes apply “extraterritorially” (i.e., to conduct that occurs outside the territory of the United States) and which apply only “domestically” (i.e., to conduct that occurs within the United States). The U.S. Supreme Court has held that in interpreting criminal statutes, courts presume that those statutes only apply domestically, unless the statute gives a clear indication that it applies extraterritorially.

Each of the two money laundering statutes expressly addresses its own extraterritorial application, and the two statutes

are different in their approach. Section 1956 provides jurisdiction over conduct committed by a U.S. citizen anywhere in the world; or in the case of a non-U.S. citizen, over conduct that occurs in part in the United States. The transaction or series of transactions must involve funds exceeding USD 10,000. Section 1957 applies extraterritorially to conduct committed by a “U.S. person,” which in turn includes (among other categories) U.S. citizens, resident aliens, and U.S. corporations and their foreign subsidiaries. Either statute can also be charged under a theory of conspiracy.

In practical terms, virtually any use of a U.S. financial institution in connection with a money laundering scheme – whether the use was made by the defendant or by the defendant’s co-conspirator – will be sufficient to trigger U.S. criminal jurisdiction.

For example, in 2019, federal prosecutors filed charges in Miami against two Colombian businessmen, alleging that they agreed with others to launder the proceeds of a bribery scheme from bank accounts located in Venezuela to and through bank accounts located in the United States. The indictment alleged that the two defendants obtained a contract with the Venezuelan government to build low-income housing units, and that defendants and their co-conspirators thereafter submitted false import documents for goods that were never imported into Venezuela, and bribed Venezuelan officials into approving those documents. The indictment further alleged that the defendants’

co-conspirators had meetings in Miami in furtherance of the scheme, and that the two defendants transferred approximately USD 350 million out of Venezuela, through the United States, to overseas accounts they owned or controlled. The indictment did not charge the defendants themselves with violating the FCPA – only with laundering money and conspiring to launder money – and did not allege that the defendants themselves ever set foot in the United States. The charges are pending, being prosecuted by the U.S. Attorney’s Office in Miami working together with Main Justice’s Fraud Section.

Jurisdiction may extend even to financial transactions between non-U.S. banks, where those transactions involve the use of correspondent accounts at U.S. banks. In 2016, the founder of Liberty Reserve, a global digital currency business, was sentenced to 20 years in prison after his guilty plea on one count of conspiring to commit money laundering. The indictment alleged that Liberty Reserve operated one of the world’s largest and most widely used digital currencies, and that the defendant in fact designed Liberty Reserve to appeal to online criminals by allowing users to move money anonymously. The indictment also alleged that the defendant moved Liberty Reserve’s operations to Costa Rica to escape the reach of U.S. law enforcement, and that the defendant even renounced his U.S. citizenship. Before pleading guilty, the defendant moved to dismiss the charges for a lack of any connection to the United States, arguing that his

conduct and Liberty Reserve's operations took place wholly outside the United States. The court denied the motion, citing among other allegations that the defendant moved funds from a Costa Rican bank account held by Liberty Reserve through a correspondent bank account in the United States. This case was prosecuted jointly by the U.S. Attorney's Office in Manhattan and Main Justice's anti-money laundering section, and the prosecutors emphasized their cooperation with law enforcement authorities in Costa Rica, Spain, the Netherlands, Sweden, and Switzerland.

It also noteworthy that under the U.S. statutes, the "specified unlawful activity" underlying a money laundering charge can be based on certain violations of foreign law, including bribery and bank fraud. In other words, a defendant can be charged with money laundering where the funds at issue are proceeds of these foreign crimes, even if the funds are not proceeds of crimes under U.S. law. It should be noted that U.S. prosecutors can charge money laundering without also charging the underlying or predicate crimes.

16.3 Extraterritorial reach of U.S wire fraud statute

While the U.S. money laundering statutes expressly describe their own extraterritorial application, even U.S. crimes that are not expressly "extraterritorial" can still reach conduct

taking place far beyond U.S. borders. Such is the case with U.S. mail and wire fraud statutes, which are the fraud statutes most frequently used by U.S. federal prosecutors. These two statutes are very similar in their application; the principal difference is that one offense requires the prosecution to prove a mailing, while the other requires proof of an interstate or international “wire,” including a telephonic or electronic communication. A case decided this summer by the U.S. Court of Appeals in New York, *United States v. Napout*, demonstrates the broad reach of such laws.

The *Napout* case, prosecuted by the U.S. Attorney’s Office in Brooklyn, New York, involved the appeal of two persons convicted in connection with the FIFA bribery scandal. One defendant was the former president of Paraguay’s national football federation, while the other was the former head of the Brazilian national soccer federation. The two defendants allegedly participated with others in a scheme to accept millions of dollars in bribes from sports media and marketing companies, in exchange for granting broadcasting and marketing rights for football tournaments. The defendants were not charged with violating the bribery statutes, but instead with conspiring to commit wire fraud. Under a theory known as “honest services” wire fraud, the indictment alleged that the defendants violated their fiduciary duties to their employers by accepting bribes. That is, they defrauded their employers by preventing those employers

from receiving their “honest,” or bribe-free, services.

On appeal, the defendants claimed that the wire fraud statute did not apply to their conduct outside the United States. One defendant posed the question: “By what authority does the United States purport to police the relationship between a Paraguayan employee and his Paraguayan employer, and an alleged scheme involving South Americans that took place almost entirely in South America?” The defendants also claimed that the acts at issue – which amounted to commercial bribery, rather than bribery of a public official – were legal under the laws of the South American countries in which those acts were committed.

The Court of Appeals agreed that the federal wire fraud statute applied only “domestically,” not “extraterritorially.” But the court determined nonetheless that there were sufficient acts within the United States to affirm the convictions. One defendant received payments in his bank account in New York, and used a debit card associated with that account; the other defendant received cash bribes derived from U.S. bank accounts, that had been wired to a money changer in Argentina before being delivered by hand. The court also mentioned gifts – like concert tickets and the use of a vacation house – that were paid for with money wired from a U.S. bank account. Because the payment of bribes to each defendant involved the use of wires within the U.S. banking system, the defendants could be convicted based on a

“domestic” application of the wire fraud statute.

The Court of Appeals also rejected the defendants’ argument that they were wrongly denied the opportunity to present evidence at trial that the payments were legal under the laws of Paraguay and Brazil. The court explained that the defendants’ fiduciary duties to their employers were not based on the laws of Paraguay and Brazil, but were based on the codes of ethics of FIFA and South American Football Confederation, of which the defendants were members.

16.4 Conclusion

Although enormous settlements in FCPA cases draw headlines in the U.S. and Latin America, there are other U.S. criminal statutes – including money laundering, and mail and wire fraud – that are frequently applied extraterritorially to reach companies and persons outside the United States. Federal prosecutors in Washington D.C. and in U.S. Attorney’s Offices across the country use these statutes aggressively against non-U.S. companies and their executives. They do so with in conjunction with various U.S. law enforcement agencies, including FBI and its international corruption squads; as the FBI states on its web site, these squads focus on schemes that “are international matters with the overt criminal acts typically occurring outside U.S. borders.” Increasingly, these cases also

involve close cooperation between U.S. and non-U.S. law enforcement authorities.

Particularly when the U.S. banking system is involved with misconduct covered by the U.S. criminal statutes discussed in this article, U.S. courts can and do exercise criminal jurisdiction over criminal prosecutions brought by U.S. prosecutors. It is highly recommended for companies and their executives operating out of Brazil and elsewhere in Latin America – who are navigating compliance with the laws of the countries in which they are located and conduct business – to be well aware of the range of U.S. criminal statutes beyond the FCPA, as well as the enforcement practices of U.S. authorities and their non-U.S. counterparts. Such information can enable companies to organize and conduct their affairs in accordance with applicable legal requirements and, more specifically, to design and update their compliance programs to account for the risk of misconduct – such as money laundering or commercial bribery – that can give rise to criminal liability and related legal, financial, and reputational harm.

The views and opinions set forth herein are the personal views or opinions of the authors; they do not necessarily reflect views or opinions of the law firm with which they are associated.

17 ESG (ENVIRONMENTAL, SUSTAINABILITY AND GOVERNANCE)

Patricia Punder

Compliance, Governance, Risk, ESG, Diversity and Legal Advisor

Faz anos que a sociedade está pedindo que as empresas tenham um propósito social. Sem um senso de propósito, nenhuma empresa, aberta ou fechada, pode atingir seu real potencial.

O tripé governança, meio-ambiente e sustentabilidade trata-se de uma evolução no pensamento/filosofia da economia, conforme será exposto no item II a seguir. Trata-se do novo capitalismo, que gerou mudanças na mentalidade dos consumidores e acionistas, pois se antes a preservação e rentabilidade do patrimônio eram os dois temas centrais nas conversas ou reuniões nas empresas, hoje, os consumidores e acionistas querem entender como este ganho foi gerado e qual o impacto para ao futuro da sociedade.

Ademais, a pandemia marcou um ponto de inflexão, refletido no fluxo de recursos para investimentos que seguem os princípios ESG (sigla em inglês de ambiental, social e governança corporativa). Temos de olhar para o E, mas também para o S e o G.

Não basta mais dar lucro e pagar dividendos, as empresas possuem a obrigação de compartilhar informações de forma

transparente, precisa e com integridade ao divulgar seus balanços contábeis e relatórios aos investidores. Como também os mencionados relatórios devem conter as informações sobre como o lucro atingido será revertido, ou seja, não somente para os acionistas, mas para programas voltados ao desenvolvimento da sociedade em geral.

Sendo assim, perguntas que antes não eram realizadas agora fazem parte do cotidiano da Alta Direção das empresas, tais como: como atingimos esta meta? Foi atingida de forma ética? Os riscos socioambientais foram avaliados durante a tomada de decisão? Houve algum dano ambiental? Conseguimos gerar mais investimentos e reverter para a sociedade?

As empresas precisam da confiança de seu acionista e da sociedade, pois caso ocorra uma crise que não tenha sido bem administrada, com certeza existirá o abalo na confiança e, conseqüentemente, acionistas e sociedade irão deixar de acreditar no discurso da empresa. Financeiramente, além das eventuais multas, também poderá ocasionar um forte movimento de impacto negativo nas ações existentes na bolsa de valores.

O mundo está cada vez mais conectado e temos uma enxurrada de informações disponíveis na internet e mídias sociais. Existem mídias sociais de fontes confiáveis, assim como um movimento intenso de “*fake news*” propagados por fontes não éticas e, muitas vezes, com interesses escusos de manipular a sociedade em determinada direção.

As companhias têm que ficar cada vez mais atentas a este fenômeno, pois a sociedade utiliza-se destas ferramentas para decidir se irá investir ou não em determinada empresa. Campanhas de *marketing* grandiosas não tem mais o mesmo alcance do passado. Propagandas sobre empresas que, de fato, não possuem um comportamento voltado para o meio-ambiente, sustentabilidade e governança são vistas pela sociedade com total descrédito.

Trata-se de uma evolução, ou quem sabe de uma “revolução”, não apenas econômica, mas também na forma como as empresas irão incluir em seus negócios os controles necessários para resguardar o meio ambiente, sustentabilidade e governança. As empresas estão diante não apenas de uma nova estratégia, mas de um diferencial competitivo no mercado, que poderá garantir o futuro dos negócios no mundo.

17.1 Histórico

17.1.1 Capitalismo

Historicamente, o capitalismo ganhou ímpeto quando a sociedade percebeu que a economia poderia crescer, diferentemente do longo período de estagnação econômica observada durante toda a época medieval.

Em 1776, Adam Smith, em a Riqueza das Nações apresentou o conceito de que um comerciante ou um empresário

reinvestindo os lucros excedentes ao que precisasse para manter sua família poderia fazer seu negócio crescer e aumentar ainda mais seu lucro. Este indivíduo agia egoística e racionalmente e isso era a melhor maneira de gerar riqueza para a sociedade. O mercado é a base da economia moderna, que prevalece até os dias atuais.

Do ponto de vista da forma, o sistema capitalista estabelece o “espírito animal”, empreendedor e tomador de risco do ser humano. Este sistema gerou enorme crescimento, avanço tecnológico e inclusão, mas, de tempos em tempos, gerou também diversas crises e períodos recessivos. Mas isto faz parte do jogo. O lado perverso é aquele em que o forte explora o fraco.

Lembremos da crise financeira de 2008, que foi gerada pelo ambiente de juros baixos e pela falta de regulamentação adequada no mercado imobiliário e bancário. Tudo em nome do “*laissez-faire*”, ou seja, o mercado se autorregula sem a intervenção do Estado na economia.

17.1.2 Visão Liberal

O século XX é repleto de trabalhos marcantes de diversos pensadores das ciências sociais que foram moldando e aperfeiçoando o pensamento liberal. Importante destacar a Escola Austríaca, que foi fundada com o trabalho de Carl Menger (1840 – 1921).

Outro expoente desta escola é Ludwig Von Mises, que elaborou a concepção de que as leis econômicas derivam do fato do ser humano ser um agente que, por lógica, iria sempre buscar o seu maior conforto em relação ao estado imediatamente anterior. Desta maneira, somente a sociedade livre seria capaz de garantir verdadeiramente a mobilidade social, a tolerância e a igualdade enquanto o socialismo não seria capaz de ter sucesso prático por impedir que os recursos fossem alocados em investimentos mais produtivos.

Finalmente, gostaria de lembrar de um outro expoente liberal – Milton Friedman – professor da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel de Economia, que desenvolveu a teoria macroeconômica denominada de monetarismo. Este professor publicou um artigo importante, o qual se tornou marco para o mundo corporativo, cujo título já dizia muito – “A Responsabilidade Social das Empresas é Aumentar seus Lucros”. Diz certo trecho:

“Existe uma e somente uma responsabilidade social do negócio – usar seus recursos e engajar-se em atividades designadas para aumentar seus lucros contando que permaneça dentro das regras do jogo, ou seja, engajar-se em aberta e livre competição sem engano ou fraude. ”

17.1.3 Função Social Corporativa Liberal

O economista de Chicago – Milton Friedman – em seu artigo defendia que o negócio não poderia ter responsabilidade social por não ser um indivíduo em si e que os executivos eram somente agentes dos donos ou sócios da empresa, tendo única e exclusivamente que agir conforme os desejos desses, que em geral eram que o negócio gerasse o maior lucro possível, desde que seguindo as leis e a ética incorporada pelos costumes da sociedade. Ele argumentava que o acionista tinha discricionariedade de utilizar parte ou a totalidade dos dividendos que recebia para fazer o que bem entendesse, como investir em ações de proteção ao meio ambiente, por exemplo.

Segundo o economista Oliver Hart, no modelo de Milton Friedman existe uma separação entre as atividades do negócio e as questões éticas e de costumes. Devido esta separação, o economista Oliver Hart considerava que os acionistas eram livres para usar seus dividendos da forma que melhor julgassem. Portanto, caso os acionistas se importassem com questões ambientais, por exemplo, os mesmo que estivessem dispostos a pagar por isso com seus dividendos.

17.1.4 Capitalismo dos Acionistas

Quando o presidente da empresa AT&T – Randall Stephenson – se reuniu com seus pares, que representavam as

empresas mais ricas dos Estados Unidos em 2019, foi assinado um documento denominado “Business Roundtable Pledge on the Purpose of a Corporation”. Os signatários deste documento se comprometiam a não somente olhar para os interesses dos acionistas, mas também da sociedade.

Apesar do compromisso acima exposto, 2 (dois) meses depois a empresa AT&T iniciou um plano de redução de custos, priorizando os dividendos e a recompra de ações pelos acionistas, sucumbindo a pressão de um banco de investimentos. Foram eliminadas 23.000 (vinte e três mil) posições e com isso os dividendos pagos aos acionistas subiram 2% (dois por cento).

O exemplo acima demonstra que a decisão foi o lucro devido ao corte de posições e não derivado de maiores vendas de serviços. Não houve inovações ou investimentos na empresa para que houvesse um incremento nas vendas. O que aconteceu foi uma geração de lucro falsa, baseada no corte de custos fixos, visando dar maior lucratividade aos acionistas da empresa.

O primeiro ministro da Bélgica – Alexandre De Croo – defendeu em Davos/2021 uma revisão da origem da riqueza econômica. Segundo o mesmo, nenhuma conquista do setor privado, desde o iPhone até a Alexa, acontece sem alguma ajuda dos Governos. O mesmo defende que não seria possível compartilhar riquezas se não admitirmos que a criamos coletivamente. Ou seja, devemos pensar na direção do investimento público e em maneiras de como ele pode contribuir

para o desenvolvimento empresarial, em um ambiente livre de corrupção.

O CEO do PayPal – Dan Schulman – também durante debate no fórum de Davos/2021 conclamou que o setor privado a trabalhar em conjunto com Governos e chamou a ideia de que lucro e responsabilidade social não podem andar juntas como “ridícula”. Segundo o mesmo, as duas coisas devem andar sempre juntas.

17.1.5 Novo Capitalismo/Capitalismo dos *Stakeholders* (sociedade)

Quanto mais uma empresa mostrar propósito e entregar valor aos clientes, aos funcionários e à comunidade, mais ela será capaz de competir e entregar lucros consistentes e de longo prazo aos seus acionistas.

A própria Lei das S/A do Brasil, artigo 116, parágrafo único, definiu: “O acionista controlador tem deveres e responsabilidades para os demais acionistas da empresa, os que nela trabalha e para com a comunidade em que nela atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e entender.”

Dessa forma, a visão definida pelo novo capitalismo é que o propósito e o lucro de uma companhia estão intrinsecamente ligados. Ao estar conectadas a todos os seus stakeholders – não apenas aos acionistas, criar uma rede de confiança com eles e

agir com propósito, as empresas se tornam capazes de entender as mudanças que estão acontecendo no mundo e de responder a elas.

Ademais, vale ressaltar a carta do CEO da empresa de investimentos BlackRock, Larry Fink, enviada aos seus acionistas em 2019, onde o mesmo comenta: . . . Propósito não é só um slogan ou uma campanha de marketing: é a razão fundamental para a existência de uma empresa.

Somando-se a tudo isso, surgiu a pandemia em 2020. Tal fato nos ensinou de maneira violenta a interdependência que temos como nações, indivíduos e empresas. Se isso for verdade, a empresa do futuro seria aquela que cuida de todos, não somente do acionista. Isto certamente coloca em xeque o sistema capitalista tradicional.

Além disso, a pandemia trouxe debates sobre a renda e empregabilidade mundial, com movimentos pela estabilidade no trabalho. Outro ponto aplicado ao Brasil, seria a questão da governança, que ganhou atenção e notoriedade pelos escândalos de corrupção, como aqueles divulgados pela Operação Lava Jato. O tripé governança, meio-ambiente e sustentabilidade representam a evolução ou a “revolução” do processo da filosofia do capitalismo e será a base do novo capitalismo do futuro, onde deve existir o entendimento que o papel de uma empresa deve ser a maximização do valor para todos da sociedade e não somente para acionistas ou parte dos acionistas.

Reforça o racional acima a afirmação do presidente executivo da Microsoft, Satya Nadella, após em resposta ao movimento *Black Matter*, ocorrido em 2020 nos Estados Unidos, “. . . todos nós, começando por mim e pelos líderes seniores da empresa tem um papel a desempenhar. Não podemos acordar episodicamente quando ocorre uma nova tragédia. Um problema sistêmico requer uma resposta holística. ”

Antes considerados como agentes de promoção econômica, as empresas estão se tornando agentes de promoção de bem-estar social. Nesta nova postura, os números, por si só, não garantem o desenvolvimento de uma boa estratégia.

Realmente será preciso pensar, inclusive, no que significa bem-estar social e como as empresas podem contribuir para melhorar este indicador.

17.2 ESG no Brasil e no Mundo

A função social da empresa e a preocupação com o meio-ambiente faz parte do arcabouço jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988. Não estamos diante de um novo tema. Em realidade, o legislador já definiu a importância destes dois temas faz muitos anos. A questão crucial aqui seria que os mesmos não foram levados a sério ou não existiu preocupação em relação aos mesmos pela sociedade.

Qual o significado de função social da empresa no

Brasil? Significa que o papel das empresas é muito mais que um gerador de lucros, mas também tem outras responsabilidades perante a sociedade, como por exemplo: gerar mais empregos, pagar impostos, fazer investimentos, contratar fornecedores. Enfim, ajudar no desenvolvimento social e econômico de uma determinada região no qual está localizada.

As empresas fazem a economia girar ou permanecerem aquecidas. Empregos geram renda, com isso temos mais consumo e, conseqüentemente, incremento na produção. Ou seja, existe todo um ecossistema econômico por traz de uma empresa que afeta diretamente a economia de uma cidade, estado e de um país. Conforme a definição do Instituto ETHOS3 (2008), a reponsabilidade social empresarial pode ser compreendida como uma forma de gestão caracterizada por uma relação ética e transparente da organização com o público com o qual a empresa se relaciona, estabelecendo metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, conservando recursos ambientais e culturais para as futuras gerações.

A função social da empresa está interligada no conceito de governança corporativa. Sem uma boa governança esta função não pode ser cumprida. Para colocar a mesma em pratica, os líderes devem ser conscientes das responsabilidades de suas empresas na solução de problemas imprescindíveis, como a retomada econômica pós-crise da pandemia, o combate ao racismo, questões relacionadas a desigualdade de gênero,

aquecimento global e a desigualdade social.

A governança das empresas tem mudado e alguns comportamentos que eram tolerados, hoje não são mais aceitos. Posto isto, é muito importante demonstrar para o mercado e aos investidores que a empresa é sustentável, possui uma cultura ética e é transparente.

Isso significa que as práticas da governança corporativa não devem buscar o lucro a qualquer custo, mas sim satisfazer todas as partes interessadas no negócio. Essas partes são os gestores e colaboradores (partes interessadas internas) e também fornecedores, investidores, credores, órgãos públicos e comunidade impactada pelas ações da empresa (partes interessadas externas). O compromisso com os interesses de todos esses grupos de pessoas demanda que a governança corporativa seja também um sinônimo de transparência. Porque as boas práticas pedem que as informações sobre o negócio sejam disponibilizadas para os *stakeholders*.

Ou seja, em primeiro lugar, as empresas devem evitar a conveniência da superficialidade. Será preciso fazer o que se fala, arrumar primeiro a casa. Os instrumentos para isto estão definidos na governança inclusiva e suas respectivas métricas.

Quanto ao meio-ambiente, a questão da preservação dos recursos naturais foi algo muito reforçado na Constituição Federal. Cita o artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e

essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

O supracitado artigo não exime as empresas de também defender e preservar o meio-ambiente, ao contrário, estabelece que toda a “coletividade”, ou seja, sociedade, cidadãos e empresas são responsáveis por garantir que as futuras gerações tenham direito e acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Infelizmente, não temos visto muito exemplos reais deste dever sendo exercido.

O lixo tem sido jogado nas ruas, rios, praias e matas pelos cidadãos. Muitas empresas não possuem programas efetivos de preservação do meio ambiente e acabam causando desastres horríveis, incluindo mortes de milhares de pessoas, devido a busca abusiva do lucro. Ou então, criam esquemas de fraudes internacionais, por meio de veículos considerados como “verdes”, quando na realidade são muito mais poluentes que os veículos normais.

Entretanto, temos movimentos globais em andamento visando proteger o meio ambiente. O Acordo de Paris é um tratado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), que rege medidas de redução de emissão de gases estufa a partir de 2020, a fim de conter o aquecimento global e reforçar a capacidade dos países de responder ao desafio, num contexto de desenvolvimento

sustentável. O acordo foi negociado em Paris durante a COP21, e aprovado em 12 de dezembro de 2015. Muito países aderiram ao mesmo, outros ainda buscam fugir de suas responsabilidades.

Um exemplo incrível da consciência da nova geração em relação ao meio ambiente, veio da Suécia. Em 20 de agosto de 2018, Greta Thunberg, cursando o nono ano, decidiu não frequentar a escola até as eleições gerais de 2018 na Suécia, em 9 de setembro, depois de ondas de calor e incêndios na Suécia. Seus pedidos foram que o Governo da Suécia reduzisse as emissões de carbono, de acordo com o Acordo de Paris, e protestou sentando do lado de fora do Riksdag todos os dias, durante o horário escolar com o sinal de “*Skolstrejk för klimatet*” (de greve da escola peloclima).

Em 4 de dezembro de 2018, Thunberg abordou a COP24 das Nações Unidas para a cúpula das alterações climáticas. Em sua declaração para o COP24 em 12 de dezembro de 2018[18] na assembleia plenária, observou:

“Você só fala de crescimento econômico eterno verde porque você está com muito medo de ser impopular. Você só fala em seguir em frente com as mesmas ideias ruins que nos meteram nessa confusão, mesmo quando a única coisa sensata a fazer é puxar o freio de emergência. Você não é maduro o suficiente para dizer como é. Mesmo esse fardo você deixa para nós, filhos.”

Apesar de ter sido muito criticada por líderes mundiais e até sofrer uma tentativa de ser desacreditada nos meios virtuais,

este foi o primeiro chamado de consciência ambiental trazido pela nova geração, cuja visão estabelece que o modelo antigo do Capitalismo não seria o mais adequado para garantir a existência das novas gerações. Segundo a autora da frase, o mundo econômico, principalmente as empresas, estão sendo questionadas sobre os rumos de suas estratégias de negócios, ou seja, qual a estratégia ética da empresa.

O papel da Ética Empresarial em relação à sustentabilidade deve ir além de meros dados estatísticos ou o chamado “*marketing* verde”, hoje utilizada como mera propaganda publicitária. Essa Ética deve resgatar valores morais que respeitem a vida, valorizem a dignidade humana, o bem-estar e não só de si mesmo, mas do outro.

Deve emanar a ideia de consumo dos recursos de forma racional e responsável, políticas públicas responsáveis de instrução e educação social, respeitando o direito à vida de outras espécies de seres vivos em geral, pois não somos os únicos “condôminos” deste planeta. Condôminos, pois vivemos em uso comum do meio ambiente. Meio ambiente este em que nós mesmos fazemos parte como membro-espécie integrante, desta forma, o cidadão deve recorrer ao judiciário sempre que reconhecer um direito lesado ou prejudicado por alguma ofensa ao seu direito a um meio ambiente equilibrado, pois “o direito não socorre os que dormem”.

Tendo em vista o disposto acima, conseqüentemente,

quando falamos no conceito de sustentabilidade, o mesmo abrange 3 dimensões distintas. Existe a sustentabilidade ambiental já comentada nos parágrafos anteriores, bem como a sustentabilidade econômica e social.

A dimensão econômica diz respeito ao modelo em que o crescimento econômico acontece de maneira ética e justa, mantendo-se a harmonia com as outras dimensões. Ou seja, garantindo a satisfação das necessidades humanas, as boas condições sociais dos agrupamentos de pessoas (equidade e coesão social) e a resiliência dos recursos naturais. Para esta dimensão seriam atribuídos o destino e o gerenciamento mais eficaz dos recursos empregados, do ponto de vista econômico.

Já a dimensão social, trata das questões relacionadas à satisfação das necessidades básicas das pessoas, a valorização das culturas locais, a melhoria do bem-estar atual e futuro, o aumento da qualidade de vida pela redução da iniquidade social no geral. Ou seja, a dimensão social da sustentabilidade orienta-se para a construção de uma sociedade humana sustentável. Uma sociedade que é justa, inclusiva e democrática.

De fato, as questões sociais mudam mais dramaticamente entre locais, pessoas e culturas do que as questões relacionadas às dimensões ambiental e econômica da sustentabilidade. Assim, a dimensão social pode ser entendida como um alvo móvel, com fatores mais flutuantes do que as outras dimensões.

Como exemplos das questões abordadas nessa dimensão,

pode-se afirmar que as pautas que tangenciam a dimensão social são múltiplas e interconectadas, indo desde a responsabilidade social corporativa aos direitos humanos, passando por acessibilidade, políticas públicas, educação (inclusive educação para a sustentabilidade), legislação e democracia, microfinanciamento (este que influencia diretamente a dimensão econômica), inclusão social de grupos marginalizados e senso de segurança por parte dos indivíduos. Assim, dar atenção à dimensão social da sustentabilidade significa articular uma série de medidas para viabilizar a saúde, a segurança e o bem-estar das gerações presentes e futuras.

Sendo assim, finalizamos com a recomendação que as empresas tenham o compromisso e a responsabilidade de buscarem uma gestão sustentável sempre. Que nada mais é do que a capacidade para dirigir o curso de uma empresa, comunidade ou país, através de processos que valorizam e recuperam todas as formas de capital, humano, natural e financeiro (englobando as 3 mencionadas dimensões de sustentabilidade já comentadas).

17.3 Estratégias de ESG

A governança corporativa e os programas de integridade efetivos são essenciais para que as empresas possam de fato investir em estratégias ou um programa de ESG. A decisão de

implementar um programa de governança e de integridade trata-se puramente de uma decisão corporativa, que pode prevenir muitos danos financeiros e reputacionais, pois antecipa os riscos e apresenta uma análise balanceada para os presidentes e conselheiros tomarem as decisões tendo todas as cartas na mesa.

As métricas ambientais ajudam a entender o relacionamento da empresa com o mundo e os recursos naturais e avalia como as companhias atuam na gestão do meio ambiente. Já as métricas sociais examinam se a organização viola direitos humanos universais, monitorando as relações da empresa entre trabalhadores, fornecedores e comunidades onde atuam – aqui entra a questão de igualdade de gênero e raça.

Por fim, a avaliação da governança envolve práticas de gestão empresarial ligadas ao combate à corrupção e ao *compliance*. Companhias com boa governança corporativa são mais confiáveis e menos propensas a ceder à corrupção ou coerção.

Muitos executivos ainda possuem a visão que um programa de governança corporativa e de integridade são um desperdício de dinheiro, uma vez que tal departamento não traz lucro direto para a empresa. Somente posso comentar que este pensamento estreito e literalmente não estratégico tem levado empresas a pagarem multas de valores altíssimos ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a outras

autoridades de combate a corrupção e concorrenciais ao redor do mundo.

Agora pensando no investimento em um programa específico de ESG, quais as sugestões de estratégias que deveriam ser aplicadas pelas empresas:

- Ambientais, ou seja, medidas de conservação natural, que inclui os esforços acerca das questões climáticas, emissões de gases de efeito estufa, poluição, biodiversidade, gasto energético, gestão de resíduos e efluentes;
- Sociais seriam aquelas medidas relacionadas as considerações das pessoas e suas relações com as empresas, como satisfação do consumidor/acionista, engajamento dos colaboradores, diversidade, saúde no trabalho, o combate ao racismo, questões relacionadas a desigualdade de gênero, relações com as comunidades e proteção de dados pessoais;
- Governança, podemos considerar as medidas relacionadas com os padrões para gerir uma empresa que tratam da composição do Conselho de Administração, estrutura dos comitês de integridade, auditoria e fiscal, programas de integridade implementados e efetivos, etc.

Todas as supramencionadas estratégias já fazem parte do novo capitalismo e existem métricas factíveis de serem utilizadas para medir se uma empresa segue ou não os parâmetros do ESG. Atualmente, existem muitas empresas que fazem avaliação e divulgam “*ratings*” de ESG de empresas ao redor do mundo. Tal fato gerou preocupação que foi levantada pela empresa Stewart Investors. Segundo a mesma o fato de existirem muitas empresas no mercado emitindo relatórios avaliando métricas de ESG altamente padronizados acaba promovendo apenas uma análise aleatória das credenciais ESG. Conseqüentemente, isto pode encorajar a manipulação de relatórios de ESC sem o devido escrutínio e até potencialmente o pagamento de “incentivos” das empresas avaliadas para as empresas avaliadoras.

Apesar do acima exposto, importante frisar que a Europa dita tendência para o mercado sustentável — e os impactos de uma eventual regulação seriam globais. A Autoridade Europeia de Mercados e Valores Mobiliários (ESMA, na sigla em inglês) enviou no dia 01/02/2021 uma carta à Comissão Europeia mostrando preocupação e pedindo por uma legislação sobre o assunto.

É a iniciativa mais contundente até agora direcionada a esses provedores de serviços, que vêm se multiplicando em meio à demanda por investimentos que levem em conta fatores ambientais, sociais e de governança.

“Consideramos que a demanda crescente por avaliação

que dê *insights* sobre o perfil ESG deve vir passo-a-passo com salvaguardas que assegurem que a informação referida é robusta e que a avaliação é confiável para evitar o risco de *greenwashing*”, escreveu a ESMA à Comissão Europeia, que vem trabalhando em diversas iniciativas de padronização de produtos sustentáveis, como parte do Green Deal Europeu.

17.4 Integridade e Reputação empresarial

Integridade é fazer a coisa certa o tempo todo, mesmo quando isso pode funcionar para sua desvantagem. Integridade é a bússola moral e o leme que o direciona para onde você sabe que deve ir quando tudo ao seu redor o está puxando em uma direção diferente. Algumas pessoas pensam que reputação é a mesma coisa que integridade, mas são duas coisas diferentes. Sua reputação é a percepção pública de sua integridade. Outros podem determinar sua reputação, mas só você pode determinar sua integridade.

A integridade depende apenas do ser humano, já a reputação depende de percepções externas. Como uma empresa é um ente ficcional gerenciado por seres humanos, podemos dizer que são estes seres humanos que irão definir se a empresa terá uma cultura de integridade e qual será a percepção do mercado em relação a empresa.

Para a sociedade, a reputação leva em conta 2 aspectos

importantes: o legal e a integridade. Do ponto de vista das responsabilidades legais da empresa, o consumidor/acionista associa isso com as conformidades que irão garantir funcionalidade e qualidade aos produtos e/ou serviços.

Em relação a questão integridade, temos um aspecto muito mais amplo que o legal, pois estamos diante de questões complexas como a corrupção, desastres ambientais, desigualdade social, racismo estrutural, discriminação de todos os tipos, que mexe com o psicológico e emocional da sociedade.

Sendo assim, a “marca” de uma empresa e seus produtos ou serviços também tem este lado emocional, que pode determinar como as empresas devem se relacionar com a forma de pensar e se expressar da sociedade.

Sendo assim, o comportamento corporativo legalmente responsável pode ajudar a fortalecer mais a imagem funcional do que a imagem simbólica pela sociedade. O comportamento corporativo voltado para a integridade pode vir a mexer com a imagem simbólica da empresa devido as crenças da sociedade. Consequentemente, o aspecto integridade pode gerar mais facilmente no subconsciente das pessoas a definição se a empresa e/ou marca são confiáveis e, portanto, devem ser adquiridas.

Segundo o instituto Edelman, que todos os anos publica o “barômetro da confiança”, publicou recentemente seu relatório de 2021, no qual ficou extremamente claro como a perda de confiança nas instituições, governantes e CEOs foi generalizada.

Através das entrevistas foi mencionado que: “Líderes de negócios estão propositalmente tentando enganar as pessoas dizendo coisas que sabem que são falsas ou exageros grosseiros.”

Ao mesmo tempo, este mesmo relatório traz um dado surpreendente, talvez devido a questão da pandemia que assola o mundo desde o mês o início do ano de 2020, no qual através das entrevistas foi também mencionado: “ Os CEOs devem intervir quando o Governo não resolver os problemas sociais”.

As contradições são notórias. Ao mesmo tempo que existe falta confiança nos líderes de negócios, os mesmos estão sendo chamados pela sociedade para atuar ou intervir quando os governantes não conseguem resolver questões relacionadas ao desenvolvimento social. Regressamos ao conceito da função social das empresas já mencionado neste capítulo anteriormente. Se os Governos não conseguem resolver a situação, talvez a iniciativa privada possa resolver.

Este mesmo documento traz outro parâmetro interessante, o aumento no percentual de empregados e consumidores/acionistas que consideram que possuem o poder de forçar as corporações a mudarem de comportamento e que querem ter espaço na mesa de negociações.

Não tenho dúvidas que estes novos parâmetros publicados não serão movimentos efêmeros oriundos da sociedade, mas um novo caminho a ser trilhado pelos Governos, sociedade e empresas por meio do novo capitalismo.

17.5 Consequências

Interessante notar que mesmo as novas gerações cobram o conceito da responsabilidade social e ética das empresas. A cantora e compositora britânica Jessica Ellen Cornish, artisticamente conhecida como Jessie J, em seu hit “*Price Tag*”, traz à tona os seguintes questionamentos: “Todo mundo tem um preço, dizem os mais céticos. Mas, se isso for verdade me pergunto como eles dormem a noite, quando as vendas vêm em primeiro lugar e a verdade em segundo Não se trata de grana. . . Só queremos ver o mundo dançar. Esqueça o preço da etiqueta”.

Muitos países também iniciaram movimentos de retaliação econômica contra empresas que não respeitam os direitos humanos. Em 2021, O Reino Unido definiu que nenhuma empresa poderá fazer negócios com empresas que se beneficie do trabalho forçado da minoria uigur na China. Tal retaliação pode se expandir, pois o Governo do Reino Unido está disposto a fazer uma revisão urgente dos controles de exportação da região de Xinjiang na China e declarou que “qualquer empresa que se beneficiar do trabalho forçado (de uigures) será excluída das aquisições”,

Segundo o Governo do Reino Unido, essas medidas “ajudarão a garantir que nenhuma organização britânica, Governo ou setor privado, deliberada ou inadvertidamente, se beneficie

ou contribua para as violações aos direitos humanos contra os uigures ou outras minorias em Xinjiang”. Também no início de janeiro de 2021, a rede britânica Marks & Spencer se comprometeu a não usar algodão de Xinjiang na roupa que vende.

Os cidadãos buscam empresas que caminham/atuam de acordo com os valores que pregam em seus respectivos Códigos de Conduta/Integridade. Se uma empresa atua de forma diferente do que prega, ela perde a fidelidade do consumidor/acionista. A fidelidade tem sido extremamente volátil. Se os consumidores/acionistas sentirem que existe algo “estranho” ou que não faça sentido na atuação de determinada empresa, automaticamente irão vender suas ações e/ou iniciar ações de boicote e/ou retaliações via mídias sociais e/ou grupos de WhatsApp.

Com o mundo cada vez mais conectado, os consumidores/acionistas podem usar sua voz (*speak up*), pois estão cada vez mais empoderados e possuem total consciência que agora, eles são os agentes mais importantes do mercado, não apenas o financeiro, mas também de consumo. Ademais, muitas pessoas decidem se irão ou não aceitar uma oferta de emprego em determinada empresa depois de analisar o comportamento da mesma. Se não existir sinergia entre os valores da empresa e os valores destas pessoas, muitos profissionais, mesmo recebendo propostas excelentes, irão declinar. A perda de talentos também é

uma das consequências de empresas que não caminham de acordo com o que prometem.

17.6 Conclusão

No último século, o mundo passou por diversas crises financeiras, países entraram em recessões, muitos continuam nesta situação, as riquezas estão concentradas nas mãos de poucos bilionários, desigualdade social trata-se de uma realidade global e o aquecimento global é uma realidade inquestionável. Para agravar ainda mais, no início 2020 surgiu uma pandemia mundial, que afetou ainda mais a economia global.

Esta evolução ou “revolução” do novo Capitalismo, traz à tona uma sociedade mais empoderada. Mediante um *click* em seu smartphone, qualquer pessoa pode se tornar um acionista, conseqüentemente, os conceitos de transparência, ética, respeito, responsabilidade socioambiental, e não somente a rentabilidade da ação comprada, são levados em consideração nesta aquisição.

A sociedade é muito mais influenciada pelas informações que obtém na *internet* e redes sociais do que as existentes somente nos anúncios publicitários das empresas. Deixam de comprar produtos ou serviços, fazem boicotes públicos, muitas vezes expressivos se uma empresa passa por uma crise reputacional envolvendo diversas situações, tais como discriminação, racismo, trabalho escravo ou infantil, corrupção

ou causam um desastre ambiental.

O CEO da empresa de investimentos BlackRock, Larry Fink, comentou em uma de suas cartas de 2020, “Acredito que a pandemia representou uma crise existencial tão grande, uma evidencia incontestada de nossa fragilidade, que nos levou a confrontar a ameaça global das mudanças climáticas mais fortemente e a considerar, como, da mesma forma que a pandemia, irá alterar nossa vida”

De fato, Larry Fink foi um dos pioneiros em introduzir a ideia de que as empresas existem para dar retorno a todas as partes interessadas – sociedade – e não apenas ao acionista, como infelizmente tem sido amplamente divulgado no mercado.

Acredito que a pandemia foi o momento decisivo para a sociedade começar a questionar se o caminho escolhido era realmente o melhor futuro esperado para as futuras gerações. O consumo excessivo e cada vez mais estimulado pelas mídias sociais e influenciadores digitais criou um frenesi de possuir algo a qualquer custo, mesmo que o salário não suportasse os custos. Espero realmente que ocorrendo o fim da pandemia possamos repensar o futuro que queremos como sociedade global, onde os fatores ambientais, sociais e de governança sejam prioridades dos Governos e empresas. Se não estava funcionando bem, o momento deve ser de abandonar a zona de conforto, ou o velho capitalismo que já bem conhecemos, e buscarmos algo novo e melhor para a sociedade.

Corroboro o argumento acima, por meio de parte de uma carta que o CEO da Black Rock, Larry Fink, escreveu aos acionistas que: . . .”Quanto mais uma empresa mostrar propósito e entregar valor aos clientes, aos funcionários e à comunidade, mais ela será capaz de competir e entregar lucros consistentes e de longo prazo aos seus acionistas”.

Como conclusão deste capítulo, gostaria de citar uma pequena parte do excelente discurso da nova Secretária do Tesouro dos Estados Unidos – Janet Yellen – “Economia não é somente algo que você encontra em um livro. Eu acredito que uma política econômica pode ser uma ferramenta poderosa para melhorar a sociedade. Nós podemos – e devemos – usar as mesmas para endereçar a desigualdade, racismo e mudanças climáticas”.

18 DESASTRES AMBIENTAIS: COMPLIANCE 2.0

João Augusto Prado da Silveira Gameiro

Advogado. Bacharel e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim)/Universidade de Coimbra. Frequentou o Curso Intensivo de Corporate Compliance & Ethics da New York University - NYU. Professor do Curso de Extensão em Compliance da PUC-SP.

Resumo: O texto aborda a evolução do compliance no ambiente corporativo, com desenvolvimentos que levaram ao denominado Compliance 2.0, e que, junto com os impactos causados pelos novos parâmetros de ESG, estabeleceram mudanças de paradigmas nas estratégias empresariais, alterando a busca de resultado financeiro imediatos para planos de longo prazo baseados em governança e diversidade. Recentes desastres ambientais ocorridos no Brasil são confrontados com essa nova realidade a fim de se demonstrar os impactos e exposições legais aos quais pessoas físicas e jurídicas estão expostas quando medidas de conformidade não são observadas no atual momento.

Palavras-chave: Meio ambiente – Compliance – Crimes ambientais – ESG – Direito Penal Econômico – Responsabilidade penal da pessoa jurídica

Apesar de toda crise e notícias preocupantes trazidas pela pandemia do novo coronavírus, é possível dizer que o cenário em

que nos encontramos trouxe ao menos um aspecto positivo: em raros momentos, a sociedade analisou com tanto cuidado e senso crítico a forma como governantes, empresas e pessoas públicas reagiram a uma situação de anormalidade, como elas se comportaram, que atitudes adotaram e como ponderaram interesses particulares e coletivos em uma conjuntura de ruptura. Mais ainda, esse ambiente de crise potencializou discussões que há muito vinham se desenvolvendo de forma paulatina, mas que, por força das circunstâncias, ganharam uma pauta prioritária e merecida: diversidade, responsabilidade social, desigualdade de classes, proteção ao meio ambiente.

Na esfera corporativa, esses debates estavam se desenvolvendo no campo do denominado ESG, acrônimo na língua inglesa para *Environmental, Social, and Governance*, que adota três pilares principais – quais sejam, meio ambiente, social e governança corporativa – para mensurar a sustentabilidade e impacto de determinado negócio. Para se avaliar as práticas ESG de uma empresa, são levadas em considerações, por exemplo, questões como a pegada de carbono¹ causada por determinada atividade, a segurança fornecida a empregados no desempenho do trabalho, a diversidade no quadro diretivo e, logicamente, os esforços para a promoção de um ambiente de prevenção às

¹ Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/overshootday2/pegadadecarbono/. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

práticas de corrupção.²

Mais ainda, o conceito de ESG extrapola a simples exigência de observância de um preceito geral ético, ao se verificar seu efetivo impacto em financiamentos e nos resultados econômicos obtidos por empresas.

De um lado, tem-se, particularmente no Brasil, um crescente movimento de investimentos na bolsa de valores por parte de jovens, que já são responsáveis por aproximadamente 10% das movimentações do mercado,³ e com perfil que privilegia aportes em empresas engajadas socialmente. Ao mesmo tempo, instituições financeiras e fundos de investimento – movidos também por critérios objetivos de análise de risco – passaram a adotar metodologias que os estimulam a buscar empresas com *ratings* de ESG melhores. Esse novo direcionamento de investimentos já foi objeto de análise pela OCDE, que concluiu que investidores institucionais, como fundos de pensão e gestores de ativos, estão tendo que, gradativamente, levar em consideração fatores relacionados a ESG nas suas tomadas de decisões, tendo que conciliar o interes-

² Para mais detalhes sobre ESG e seu impacto nos investimentos, acessar <https://www.unpri.org/>. A UNPRI - Principles for Responsible Investment é uma rede internacional apoiada pelas Nações Unidas que desenvolve políticas para encorajar investimento responsáveis e entender melhor o impacto do ESG.

³ Disponível em: <http://valorinveste.globo.com/mercados/renda-variavel/bo-las-e-indices/noticia/2019/12/06/jovens-de-16-a-25-anos-ja-passam-de-10percent-na-bolsa-veja-quem-sao-eles.ghtml>. Acesso em: 19 de outubro de 2020.

se primário de seus clientes referente a retorno financeiro com novos padrões daquilo que é definido como investimento com prudência.⁴ Como casos concretos desse movimento, podem ser citados o anúncio do banco Goldman Sachs de não participar, a partir de agora, de ofertas públicas iniciais de ações (IPOs) de empresas que não contam com ao menos um membro de sua diretoria que reflita diversidade⁵ e a ameaça de fuga de investimentos estrangeiros no Brasil na hipótese de o governo federal não adotar medidas mais incisivas de proteção ambiental.⁶

Por outro lado, já é possível verificar que questões

⁴ OECD. Investment governance and the integration of environmental, social and governance factors. Disponível em: <https://www.oecd.org/finance/Investment-Governance-Integration-ESG-Factors.pdf>. Acesso em 23 de outubro de 2020.

⁵ Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kimelsesser/2020/01/23/goldman-sachs-wont-take-companies-public-if-they-have-all-male-corporate-boards/#41d106e09475>. Acesso em: 18 de outubro de 2020. Essa mudança de paradigma também foi objeto de estudo promovido pelo World Economic Forum com o escritório de advocacia internacional Baker McKenzie. No referido estudo, constata-se que estamos atualmente na era do “capitalismo dos stakeholders”, em que se exige que diretorias e conselhos de empresas observem não só metas financeiras de curto prazo, mas que tenham planos sustentáveis de longo prazo, baseados em boas práticas de governança e diversidade. In. World Economic Forum. The Modern Dilemma: Balancing Short- and Long-Term Business Pressures. Março/2019. Disponível em: <https://www.weforum.org/whitepapers/the-modern-dilemma-balancing-short-and-long-term-business-pressures>. Acesso em: 27 de outubro de 2020.

⁶ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,investidores-ameacam-sair-do-brasil-se-destruicao-da-amazonia-nao-parar-diz-financial-times,70003341860>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

relacionadas a ESG não constituem apenas mais um custo ou ônus a ser suportado por investidores, havendo situações nas quais foi apurada sua contribuição para melhorar os resultados de empresas. Um estudo promovido no âmbito da Universidade de Harvard analisou a performance de mais de 2000 empresas norte-americanas por um período de 21 anos e constatou que aquelas que fizeram melhorias materiais em questões de ESG superaram suas concorrentes. E o ambiente empresarial é mais propenso a ter resultados positivos em decorrência de desenvolvimentos na área de ESG quando tal consciência também existe na própria sociedade, o que se reflete em transparência aos investidores sobre investimentos sociais, influência da mídia e de organizações não-governamentais na política, regulação de mercado e busca de soluções sustentáveis e limpas.⁷ Começam, assim, a ser superados conceitos mais extremos como os de Milton Friedman, que chegava a caracterizar a responsabilidade social de empresas como “uma doutrina intrinsecamente subversiva”.⁸

⁷ Serafeim, George. Social-Impact Efforts That Create Real Value. Harvard Business Review, setembro/outubro 2020. Disponível em: <https://hbr.org/2020/09/making-sustainability-count#social-impact-efforts-that-create-real-value>. Acesso em: 23 de outubro de 2020. Andrea Bonime-Blanc, por sua vez, menciona em uma de suas obras um estudo que apurou que danos reputacionais reduzem, em média, 7% da capitalização de mercado da empresa envolvida na crise. In. The Reputation Risk Handbook. Oxford: Do Sustainability, 2014, p. 37.

⁸“(. . .) as empresas têm uma única e exclusiva responsabilidade social – usar seus recursos e envolver-se em atividades com o objetivo de gerar

Logicamente que essa evolução no ambiente corporativo não se dá de forma isolada. Paralelamente ao enaltecimento de valores sociais no âmbito das empresas, percebe-se uma mudança na natureza e aplicação do *compliance* justamente para atender e estar em consonância com esses objetivos.

Geoffrey Parsons Miller, professor da Faculdade de Direito da New York University – NYU, apresenta um quadro muito preciso sobre o processo de evolução pelo qual o *compliance* passou, migrando de uma figurativa versão 1.0 para uma versão 2.0. Inicialmente, o *compliance* era visto como um instrumento meramente formal, baseado em procedimento puramente documentais, concebido sem um órgão central de coordenação e carente de uma customização de seus mecanismos baseados em uma prévia avaliação de riscos para atender as necessidades particulares de cada empresa. Tratava-se, de fato, de função relegada a posições hierárquicas mais baixas, geralmente subordinadas a departamentos jurídicos internos. Tal modelo, no entanto, se mostrou claramente inapto a atender demandas da sociedade por comportamentos corporativos alinhados com valores sociais, criando um ambiente propício

mais lucro, desde que observe as regras do jogo, ou seja, contanto que participem da competição aberta e livre, sem dissimulação ou defraudação. (. . .) Poucas tendências poderiam solapar tão intensamente os próprios alicerces de nossa sociedade livre quanto a aceitação pelos executivos de empresas de alguma responsabilidade social que não seja a de gerar tanto lucro quanto possível para os acionistas”. Friedman, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2019, p. 137.

para a prática de infrações que acabaram gerando escândalos em diversos países, envolvendo as mais diversas indústrias (instituições financeiras, indústrias farmacêuticas, mercado de óleo e gás, etc.) com aplicação de multas milionárias por autoridades reguladoras.

O *compliance* 2.0, por sua vez, é marcado pela presença de uma autoridade de conformidade central no âmbito da empresa, que conta com apoio de instâncias de controle e auditoria interna com poderes relevantes e desempenha suas funções com base em uma avaliação de riscos, ou seja, com uma análise das áreas da empresa que podem ser envolvidas em infrações, levando em consideração tanto pontos de risco maior probabilidade de ocorrência como aqueles com potenciais consequências mais graves.⁹ Além disso, a maior efetividade do *compliance* toma como pressuposto o uso de big data, a criação de uma cultura de conformidade entre todos os colaboradores e a responsabilização voltada aos indivíduos¹⁰ envolvidos no ilícito.

⁹ Esse modelo de *compliance* 2.0 já é o adotado legalmente no Brasil: “A preocupação da legislação brasileira com a busca pela real efetividade do programa, apresentada não apenas no texto legal, mas em diversas manifestações dos órgãos de controle, encontram consonância nas diretivas americanas, onde há muito se estabeleceu que os programas de *compliance* que sejam muito rígidos e limitados podem se mostrar ineficientes. Assim, o ideal é que os programas sejam criados especificamente para as necessidades da empresa, por serem específicos também seus riscos e exigências”. Soré, Raphael Rodrigues. *A Lei Anticorrupção em contexto*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 123.

¹⁰ Essa mudança de postura, colocando o foco da punição nos indivíduos que participaram do ilícito e não apenas na pessoa jurídica é uma tendência que

Toda essa conjuntura tem um sentido para o tema aqui proposto. Isso porque desastres ambientais constituem fatos complexos tanto do ponto de vista material quanto jurídico, provocando efeitos nos mais diversos ramos do Direito e opondo interesses tanto da pessoa jurídica envolvida em relação a terceiros afetados, quanto da pessoa jurídica em relação ao seu próprio corpo diretivo e colaboradores. Os recentes casos ocorridos em nosso país são exemplos perfeitos de como falhas em programas de compliance e não alinhamento com práticas ESG podem causar graves consequências tanto para pessoas físicas quanto jurídicas envolvidas nos fatos.

Como adiantado anteriormente, uma das características do *compliance 2.0* é a realização de uma prévia análise de risco.

vem sendo seguida pelas próprias autoridades públicas. Como exemplos principais, vale citar o denominado “Yates Memorandum” elaborado pela então Deputy Attorney General, Sally Yates, do Departamento de Justiça norte-americano (“DOJ”), que estabeleceu uma série de princípios para buscar a punição prioritária de indivíduos envolvidos em infrações corporativas. Uma parte importante do memorando afirma o seguinte: “We must increase our enforcement so that CEOs know that we will go after them wherever they are and whoever they are working for” (Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Acesso em: 23 de outubro de 2020). Esse documento representou um marco na forma como as autoridades norte-americanas passaram a tratar ilegalidades praticadas por empresas, pois, na grande maioria dos casos, eram adotadas medidas legais apenas contra a pessoa jurídica infratora, ficando as pessoas responsáveis pelos ilícitos – muitas vezes altos executivos – impunes. Por exemplo, entre os anos de 2006 a 2016, dos 94 casos envolvendo violação ao FCPA conduzidos pelo DOJ, apenas 23% resultaram em acusações criminais contra indivíduos (In. Gideon, Mark. The Yates Memorandum. UC Davis Law Review, Vol. 51, nº 04, abril/2018, p. 1589).

Para esse trabalho, geralmente se utiliza um gráfico em que um dos eixos corresponde à gravidade do impacto que determinado evento pode ter e, o outro, a probabilidade que tal evento ocorra. Como resultado, aqueles eventos que podem provocar um maior dano (seja material, reputacional, econômico, etc.) e que tenham maior chance de ocorrer (acima de 50%), devem ser tratados como críticos e, conseqüentemente, receber maior atenção para seu gerenciamento e prevenção.

Do ponto de vista de impacto, os resultados negativos de um desastre ambiental são gravíssimos. Logicamente que não se deseja desconsiderar nesse texto o sofrimento causado a cada vítima e o impacto no meio ambiente como um todo. Mas, tomando-se como parâmetro simplesmente o ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que um evento dessa natureza tem efeitos de múltipla incidência.

Considerando sua natureza de interesse difuso, o meio ambiente é passível de proteção jurídica por meio de ação civil pública; e, não sendo possível a prevenção ao dano ambiental, deve-se buscar, preferencialmente, sua reparação ou, subsidiariamente, indenização.¹¹ A magnitude de um desastre

¹¹ Como assevera Hugo Nigro Mazzili, “É preciso conscientizar não só as pessoas em geral, como ainda o administrador, o Ministério Público e o Poder Judiciário em especial, de que, além de um dever negativo de não poluir, existe também o dever consistente na prática de ato positivo, seja para impedir o dano ambiental, seja para reparar o dano ocorrido, seja até mesmo para evitar na medida do possível comportamento de risco para o meio ambiente”. In. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 23ª ed. São

ambiental torna sua recuperação, proporcionalmente, mais complexa e custosa, podendo envolver a suspensão das atividades da empresa até a realização de um estudo técnico de segurança, a execução de um estudo para avaliação dos danos e o planejamento das ações de recuperação, o manejo de espécies ameaçadas, remoção de materiais poluentes e acompanhamento por determinado prazo da efetividade das medidas de recuperação adotadas. Mas, além da fauna e da flora, devem ser considerados também os impactos sociais: disponibilização de infraestrutura e recursos para resgates e atendimento médico, recuperação urbanística das áreas afetadas – incluindo seu patrimônio cultural -, realização de estudos de impacto à saúde da população local, dentre outros. Mais ainda, em alguns casos, houve a propositura de ações judiciais para afastamento de diretores e gerentes de empresas envolvidas em casos de poluição quando se constatou que não estava ocorrendo uma ação incisiva para reparação dos danos causados.

Soma-se a tais consequências de natureza civil as potenciais sanções criminais. Em razão do natural impacto de tais eventos, percebe-se uma atuação mais rigorosa das autoridades criminais já na fase de investigação, sendo frequente o uso de medidas de busca e apreensão e a decretação de prisões provisórias no curso das apurações. E, apesar de, como regra geral, a legislação brasileira permitir que apenas indivíduos

Paulo: Saraiva, 2010, p. 160.

possam ser responsabilizados criminalmente, pessoas jurídicas podem ser excepcionalmente punidas no caso de crimes ambientais, podendo receber penas de multa, prestação de serviços à comunidade, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, por um prazo de até 10 anos.¹² As pessoas físicas, por sua vez, a depender do resultado do desastre, podem responder, além dos crimes de poluição, contra a fauna e contra a flora, por homicídio e lesão corporal, ficando sujeitas a penas de reclusão de até 30 anos.

O histórico de casos de desastres ambientais recentes no Brasil demonstra que os altos padrões definidos pela era do *compliance 2.0* elevaram o nível de avaliação das empresas não só pelos tradicionais *stakeholders*, mas também pelas autoridades criminais, o que trouxe impactos diretos na forma de responsabilização em ações penais, aumentando sua incidência.

No âmbito do Direito Penal brasileiro, a responsabilidade é subjetiva e pessoal. Em suma, isso significa que alguém apenas

¹² Artigos 21 e 22, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Importante notar, ainda, que graves desastres ambientais geralmente ocorrem em jurisdições onde há uma maior incidência de corrupção envolvendo autoridades públicas, o que, no Brasil, expõe a pessoa jurídica às sanções previstas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Sobre esse tema, conferir: Gameiro, João Augusto Prado da Silveira. Corrupção e Crimes Ambientais. In. Marques, Letícia Yumi; Zapater, Tiago Cardoso Vaitekunas (org.). Prática do Direito Ambiental na Defesa dos Interesses de Empresas Privadas. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019, p. 203-229.

será punido na esfera criminal estritamente por aqueles fatos que praticou ou para os quais contribuiu com dolo ou culpa,¹³ podendo qualquer sanção alcançar terceiros que não o próprio condenado,¹⁴ sejam elas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou patrimoniais.¹⁵

Mais especificamente nos denominados crimes societários, houve intensa discussão doutrinária e debate jurisprudencial para se traçar parâmetros para incluir sócios, administradores e diretores de empresas em procedimentos criminais em razão de irregularidades ocorridas no âmbito de uma pessoa jurídica. Logicamente que os preceitos garantistas de nosso sistema penal levaram os tribunais a pacificar o entendimento de que ninguém pode ser acusado de um delito pelo simples fato de ocupar determinado cargo, posição ou função, devendo haver sempre prova da ocorrência de uma ação ou omissão e do nexos de causalidade com determinado resultado antijurídico. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em

¹³ Código Penal:

“Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (. . .)

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

¹⁴ Constituição Federal: “Art. 5º. (. . .) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹⁵ Mendes, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 600.

inúmeras decisões que vêm sendo reproduzidas até atualmente, tem reiterado que “a circunstância objetiva de alguém ostentar a condição de sócio ou de exercer cargo de direção ou de administração não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente condenação criminal”.¹⁶

Se para tais situações extremas – em que alguém é acusado da prática de um crime empresarial pela simples razão de ocupar um cargo diretivo, sem provas de efetiva participação no ilícito – a jurisprudência é firme na proteção de garantias individuais, o mesmo não pode se dizer em casos em que há indícios de que a alta direção participou indiretamente dos fatos ou deliberadamente procurou evitar o conhecimento de fatos que poderiam confirmar uma contribuição para a prática de um ilícito penal. Em tais circunstâncias, presenciamos nos dias de hoje um aumento do uso da teoria do domínio do fato¹⁷ e da cegueira

¹⁶ STF – Habeas Corpus nº 141.739/MS – Min. Celso de Mello – j. 23 de outubro de 2017.

¹⁷ Essa aplicação tem como exemplo maior a decisão condenatória proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Penal nº 470 (Mensalão). Para um maior aprofundamento sobre a matéria, conferir: Greco, Luís; Leite, Alaor. “O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal”. In. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19-45.

deliberada¹⁸ para fundamentar sentenças penais condenatórias. E, em alguns casos notórios ocorridos nos últimos anos, o Ministério Público apresentou acusações contra diversos membros de uma empresa – presidentes, diretores, membros de conselho de administração, etc. – utilizando boas práticas de compliance como base para exigir um exercício mais efetivo do poder de vigilância da alta direção sobre as práticas da pessoa jurídica.

Em determinado caso, o Ministério Público incluiu em sua acusação os membros do conselho de administração de uma empresa sob o argumento de que tais indivíduos, a quem competia a direção estratégica e geral dos negócios, utilizaram de forma efetiva seus poderes para buscar resultados financeiros, mas não tiveram atuação tão incisiva quando tiveram ciência de não conformidades operacionais, omitindo-se no seu dever de fiscalização, o que teria acabado por contribuir com a ocorrência de uma tragédia ambiental. Em outro episódio, o Ministério Público baseou a acusação no fato de a alta administração não ter se comprometido e se engajado para garantir a segurança das

¹⁸ Em 2017, levantamento conduzido pelo jornal A Folha de São Paulo indicou que, de 121 pessoas condenadas por lavagem de dinheiro no curso da Operação Lava Jato, 13 teriam tido seu envolvimento no crime reconhecido com base na teoria da cegueira deliberada. Balthazar, Ricardo. Teoria da 'cegueira deliberada' ampara condenações na Lava Jato. A Folha de São Paulo, São Paulo, 28 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1946478-teoria-da-cegueira-deliberada-ampara-condenacoes-na-lava-jato.shtml>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

operações da empresa, focando ações em procedimentos meramente formais e documentais para demonstrar uma aparente postura de conformidade para as autoridades públicas e para a sociedade. Note-se que muitos conceitos utilizados pelo Ministério Público para basear acusações – comprometimento da alta direção, avaliação de risco e efetividade – são preceitos do *compliance* 2.0.

Condutas criminosas praticadas no âmbito de uma estrutura empresarial apresentam, de forma inerente, duas problemáticas. A primeira diz respeito ao processo decisório. Em diversas situações, uma decisão é tomada pela empresa por meio de um processo multifásico, de forma colegiada ou suportado em parecer técnico e especializado de um terceiro.¹⁹ No entanto, em

¹⁹ “Dentro da empresa, quem está no topo da estrutura assume, em geral, funções mais ligadas à coordenação das atividades delegadas e possui visão global dos negócios, não tendo condições reais e concretas de avaliar qual é a ação específica que pode ser tomada para atender ao comando geral. Já quem está na base, até pode ter condições de executar as decisões e implementar os processos específicos, mas falta-lhes a necessária visão de conjunto para desenhar os rumos da empresa e entender o próprio risco de determinadas atividades industriais ou empresariais. Isso não significa que a empresa seja, de início, uma estrutura de irresponsabilidade organizada. O que, de fato, ocorre é que a dinâmica descentralizada de gestão empresarial implica em uma fragmentação de condutas e em uma divisão interna do conhecimento. Afinal, como nem todos na empresa devem se ocupar de tudo, uma boa administração demanda a segmentação da estrutura empresarial em departamentos e unidades especializadas e a delegação de tarefas para o cumprimento dos deveres objetivos de cuidado”. Caruso, Tiago. Responsabilidade penal nas decisões embasadas em pareceres técnicos e jurídicos. São Paulo: Marcial Pons, 2020, pág. 61-62.

qualquer desses cenários, “*se tratará (...) não de um indivíduo sozinho praticando um crime, mas do envolvimento de diversas pessoas atuando em ambiente de divisão de tarefas e de funções, de forma normalmente coordenada e estruturada em camadas hierárquicas*”.²⁰ O segundo problema se refere à ampla ocorrência de fatos em que o delito é praticado não por meio de uma ação, mas sim por uma omissão, abrindo-se o debate a respeito da equiparação de indivíduos que ocupam posições de comando em uma empresa à figura do garante, definida no artigo 13, §2º, do Código Penal.²¹

Não se tem a pretensão de esgotar aqui toda a complexidade de condutas penais sucessivas e dos delitos omissivos próprios no contexto da criminalidade econômica. Mas é possível verificar uma outra face do *compliance 2.0*, que é a de elevar as exigências e expectativas de conformidade que se colocam face a executivos de grandes companhias, demandando um papel mais ativo na supervisão das atividades empresariais – o que tem impacto direto nas estruturas de responsabilização de

²⁰ Estellita, Heloisa. Causalidade na omissão: um panorama dos problemas das omissões paralelas e sucessivas na criminalidade de empresa. In: Lobato, João Danilo Tavares et al. Comentários do Direito Penal Econômico Brasileiro. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 70.

²¹ De acordo com a doutrina, a figura do “garante” ou “garantidor” seria a pessoa que tem uma especial relação com determinado bem jurídico e, conseqüentemente, um dever legal de agir para evitar um resultado, sendo que eventual omissão pode ser equiparada a uma verdadeira ação. Cf. Martinelli, João Paulo Orsini; Bem, Leonardo Schmitt de. op. cit., p.532 e ss.

administradores. Como bem destaca Carla Veríssimo, “o *compliance* cria as condições para que se forme uma cadeia de responsabilização penal – ou seja, o aumento da efetividade do *compliance* também aumenta a exposição da empresa à responsabilização”.²²

As profundas mudanças trazidas pelos padrões de ESG, além de revolucionar a forma como as empresas são avaliadas pelo mercado, também estão conectadas com a nova realidade do *compliance* 2.0, que exige maior e real efetividade dos programas de conformidade empresarial. Consequentemente, também se elevam as expectativas da sociedade e de autoridades sobre aquilo que é esperado na conduta de uma empresa frente às suas obrigações para a preservação de valores e bens tidos como essenciais, fazendo com que desastres ambientais desencadeiem a incidência de múltiplas normas – cíveis, penais, administrativas – de forma cada vez mais rigorosa.

²² In. *Compliance – incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 351.

19 O COMPLIANCE 4.0

A APLICAÇÃO DE SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS INOVADORAS DE GESTÃO DE RISCO E COMPLIANCE PARA A TOMADA DE DECISÃO BASEADA EM DADOS

Eduardo Carboni Tardelli

CEO at upLexis, AB2L and Preambulo Tech Board Member, Angel Investor, GVAngels Member

Nas últimas duas décadas o mundo vivenciou diversas transformações na sociedade que impactaram mudanças e avanços notáveis nas práticas de gestão de risco e compliance em mercados regulamentados. A globalização e os avanços tecnológicos contribuíram para a construção de uma sociedade mais conectada e digital, que por sua vez, trouxe novos riscos e obrigações ao *Compliance Officer*. Proporcional aos novos riscos e obrigações, o *compliance* tornou-se essencial e estratégico no mundo dos negócios, deixou de ser apenas um centro de custo e virou investimento, de ser apenas operacional para se tornar estratégico, de ser um mero departamento periférico e se tornar um centro integrado aos demais departamentos e vital para os negócios acontecerem dentro da organização e de toda a cadeia produtiva e, conseqüentemente, a carreira do profissional de *compliance* sofreu uma grande transformação e se valorizou mundialmente. Estamos vivendo um ótimo momento para estes

profissionais e na minha visão este cenário tende a se intensificar ainda mais, visto que as práticas de *compliance* ainda se encontram embrionárias ou até mesmo inexistentes em muitas empresas e organizações como, por exemplo, indústrias e organizações privadas e familiares, instituições públicas, organizações não governamentais (ONGs), bem como em partidos políticos, clubes de esportes, igrejas, etc. Somado a tudo isso, o *ranking* de percepção da corrupção global apresentado pelo movimento da Transparência Internacional presente em mais de 100 países mostra um Brasil deficitário e carente por melhores práticas de compliance. É inegável que o mundo clama cada vez mais por segurança e transparência nas transações comerciais, a sociedade a cada dia está mais intolerante a práticas escusas de empresas corruptas, esquemas de corrupção na interface público-privada, fraudes e desvios do patrimônio público, que tanto nos entristece diariamente nas manchetes dos noticiários. De qualquer forma, combater este câncer é uma tendência natural no processo evolutivo das democracias globais.

Se por um lado o profissional de *compliance* passou a ser cada vez mais valorizado no mercado, os conhecimentos necessários para exercer o tão desejado cargo expandiram muito além dos domínios do direito regulatório. Cada vez mais este profissional passou a ser demandado a exercer o papel de um solucionador de problemas e não apenas um agente de crivo interno impeditivo dentro da organização, buscando viabilizar os

negócios dentro da lei, exercendo o papel de facilitador e ajudando a conduzir todo o processo corporativo respeitando sempre o código de ética e boa conduta e controlando os riscos identificados e mapeados ao longo de todo o processo. Para conseguir executar estas tarefas com sucesso, este profissional passou a ter que buscar novos conhecimentos, aprender constantemente sobre a dinâmica dos negócios e acompanhar constantemente os avanços tecnológicos materializados em diversos tipos de softwares e soluções para compliance existentes no mercado, bem como saber ler, analisar e interpretar o oceano de dados e indicadores gerados e computados por este novo universo profissional cada vez mais digital.

Eis então que surge o termo “**Compliance 4.0**” seguindo a revolução 4.0 que estamos sofrendo, pois a transformação digital que está ocorrendo no mundo em todas as áreas do conhecimento, potencializada pela pandemia do Covid 19, também chegou para ficar e transformar completamente o dia-a-dia do *Compliance Officer*. A tendência é dos trabalhos operacionais e repetitivos perderem espaço para as máquinas (leia-se aqui algoritmos), a inteligência artificial passará a assumir cada vez mais decisões antes tomadas ou deixadas de tomar por humanos, consultando bases gigantescas de dados acessíveis e correlacionáveis, simulando cenários e fatos históricos catalogados ao longo da linha do tempo em um volume nunca antes visto ou mesmo viável, os SLAs (*Service Level*

Agreements) entre as áreas da organização passarão a ser mais e mais apertados e desafiadores seguindo a tendência de um mundo cada vez mais digital e instantâneo, os riscos operacionais e do negócio aumentarão a cada dia, trazendo novas preocupações e exigindo novos controles e alertas automáticos sobre os mesmos.

O termo transformação digital pode parecer meio vago, no entanto, na sua essência o objetivo é o mesmo: tornar as informações disponíveis, acessíveis e utilizáveis - em qualquer lugar, a qualquer hora e de qualquer dispositivo. De acordo com o MIT *Sloan Management Review*, as empresas que adotaram a transformação digital são 26% mais lucrativas do que seus concorrentes médios do setor e têm uma avaliação de mercado 12% maior.

Segundo pesquisa da consultoria McKinsey & Company a gestão de risco e *compliance* do futuro próximo tenderá a ser cada vez mais dinâmica onde os executivos de risco se concentrarão em decisões mais estratégicas e de alto valor à medida que o trabalho de rotina é automatizado e menos exceções exigirão tratamento manual. Eles usarão recursos de análise avançada para gerar percepções que são difíceis de produzir hoje (como correlação complexa e análises de tendências) para ajudar a linha de frente do negócio a otimizar suas decisões e ofertas. Os CEOs e altos executivos receberão conselhos estratégicos gerados automaticamente sobre decisões

de negócios orientadas ao risco, como identificação de novas oportunidades, redução de eventuais exposições indesejadas, gerenciamento de carteiras de investimento, alocação de capital, etc. Estes mesmos executivos contarão com ferramentas visuais intuitivas para fornecer conselhos sob demanda em um nível apropriado de detalhes (como mercados, *portfólios* ou mesmo produtos específicos). Por fim, os órgãos reguladores deixarão de consumir relatórios e formulários e passarão a receber dados quase que dinâmicos e em *real-time*. Embora existam dúvidas sobre se os órgãos reguladores terão acesso direto aos dados gerados pelo mercado, é consenso da maioria que o fornecimento de dados será oportuno e indolor para otimizar as atividades e monitorar o mercado e toda a cadeia de valor.

Em um mundo impactado pela pandemia as empresas tiveram que investir pesadamente na automação e digitalização de seus processos de risco e compliance, já que o contato físico deixou de ser viável. Alguns dizem que a sociedade evoluiu cinco anos em poucos meses, há quem diga que foi até mais do que isso. Os fatos vivenciados recentemente só fortalecem a tese que efetivamente evoluímos muito na transformação digital e não há mais como voltar atrás. Acompanhamos pela mídia os esforços do próprio governo em se adaptar também a esta nova realidade, tribunais de justiça, ministérios, autarquias, cada um buscando solucionar seus problemas através da tecnologia, bem como as próprias empresas, que também tiveram que resolver

seus gargalos e deficiências para sobreviverem.

Sendo um grande entusiasta da automação de tarefas manuais e da tomada de decisão baseada em dados, tenho acompanhado a transformação digital do mercado com uma visão positiva, pois compartilho dos benefícios da digitalização e vivencio o dia a dia dos *Compliance Officers* em diversos segmentos do mercado. É fato que estamos evoluindo nos controles e alertas regulatórios, é uma cobrança constante do mercado como um todo, e não estar em *compliance* é estar fora do jogo. Muitas empresas perceberam isto e investiram em automação de processos, treinamento e disseminação da cultura de risco e compliance, introduziram a inteligência de dados em seus processos para gerar *insights* valiosos de como agir e tomar melhores decisões. Um exemplo disso é que o mercado passou a gerar novas oportunidades na área de *compliance* já considerando como pré-requisitos deste profissional a vivência neste novo mundo digital, profissionais com visão lógica e processual, conhecimento analítico e regulatório, segurança de dados, metodologia ágil, vivência com o mundo pulsante e inovador das *startups*, ou seja, o *Compliance Officer* que conhecíamos se transformou no *Compliance Officer 4.0*.

Falaremos aqui um pouco mais de algumas demandas e processos do dia-a-dia do *compliance* e como metodologias embasadas em soluções tecnológicas utilizadas por estes profissionais estão desenhando o futuro do *Compliance Officer*:

- **Ensino à Distância e Gamificação:** a construção de um programa de integridade contendo a política de risco e *compliance* não mudou muito, os principais pilares continuam os mesmos, porém os processos de treinamento e disseminação da cultura e conceitos evoluíram consideravelmente. É cada vez mais frequente as empresas partirem para soluções tecnológicas de Ensino à Distância (EAD) com funcionalidades de gamificação e certificações ganhas em cada etapa. Desta forma, ao mesmo tempo que está recebendo conteúdo e aprendendo coisas novas, os usuários em treinamento são instigados a vivenciar novos desafios, *quiz* de perguntas e respostas, competições entre grupos e prêmios virtuais, tudo isso de forma simples e divertida. Além disso, todo o processo de aprendizado e evolução dos conceitos e tarefas podem ser acompanhados pelo *Compliance Officer* e demais gestores através de *dashboards* contendo relatórios e indicadores.
- **Canal de Denúncias:** o conceito do Canal de Denúncias não mudou em sua essência, porém passou por grandes transformações. Hoje este importante meio de comunicação pode e deve ser acessado de qualquer dispositivo (*device*), o usuário pode acessar de forma anônima ou mesmo se identificando se desejar, pode realizar seu relato e ainda incluir arquivos anexos que

complementem sua denúncia. Na outra ponta, as denúncias são processadas e classificadas, analisadas através de algoritmos de inteligência artificial visando eliminar ou mesmo reduzir eventuais ruídos ou falso-positivos, para só então derivar à uma eventual análise humana, ganhando agilidade e performance na ação-resposta. Tudo isso acontece de forma instantânea, sendo registrado e facilmente auditado se necessário. O usuário recebe alertas do *status* de sua denúncia e pode acompanhar remotamente a sua resolução, enquanto que o *Compliance Officer* consegue acessar relatórios e indicadores diversos de performance dos analistas, tempo e endereçamento das denúncias, volumes, etc., facilitando muito o fluxo de trabalho e o principal, a análise e resolução das denúncias que chegaram pelo canal.

- ***Background Check e Due Diligences de Integridade:*** boa parte do trabalho de um departamento de *compliance* consiste em verificar os riscos envolvidos entre as partes que constituem o negócio, seja ela os clientes (KYC), os fornecedores (KYS), os funcionários (KYE) ou até mesmo os parceiros de negócio (KYP). Diversas esferas de risco devem ser verificadas para minimizar os impactos para o negócio, tais como risco financeiro, risco de imagem, risco sócio-ambiental, risco de fraude, risco regulatório, etc. Quanto mais informações o *Compliance*

Officer puder validar em tempo hábil de não impactar o negócio, menor será o risco futuro e mais segurança trará à empresa para seguir interagindo com a(s) parte(s) em sua cadeia produtiva. É de conhecimento de todos que vivemos na era da informação e nunca tivemos tantos dados disponíveis na *internet (web)* ou mesmo dentro da empresa para serem consultados, correlacionados e efetivamente transformados em fator decisivo e relevante na tomada de decisão de negócio. É uma tendência global das democracias atuais disponibilizarem mais e mais informação no caminho da transparência dos governos e aqui no Brasil não é diferente. São centenas de fontes de dados disponíveis para avaliar risco de pessoas físicas e jurídicas, que praticamente tornou-se inviável consultá-las e validá-las manualmente dentro de um prazo aceitável para o negócio. O *Compliance Officer* se deparou com o dilema de minerar este universo de informação disponível (fontes de dados públicas, privadas, nacionais, internacionais, fontes de dados internas, etc.) e dar o seu parecer do risco envolvido no menor tempo possível, obedecendo SLAs apertados como já dito anteriormente neste artigo. Para isso, cada vez mais os processos de *due diligence* de integridade e processos de *background checks* passaram a ser feitos de forma automatizada através de soluções tecnológicas que

se utilizam das mais diversas tecnologias embarcadas, como *cloud* (nuvem), big data, robôs de captura de dados, inteligência artificial e gráficos avançados e interativos de correlação espacial (por exemplo: árvore espacial de relação entre grupos econômicos, empresas, sócios, administradores e representantes legais). Atrélado a tudo isso, o *Compliance Officer* pode parametrizar e customizar um relatório analítico e detalhado (dossiê) exclusivo para a sua demanda, fluxo de tarefas automatizados (*workflows*) com papéis e regras dos usuários bem definidos, relatórios e indicadores diversos através de dashboards interativos e cheio de recursos visuais. É possível inclusive se integrar diretamente com os órgãos reguladores para buscar uma agilidade maior nas eventuais auditorias de controle.

- **Monitoramento Contínuo de Terceiros:** Através de uma análise prévia da carteira de clientes, fornecedores ou parceiros, é possível criar uma matriz de risco e pontuar estas entidades dentro da matriz seguindo critérios de peso pré-definidos. Dependendo do risco classificado na matriz é possível criar regras de monitoramento automático destes terceiros conforme critérios específicos de periodicidade, contexto do negócio e riscos já identificados anteriormente, gerando alertas e disparando gatilhos, que podem inclusive blo-

quear um contrato ou negociação em andamento dentro da empresa. Dependendo do segmento demercado, este monitoramento pode inclusive incluir a monitoria de transações financeiras realizadas entre as partes. Como tudo isso consiste em um trabalho operacional e repetitivo, é natural automatizar grande parte do processo, alocando os recursos humanos basicamente para analisar os indicadores dos processos e casos de exceção ou alertas identificados. Dependendo da complexidade da solução, os gatilhos de bloqueio/liberação de transações podem estar integrados ao sistema de ERP da empresa, gerando maior agilidade e controle em todo o processo.

- **Conflitos de Interesses:** este é um dos temas que também permeiam a área de *compliance* das empresas e que muitas vezes acaba gerando grandes prejuízos à corporação se não descoberto em tempo de ser evitado. Imagine uma corporação que apresenta em sua estrutura centenas de funcionários e fornecedores, como é possível controlar e monitorar eventuais conflitos de interesse entre este universo enorme de possibilidades? Teria que efetivamente verificar um a um, funcionário a funcionário, fornecedor a fornecedor, buscar identificar algum tipo de relacionamento entre eles, seja um vínculo direto de sociedade ou parentesco ou mesmo indireto

através de elos da cadeia em comum como sócio do sócio, parentes e familiares na cadeia societária dos fornecedores para então se configurar algum tipo de conflito de interesse. Muitas empresas faziam todo este trabalho de cruzamento de possibilidades de forma manual, em planilhas diversas. Hoje já é possível realizar todo este trabalho de cruzamento dos dados e suas milhares de possibilidades de correlação ou vínculo via algoritmos. O *software* consegue correlacionar todo o universo de possibilidades, por maior que seja este, em uma velocidade extremamente maior do que o ser humano, apontando um possível vínculo e conflito de interesse em segundos, inclusive gerando gráficos de forma visual com fácil leitura para o *Compliance Officer* analisar, documentar e agir. É inegável o avanço obtido neste quesito quando utilizamos a tecnologia como meio de solução.

Da mesma forma que os profissionais de *compliance* precisam estar sempre atentos e atualizados quanto à legislação e aos projetos de lei em tramitação no congresso nacional, que possam impactar de alguma forma o negócio, é também essencial e extremamente importante se atentar ao mercado de inovações tecnológicas que venham a contribuir com a transformação digital no mercado de risco e *compliance*, principalmente as soluções tecnológicas endereçadas pelas cha-

madras *Lawtechs* ou *Legaltechs* e também pelas *Regtechs*. As *Lawtechs* ou *Legaltechs* são *startups* ou empresas de tecnologia que possuem soluções para a área jurídica em geral, permeando inclusive o *compliance*. No Brasil elas são fortemente representadas pela AB2L (Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltechs*) cujo website contendo um vasto material de pesquisa encontra-se na URL: <http://www.ab2l.org.br> .

Já no caso das *Regtechs*, são as empresas de tecnologia que desenvolvem soluções para atender questões regulatórias e de *compliance*. Atualmente o movimento das *Regtechs* é muito forte na Europa, Ásia e EUA principalmente, regiões estas onde o mercado financeiro é muito intenso, porém ainda é um movimento embrionário no Brasil. O *website* da organização global das *Regtechs* no mundo é: <https://regtechassociation.org/>, onde é possível obter maiores informações sobre o ecossistema de inovação.

O profissional do futuro estará sempre aprendendo e se reinventando constantemente, mesmo porque toda a informação e conhecimento necessário para esta transformação está disponível gratuitamente na internet, basta ser curioso e estar aberto ao novo. Seja bem vindo ao futuro do *compliance*!

20 O PAPEL DO *COMPLIANCE* NO MODELO DE TRÊS LINHAS DE DEFESA

Alexandre Ribeiro Rangel

Operational Risk Management at Citi

Apesar do amadurecimento das metodologias e modelos para implantação das práticas de Governança, Risco e *Compliance* (GRC), um dos principais desafios para sua efetiva adoção continua sendo o aspecto cultural nas empresas. O modelo de 3 Linhas de Defesa (LdD) tem papel determinante na adoção desta cultura de gestão, além de promover o amadurecimento das ações gerenciais conduzidas pelos profissionais que atuam nas empresas, pois diminuem as dúvidas em relação ao seu campo de atuação na dinâmica empresarial e no próprio processo de GRC, como veremos a seguir.

20.1 A importância da estrutura organizacional

De forma bem simplista, podemos dizer que uma empresa é uma coleção de processos e atividades que, por meio da aplicação eficaz e efetiva dos recursos disponíveis (humanos, financeiros, tecnológicos, entre outros), tem como objetivo entregar valor para seus clientes, funcionários, acionistas, governos e demais partes interessadas (*stakeholders*).

Estes processos e atividades geralmente estão divididos em áreas ou departamentos que (i) participam de forma direta na criação e na entrega do produto ou serviço, conhecidos como áreas de Negócio e Produtos e (ii) departamentos envolvidos de forma indireta, como por exemplo, Recursos Humanos, Financeiro, Tecnologia da Informação, que geralmente são identificados como áreas de Suporte.

Há também os chamados departamentos ou funções de Governança, que contribuem para a viabilização do modelo de negócio da empresa, como por exemplo, as áreas de Estratégia, Gestão de Riscos, Controles Internos e *Compliance*. Geralmente o papel destes departamentos é auxiliar no desenvolvimento de práticas, políticas e procedimentos para gerenciamento de riscos, auxiliando no direcionamento e na governança das empresas.

Há empresas, principalmente de pequeno e médio portes, onde esta divisão não é claramente estabelecida, mas onde mesmo assim é possível adotar o modelo de LdD, atendo-se às diretrizes descritas a seguir.

20.2 O modelo Linhas de Defesa (LdD)

Considerando que ainda hoje é comum verificarmos confusão e falta de clareza em relação aos objetivos e responsabilidades que cada departamento deve exercer numa determinada empresa, imaginem como a confusão aumenta

quando estas responsabilidades devem englobar também as práticas de *compliance*.

É justamente neste ponto que o modelo LdD pode contribuir. Seu objetivo é justamente auxiliar na definição e organização dos papéis e responsabilidades de cada departamento da empresa em relação às práticas para boa governança de riscos corporativos (incluindo os riscos de *Compliance*). Para sua efetiva implementação, é importante que haja uma etapa inicial de entendimento e definição clara do escopo e responsabilidade de cada departamento em relação ao seu papel na empresa, visando uma declaração (preferencialmente escrita e formalmente comunicada) que esclareça o motivo de sua existência na empresa (ex: objetivos, missão, responsabilidades, suas interações com os demais departamentos da empresa).

No caso do *Compliance* por exemplo, devem estar claros os objetivos da área, onde sua atuação se enquadra no processo de governança da empresa, seu papel na gestão de riscos, entre outros aspectos relevantes, deixando claro assim sua identidade para a empresa.

Portanto, esta etapa inicial - quando aplicada aos diversos departamentos da empresa - permite não somente que sejam estabelecidos os papéis, responsabilidades e a governança necessária à gestão dos riscos de *compliance*, mas também, não menos importante, permite à empresa repensar sua estrutura

organizacional, aperfeiçoando ainda mais seu modelo de negócio, a forma como o valor é gerado e entregue e, mais importante, que as práticas de gestão do risco de compliance e demais riscos sejam consideradas como parte integrante desta estrutura.

20.3 A Primeira Linha de Defesa

A primeira linha de defesa (1LdD) é composta pelos departamentos que tomam risco (*risk taker*), ou seja, a “*linha de frente*”. É deles a responsabilidade pela identificação e mitigação dos riscos, definição do apetite ao risco e seus respectivos limites, além é claro, por verificar o nível de exposição a riscos, por meio do estabelecimento de controles internos.

Assumindo seu papel de *risk takers*, a 1LdD deve adotar como mentalidade - isso mesmo, mentalidade!, pois ferramentas, modelos, metodologias são importantes, mas a mudança de mindset se mostra chave no processo de gestão dos riscos de *compliance* - a postura de identificar sempre “o que pode dar errado?” em suas atividades.

Isto significa pensar por exemplo, quando do lançamento de um produto ou serviço, “o que pode dar errado?” considerando o ambiente legal e regulatório atual. Tal produto ou serviço está sujeito a regulamentações relevantes ou de interpretação dúbia, que possam inviabilizar meu produto ou pior, caso não identificados e gerenciados corretamente antes do

produto ser lançado, levem a sanções pecuniárias ou legais contra a empresa quando o produto estiver em pleno funcionamento.

Desta forma, a 1LdD tem como atribuição assegurar que seus riscos de compliance sejam conhecidos e adequadamente gerenciados. Tais riscos geralmente se materializam em:

- Descumprimentos de regulamentações e leis que impactam no funcionamento de produtos e serviços;
- descumprimento de políticas e procedimentos internos que regem o funcionamento de determinada área;
- comunicação deficiente entre os departamentos da empresa, considerando sua relação com o Jurídico, *Compliance* Legal e Regulatório, Riscos, entre outros.

Há também consenso em dizer que, ao final do dia, toda a empresa faz parte da 1LdD, pois todos devem ser responsáveis pela identificação dos riscos de *compliance* e demais riscos inerentes às suas atividades, produtos, serviços, etc.

20.4 A Segunda Linha de Defesa

A segunda linha de defesa (2LdD) são aqueles departamentos que definem as políticas e procedimentos para gerenciamento dos riscos inerentes a uma determinada empresa.

Também é sua responsabilidade prover direcionamento e suporte aos departamentos em relação ao assunto. Seu papel também envolve monitorar a correta adoção das práticas e atividades de gestão de riscos, mas mantendo sua independência em relação às atividades do dia-a-dia da empresa.

A área de *Compliance* caracteriza-se predominantemente como 2LdD já que sua responsabilidade reside em desenvolver as políticas, metodologias e procedimentos para gestão do risco de compliance em uma empresa, promovendo, de forma independente em relação à 1LdD a cultura e as práticas de execução para gestão do risco de *compliance*.

Uma das etapas mais importantes no gerenciamento do risco de *compliance* é a definição deste risco na empresa. Tomemos como exemplo a definição de risco de *compliance* (conformidade), conforme determinado pelo Banco Central do Brasil:

“Risco de conformidade é a possibilidade de a instituição sofrer sanções legais ou administrativas, perdas financeiras, danos de reputação e outros danos, decorrentes do descumprimento ou falhas na observância do arcabouço legal, da regulamentação infralegal, das recomendações dos órgãos reguladores e dos códigos de autorregulação aplicáveis.”

A definição acima sugere que o risco de *compliance* se materializa na empresa quando há falhas em cumprir regulamentações, leis, normas e políticas internas, por exemplo.

Este descumprimento pode ocorrer em leis locais como as que orientam sobre prevenção a lavagem de dinheiro, sanções administrativas e corrupção.

Portanto, a área de *Compliance*, como especialista no desenvolvimento das práticas (modelos, metodologias, procedimentos) para gestão do risco de *compliance*, deve ser responsável por desenvolver estas práticas e, depois de implementadas, monitorar seu cumprimento pela 1LdD.

A área de *Compliance* em uma empresa pode se dividir, dependendo do seu porte e ramo de atuação, basicamente em:

- ***Compliance* regulatório:** foco no desenvolvimento das práticas que asseguram o cumprimento regulatório externo e interno (políticas e procedimentos da empresa);
- **Privacidade:** com a chegada da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a área de *Compliance* também deve determinar o programa de proteção de dados na empresa;
- **Prevenção à lavagem de dinheiro e corrupção:** foco no desenvolvimento do programa de prevenção e pronta identificação das práticas ilícitas na empresa.

Em resumo, a área de *Compliance*, como parte da 2LdD deve se estruturar tendo como objetivo o desenvolvimento e propagação de programas de *Compliance* na empresa e no monitoramento da 1LdD em relação à adoção destes programas

na condução de suas atividades - ex: identificação dos riscos de compliance inerentes aos produtos e serviços da empresa.

20.5 A Terceira Linha de Defesa

E por fim, a Terceira linha de defesa (3LdD) é a Auditoria Interna, que, também de forma independente, verifica se as demais linhas de defesa estão cumprindo seu papel de forma eficaz.

20.6 Conclusão

Portanto, quando este modelo é implantado, já de largada fica claro de quem é a responsabilidade primária pela identificação e proteção da empresa no que tange a GRO, pois além de estabelecer o perfil de cada departamento nesta dinâmica, ele também estabelece as figuras de “dono do risco” (*risk owner*), “dono do controle” (*control owner*), entre outras nomenclaturas que auxiliam no entendimento dos papéis e responsabilidades das práticas de GRO e que permitem maior clareza nas atividades, mas que não serão detalhados neste texto. Portanto, quando todos entendem qual papel devem desempenhar em determinada atividade e os respectivos relacionamentos que estas atividades têm com os demais processos da empresa, a resistência tende a ser menor, já que diminui o número de áreas cinzentas bem como o risco de ser responsabilizado por algo que

não deveria ser feito, como também a possibilidade de ser recompensado por fazer a “coisa certa”, o que já é um passo importante nesta jornada rumo ao GRO.

Vale lembrar que o conceito de LdD não é novo no mercado e já vem sendo adotado por muitas empresas, principalmente as do setor Financeiro, porém sua contribuição tanto na GRO bem como nos benefícios empresariais – já que sua adoção eficaz leva necessariamente à revisão das estruturas vigentes – ainda carece de uma implantação adequada.

20.7 Só podemos gerenciar aquilo que compreendemos

Portanto, o poder do modelo LdD está em facilitar o modo como as práticas de GRO devem ser implementadas numa empresa, o que contribui para que a cultura de GRO seja efetivamente comunicada e entendida.

Mais do que isso, permite repensar a estrutura organizacional vigente, aperfeiçoando-a e permitindo que as práticas de gestão de risco sejam parte integral do Modelo de Negócios.

21 CORRUPÇÃO PRIVADA

Juliana Sá de Miranda

Sócia das áreas de Direito Penal Empresarial e Compliance e
Integridade em Machado Meyer Advogados

Gabriela Arcentales

Advogada Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados

O fenômeno da corrupção não é um assunto novo. O termo “corrupção” já era empregado na Grécia antiga para designar regimes políticos que serviam a interesses de grupos ou setores particulares, ao invés de seguirem as leis ou de visarem pelo bem-estar dos cidadãos.¹

Etimologicamente, o termo corrupção vem da expressão latina *corrumpere* que significa deterioração, depravação, alteração. Já sua definição no vocabulário brasileiro corresponde à degradação de valores morais ou dos costumes, ao ato ou efeito de subornar alguém para vantagens pessoais ou de terceiros.²

Contudo, a palavra “corrupção” vem sendo automática e involuntariamente associada à Administração Pública e prati-

¹ CHAVES, Anna Cecília dos Santos. A corrupção privada no Brasil. In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 4. P. 236.

² Definição obtida no dicionário Michaelis. <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=we1w>. Acesso em 02.02.2021.

camente limitada à relação entre oficiais públicos (nacionais ou estrangeiros) e particulares.

Não é atoa que os mais famosos instrumentos legais e parâmetros de *compliance* tem sido diplomas enfocados no enfrentamento à corrupção pública, são exemplos notórios os constantemente citados *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em âmbito internacional, e a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), no contexto brasileiro. Assim, as empresas têm voltado seus esforços para a elaboração e implementação de um programa de integridade eficiente na prevenção e no combate à corrupção pública.

Porém, no âmbito das relações entre particulares, é também inegável a existência de acordos ilícitos, de priorização de interesses privados em detrimento de interesses coletivos e de uso de artifícios para obter vantagens ilegais e antiéticas. Prova disso é que as empresas privadas acabam perdendo consideráveis porções de sua receita anual devido à corrupção privada.

Um estudo realizado pelas Nações Unidas sobre fraude e abuso de confiança coletou dados de 2.690 casos em 125 países e identificou que na América Latina e no Caribe os casos de corrupção privada causaram um prejuízo médio de USD 193.000 e tem uma duração aproximada de 18 meses. O estudo ainda revelou que 82% dos casos estão localizados na América Latina e que 45% das empresas vítimas são empresas privadas que tiveram um prejuízo médio de USD 150.000,00 em razão das fraudes

contra um prejuízo de USD 156.000,00 sofrido pelas empresas públicas.³

No mesmo sentido, um estudo da PWC conduzido em 2020 constatou que 37% das fraudes são perpetradas por colaboradores internos e 20% pela associação de colaboradores internos a agentes externos.⁴

O advento da pandemia do COVID-19 afetou também negativamente as empresas que passaram a observar um aumento de 79% nos casos de fraude entre março e novembro de 2020 em virtude de diversos fatores como trabalho remoto, intensificação do uso de ferramentas tecnológicas e insegurança financeira.⁵

Em resumo, há evidências concretas do impacto financeiro da corrupção privada. Além disso, a longo prazo, as empresas com uma cultura de corrupção, pública e/ou privada, acabam por tornar-se ambientes pouco atraentes para colaboradores, fornecedores, clientes e investidores.

Eis aí a importância de expandir os controles e os mecanismos de prevenção para além dos casos de corrupção pública. Os riscos de integridade não estão restritos às interações

³ Report to the Nations – 2018 – Global Study on Occupational fraude and abuse. Latin America and the Caribbean edition. https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/rtnn/2018/RTTN-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf Acesso em 02.02.2021.

⁴ <https://www.pwc.com/gx/en/forensics/gecs-2020/pdf/global-economic-crime-and-fraud-survey-2020.pdf> Acesso em 02.02.2021.

⁵ Fraud in the Wake of COVID-19: Benchmarking Report elaborado pela Association of Certified Fraud Examiners – ACFE. <https://www.acfe.com/covidreport.aspx> Acesso em 02.02.2021.

com o poder público, aliás, uma cultura de ética e integridade eficaz pode inclusive contribuir para o crescimento e sucesso da empresa.

21.1 Identificando atos de corrupção privada

Pois bem, antes de prevenir ou reprimir casos de corrupção privada, é indispensável entender as condutas que podem ser caracterizadas como corrupção privada, como identificá-las e se é possível sancioná-las e preveni-las.

A conduta se define basicamente pela ocorrência de um ajuste entre duas (ou mais pessoas) para obter alguma vantagem, benefício ou poder em detrimento de uma terceira pessoa (ou entidade) através de uma manobra externa aos padrões previamente estabelecidos.⁶ Em uma definição mais direta, trata-se de uma relação formada por três pessoas:

(. . .) o principal, que seria aquele que estabelece relação com o agente, o qual passa a atuar em sua representação, e o outro, que oferece vantagem ao agente para que traia o principal, por meio

⁶ Note-se que a definição que se busca neste texto é uma definição lato sensu que possibilite guiar os programas de compliance das empresas orientá-los no estabelecimento ou melhoramento de uma cultura de integridade. Não se analisará, neste âmbito, a definição de um conceito penal de corrupção privada ou uma análise a luz da possibilidade ou necessidade de instituir-se o tipo penal corrupção privada no ordenamento jurídico brasileiro.

da quebra dos deveres funcionais inerentes à sua posição de representante.⁷

O assunto é tão relevante que alguns diplomas internacionais já contêm disposições específicas sobre corrupção no setor privado, inclusive, recomendando a adoção de medidas domésticas de combate à corrupção privada.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5. 687/2006) estabelece em seu artigo 21 que cada “Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais”.⁸

No mesmo sentido, a Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa estipula que cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que entenda como necessárias para classificar como infração penal o fato de uma pessoa, intencionalmente, no âmbito de uma atividade comercial, prometer oferecer ou entregar, direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida a qualquer pessoa que seja dirigente ou que trabalhe para entidades do sector privado, em benefício próprio ou de terceiros, para que essa pessoa pratique ou se abstenha de praticar um ato com

⁷ CHAVES, Anna Cecília dos Santos. A corrupção privada no Brasil. In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 4. P. 237.

⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm Acesso em 04.02.2021.

violação dos seus deveres.⁹

O relatório da *Criminal Law Convention on Corruption* do Conselho da Europa menciona inclusive as repercussões dos atos corruptos nas esferas trabalhista, cível e criminal, e, especialmente, lista motivos essenciais para abordar também a corrupção no setor privado, entre os quais estão:

(. . .) The reasons for introducing criminal law sanctions for corruption in the private sphere are manifold. First of all, because corruption in the private sphere undermines values like trust, confidence or loyalty, which are necessary for the maintenance and development of social and economic relations. Even in the absence of a specific pecuniary damage to the victim, private corruption causes damage to society as a whole. In general, it can be said that there is an increasing tendency towards limiting the differences between the rules applicable to the public and private sectors. This requires redesigning the rules that protect the interests of the private sector and govern its relations with its employees and the public at large. Secondly, criminalisation of private sector corruption was necessary to ensure respect for fair competition. Thirdly, it also has to do with the privatisation process. Over the years important public functions have been privatised (education, health, transport, telecommunication etc). The transfer of such public functions to the private sector, often related to a massive privatisation process, entails transfers of substantial budgetary

⁹ https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf Acesso em 04.02.2021.

allocations and of regulatory powers. It is therefore logical to protect the public from the damaging effects of corruption in businesses as well, particularly since the financial or other powers concentrated in the private sector, necessary for their new functions, are of great social importance. (g.n.)¹⁰

Tanto a definição dogmática quanto aquelas mencionadas em diplomas internacionais apontam para o indivíduo que ostenta a posição de representação e, diante de um conflito de interesses com o principal, é movido a desempenhar suas funções de forma desviada. Impelido a optar entre agir em conformidade com as obrigações que lhe são atribuídas e tentar obter benefício indevido mediante o descumprimento de seus deveres, o agente escolhe a segunda opção.¹¹

Ou seja, trata-se de uma verdadeira quebra de confiança e lealdade. É o caso, por exemplo, de funcionários do setor de procurement ou compras que celebram ajustes com determinados fornecedores para que estes sejam escolhidos, em troca de uma quantia ou porcentagem do contrato firmado com a empresa (*kickback payment*).

É também o caso de diretores ou gerentes que,

¹⁰ Item 52, notas explicativas ao artigo 7. <https://rm.coe.int/16800cce441999>
Acesso em 02.02.2021.

¹¹ GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015, p. 30-32.

aproveitando-se do amplo, não raramente irrestrito, acesso às informações confidenciais da empresa, decidem aliar-se (entre si ou com terceiros) para utilizar indevidamente essas informações. Seja para constituir um concorrente capitaneado por eles ou para repassar as informações a um concorrente em troca de uma quantia ou da promessa de uma posição executiva (concorrência desleal).

Encaixa-se da mesma forma nesse conceito um grupo de funcionários que se reúnem para fraudar seus resultados ou as receitas da companhia de modo a obter uma remuneração variável maior pois ela estaria diretamente atrelada a uma porcentagem dos números manipulados.

Ainda que pareça distante, é o caso também de uma colaboradora que privilegia algum participante do processo de escolha de fornecedores, previa ou concomitantemente à apresentação da proposta, informações sobre as propostas apresentadas por outros concorrentes, em troca de qualquer benefício, vantagem ou valor.

Note-se que os exemplos listados anteriormente fazem parte do dia a dia de qualquer empresa, brasileira ou estrangeira, de todos os portes e setores da indústria que se veem obrigados a lidar com essas situações interna e externamente.

21.2 Repercussões penais da corrupção privada

Além de graves violações de *compliance*, os exemplos apresentados podem trazer sérias repercussões legais nas esferas trabalhista, cível e penal. Com relação a esta última, é necessário ressaltar que algumas jurisdições já contemplam o tipo penal “corrupção privada” em seus ordenamentos jurídicos.

São exemplos de países que incluíram essa figura no sistema penal, Alemanha, França, Portugal e Espanha.¹² No Reino Unido, o famoso UK Bribery Act criminaliza a denominada “*comercial bribery*”.¹³ Já no caso dos Estados Unidos, há uma criminalização da figura do *kickback payment* para o contexto de *Health Care Programs*.¹⁴

¹² Para um estudo de direito comparado, consultar GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2015.

¹³ Section 1 e Section 2 do UK Bribery Act tratam das General bribery offences, isto é, qualquer tipo de conduta na qual seja oferecido, prometido ou dado vantagem indevida para a prática de atividade ou função relevante. Não há, nessas seções, a exigência de haver um agente público envolvida na transação, ao contrário, foreign public officials são mencionados a partir da Seção 6. Com relação às penas, elas são iguais para os casos de corrupção pública ou privada e estão previstas na Seção 11.

¹⁴ 42 U.S. Code § 1320a–7b - Criminal penalties for acts involving Federal health care programs “(b)Illegal remunerations (1)Whoever knowingly and willfully solicits or receives any remuneration (including any kickback, bribe, or rebate) directly or indirectly, overtly or covertly, in cash or in kind (. . .) shall be guilty of a felony and upon conviction thereof, shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned for not more than 10 years, or

No Brasil, embora não exista o tipo penal “corrupção privada”, isso não implica, necessariamente, a impunidade dessas condutas.¹⁵ A empresa lesada pelos atos de corrupção pode tomar medidas, inclusive penais, contra os envolvidos no esquema.

As medidas penais demandam uma assessoria técnica especializada uma vez que ao abrir o Código Penal não se encontra o artigo correspondente ao crime de “corrupção privada”. É necessário analisar as condutas cuidadosamente pois, na grande maioria das vezes, elas se adequam a tipos penais previstos no Código Penal ou na legislação esparsa.

O exemplo primordial é o crime de estelionato previsto no artigo 171 do Código Penal que consiste em “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. É o caso do nosso primeiro exemplo no qual o funcionário e o fornecedor se aliaram para garantir que este obtenha o negócio e possa repassar uma porcentagem àquele pela “ajuda”.

Mas o estelionato não é único exemplo, as figuras delitivas previstas na Lei nº 9.279/96 ganham também destaque

both”. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/1320a-7b> Acesso em 09.02.2021.

¹⁵ Diversos projetos de lei foram apresentados e tramitam incluindo a criminalização da corrupção privada. Nesse contexto, destacam-se os PL 3163/2015, PL 11171/2018 e PL 4480/2020 que tipificam as condutas de corrupção privada ativa e passiva. Todos estão ainda em trâmite perante na Câmara dos Deputados.

nesse âmbito, mais especificamente o crime de concorrência desleal. Há quem argumente inclusive que nosso ordenamento jurídico já prevê, embora não sob a nomenclatura “corrupção privada ativa e/ou passiva”, as figuras do suborno ativo e passivo de empregados de empresa privada na Lei de Propriedade Industrial.¹⁶

Também relevante quando se trata de corrupção privada não se pode desconsiderar outros tipos penais como o do furto qualificado com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza (artigo 155, §4º, II do Código Penal) ou mediante concurso de duas ou mais pessoas (artigo 155, §4º, IV do Código Penal).

21.3 Prevenindo a corrupção privada

Pois bem, uma vez estabelecidas as definições, as formas de detecção e sanções aplicáveis, resta saber como prevenir essas condutas dentro de uma organização privada.¹⁷ Estabelecer regras e procedimentos é sem dúvida o primeiro passo para mitigar essa

¹⁶ CHAVES, Anna Cecília dos Santos. A corrupção privada no Brasil. In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Vol. 4. P. 251.

¹⁷ O relatório da Criminal Law Convention on Corruption define que: private sector entities refer to companies, enterprises, trusts and other entities, which are entirely or to a determining extent owned by private persons. This of course covers a whole range of entities, notably those engaged “in business activities”. They can be corporations but also entities with no legal personality. <https://rm.coe.int/16800cce441999> Acesso em 02.02.2021.

inevitável exposição a atos da corrupção privada, mas é também importante diagnosticar a cultura e os valores vigentes dentro da organização.

Isso porque além das causas individuais que podem levar ao cometimento de condutas corruptas, a existência de uma cultura antiética que permita ou até incentive esse tipo de comportamento pode ser um fator determinante para a ocorrência e incidência de atos de corrupção, pública ou privada. Nesse ponto deve-se prestar especial atenção para ambientes providos de “jeitinhos” e atitudes como: “todo mundo faz”, “se eu não fizer alguém vai fazer”, “não é a minha responsabilidade”, “os meios justificam os fins”, entre outros.

Uma cultura de corrupção contribui para a institucionalização, racionalização e socialização de atos de corrupção, tanto pública quanto privada. Essa cultura é assentada em diversos fatores como crescimento orientado apenas pelo lucro, lideranças despreparadas, altos níveis de autonomia e discricionariedade, falta de transparência, responsabilidade e ética. Nesse tipo de ambientes, mesmo as regras e procedimentos estabelecidos visando à promoção da integridade correm o risco de ser obedecidos apenas de forma seletiva ou facilmente descumpridos.

É por isso que elaborar um Código de Conduta e políticas internas é somente o primeiro passo.¹⁸ Deve-se desenvolver uma

¹⁸ As empresas sediadas em diversas jurisdições devem prestar especial

cultura ética dentro da empresa através de um efetivo programa de integridade que tenha impacto sobre o comportamento de todos os stakeholders (funcionários, clientes, investidores, parceiros comerciais).

O desenvolvimento de uma cultura ética implica liderar através do exemplo, isto é, antes de exigir dos stakeholders que atuem com integridade e ética, é necessário que a entidade privada demonstre que está disposta a “*walk the talk*” através de um sistema de gestão e remuneração que não contrarie ou enfraqueça esses valores essenciais.

O comportamento ético esperado daqueles que se relacionam com a empresa deve ser inserido no dia a dia da empresa de forma reiterada e constante nas operações e interações com todos os *stakeholders*. Tratando-se especificamente de corrupção privada, é recomendável incluir exemplos cotidianos nos treinamentos, nas comunicações, políticas e normas internas para passar a mensagem de que os comportamentos devem ser pautados por valores éticos mesmo quando não se interage com a administração pública.

Nessa toada, o tão conhecido jargão de compliance, “*tone at the top*” é fundamental. Para viabilizar o desenvolvimento e manutenção de uma cultura de ética e integridade, é necessário que exista um comprometimento total e irrestrito por parte de

atenção a esse tema na hora de elaborar seu programa de compliance já que alguns países incluíram a corrupção privada no seu rol de condutas criminosas.

todos, especialmente da alta liderança. Empresas nas quais as regras e procedimentos valem para todos, exceto para quem está no topo, estão fadadas ao fracasso na empreitada de construir uma cultura de integridade.

Os casos de corrupção privada são talvez aqueles nos quais é ainda mais importante ter programas de *compliance* efetivos. Primeiro porque as pessoas têm dificuldade em entender que o ajuste entre particulares também é uma atividade ilícita. Segundo porque a grande maioria de casos envolve um conflito de interesses que nem sempre possui política interna própria ou procedimentos claros e precisos. Terceiro porque diversas empresas ainda não implementaram políticas de *Know your Client/Supplier/Partner* e uma verificação prévia das pessoas com as quais vão interagir, o que é fundamental para uma prevenção efetiva.

Tanto no âmbito da prevenção como da investigação e repressão de condutas corruptas, tem grande destaque a política e os procedimentos internos de segurança da informação. Esses procedimentos devem se implementados, explicados e treinados com exemplos concretos, independentemente da indústria na qual a empresa atua.

Uma cultura de integridade, porém, é algo que está em constante evolução e aprimoramento já que a própria sociedade e o mercado sofrem também transformações ao longo do tempo. A empresa deve estar atenta e se adaptar às mudanças de mercado,

do tamanho da empresa, da rotina dos funcionários, dos meios de comunicação, entre outros. As mudanças no regime de trabalho trazidas pela pandemia do coronavírus, por exemplo, não podem passar despercebidas pela equipe de compliance nem pela alta liderança.

Para garantir essa constante mudança que permita uma adaptação às condições do momento, as apurações internas têm um papel fundamental já que, na maioria das vezes, é através do processo de investigação de denúncias recebidas que se observam os pontos de atenção, os assuntos que devem ser reforçados e os mecanismos de controle e prevenção que precisam de ajustes.

E como tudo no *compliance* está conectado e deve funcionar de maneira sincronizada e harmoniosa, as apurações internas que possibilitam essas melhorias no programa e na cultura da empresa, dependem da existência de um canal de denúncia independente e imparcial que garanta o anonimato e que passe confiança aos usuários.

21.4 Conclusões

Em suma, a existência de acordos ilícitos entre particulares pode se dar em diversos contextos e afetar empresas de todos os tamanhos e setores trazendo sérios prejuízos financeiros, comerciais e até reputacionais. A conduta corrupta implica uma quebra de lealdade provocada ou reforçada por um

acordo de vontades e essa ruptura não se restringe às interações com agentes públicos.

É por isso que, mesmo se tratando de um ajuste entre particulares, é possível definir-se uma conduta como corrupta e inclusive classificá-la como crime gerando as consequências trabalhistas, cíveis e penais correspondentes para os envolvidos. Uma empresa com uma cultura corrupta torna-se pouco atrativa para funcionários, investidores e clientes e pode ser insustentável a longo prazo. A maneira mais eficaz de se combater a corrupção privada é desenvolvendo uma cultura ética, doutrinando aqueles com os quais a empresa se relaciona a manter sempre um comportamento íntegro em qualquer situação ou interação.

Para isso é essencial implementar um programa de integridade efetivo que contenha todas as diretrizes e procedimentos necessários, mas que também se preocupe em transmitir diariamente os valores essenciais aplicados a casos cotidianos e que conte com o apoio da alta administração através do exemplo.

Por fim, a capacidade de adaptação às mudanças de mercado, da sociedade, do perfil e do tamanho da empresa. Uma cultura de integridade é fundamental para prevenir atos de corrupção, tanto pública quanto privada, e para isso é imprescindível que a empresa possa se adaptar às mudanças externas e internas.

22 DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A

O DILEMA FINANCEIRO VS COMPLIANCE E MEDIDAS PÓS AQUISIÇÃO

Thiago Armigliato Maroli

LL.M. U.C. Berkeley - Sócio das áreas de M&A e Societário do NHM
Advogados

O ambiente empresarial vem passando por uma rápida transformação e modernização que demandam, cada vez mais, de seus gestores e diversos departamentos uma mudança de atitude e quebra de paradigmas para se manterem relevantes e competitivos.

A globalização há muito tempo deixou de ser uma tendência e passou a ser uma realidade enraizada de forma cada vez mais profunda em nossa sociedade, e no modo como as empresas atuam e são vistas. Temas antes tratados com maior relevância apenas em alguns mercados e porte empresarial passaram a ter uma abrangência muito maior, e o *compliance* é um deles.

A exposição ao risco, não só financeiro, mas também de danos à imagem, vem ganhando maior destaque e peso nas tomadas de decisões, corroborado pela disseminação de novas e melhor estruturadas leis e práticas anticorrupção, não só no Brasil, mas nas mais diversas jurisdições.

Citadas práticas anticorrupção que, a não muito tempo atrás eram vistas com certo ceticismo em certas jurisdições pela dificuldade de aplicação prática, passaram a povoar os noticiários nacionais e internacionais, com a divulgação de diversos escândalos de corrupção e punições a esta relacionadas, afetando não só os executivos envolvidos, mas também políticos e as próprias empresas em si que, a depender do caso, podem ter suas operações e imagem seriamente comprometidas.

No Brasil, a *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977¹ (“FCPA”), lei anticorrupção norte americana, há muito tempo conhecida no meio jurídico, bem como a recente Lei Anticorrupção brasileira de 2013 (Lei 12.846/13)², que voltaremos a falar mais adiante, ganharam mais notoriedade, em especial no meio corporativo, sendo muitos os exemplos de sua aplicação no passado recente, fomentando a necessidade do fortalecimento de equipes e programas de *compliance* nas empresas.

Muitos são os motivos que poderiam ser elencados como incentivadores desta mudança, que está apenas começando e tem muito a evoluir, mas abriríamos uma discussão que se estenderia muito além do objetivo de nosso tema. Não obstante, podemos citar alguns, sem almejar ser exaustivo, tão pouco taxativo, que podem enriquecer o que discutiremos a seguir, como:

¹ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

- 1) o já citado avanço e evolução das leis anticorrupção, sua aplicabilidade e punibilidade;
- 2) uma crescente conscientização das pessoas quanto ao tema corrupção, que cada vez mais tem deixado os círculos especializados e avançado, mesmo que de forma ainda incipiente, em setores da população que antes poderiam não se atentar e/ou saber lidar com o tema na forma devida;
- 3) avanços tecnológicos de avaliação e monitoramento de práticas, que estão cada dia mais abrangentes e acessíveis, possibilitando uma cobertura, análise e verificação muitomais célere dos temas; e
- 4) advento de novas leis e práticas correlatas, como os recentes e populares temas das Leis Gerais de Proteção de Dados (Lei 13.709/19)³ – “LGPD” brasileira, que entrou em vigor em 2020 e “GDPA” europeia - que serviu de inspiração para lei brasileira - bem como de práticas “ESG” – *Environmental, Social e Governance*, que visa fomentar e valorizar as práticas de ambientais, sociais e de governança corporativa nas empresas, sendo esta última, profundamente relacionada com as práticas anticorrupção, etc.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

Oportuna a difusão do *compliance*, mas qual a relação entra a questão da anticorrupção com o procedimento de *due diligence* em M&A?

22.1 Questões Gerais relacionadas ao M&A

Antes abordarmos o tema específico, cumpre explorar um pouco alguns conceitos de “M&A” - Mergers and Acquisitions, terminologia em inglês popularmente utilizada para prática pátria referida como Fusões e Aquisições.

O conceito de M&A é mais complexo e abrangente que pode parecer em um primeiro momento, não se resumindo apenas a operações milionárias de compra e venda de empresas de grande porte, podendo assumir diversas roupagens e estruturas, das mais simples as mais complexas. Uma operação de M&A pode envolver empresas ou grupo de empresas dos mais diversos tamanhos e setores, sendo um importante instrumento estratégico utilizado desde os pequenos empresários ou empreendedores querendo aprimorar ou consolidar seu negócio, até grandes grupos empresariais internacionais com as mais diversas finalidades, e aqui surge um primeiro ponto que abordaremos mais para frente que são as culturas empresariais, por muitas vezes muito complexas e distintas e que passam a ter que “coexistir” e convergir, com prováveis adaptações, após a conclusão da operação.

Importante, ainda, ressaltar que as operações de M&A vão muito além de sua nomenclatura, podendo envolver, apenas para citar algumas, a referida compra e venda que pode se desdobrar, por exemplo, em compra e venda de quotas ou ações (a depender do tipo societário), representando uma participação societária majoritária, minoritária ou total; de ativos, quando não se adquire participação societária em si, mas certo(s) ativo(s) que compõe os ativos em uma sociedade; de estabelecimento – referido como *trespasse*; bem como reorganizações societárias como fusões, cisões e incorporações; *Joint Ventures*, etc, cada uma das quais com suas peculiaridades e características que devem ser muito bem estudadas e avaliadas, em função das nuances que cada operação pode trazer e desencadear, em especial quanto ao risco, que tem especial relevância em nosso tema.

No que tange a sua operacionalização, uma operação de M&A normalmente envolve quatro grandes fases:⁴ (i) pré-operação, englobando atos preparatórios onde busca-se entender os interesses, expectativas e condições iniciais para condução da operação pelas partes, comprador e vendedor, costumeiramente acompanhada de uma carta de intenções ou memorando de entendimentos que tratarão, de forma inicial, tais

⁴ Citadas fases não devem ser entendidas como uma regra fixa, tão pouco que visa ser uma lista exaustiva e/ou taxativa, visto que cada operação, mesmo que aparentemente similares, possuem suas peculiaridades e contextos específicos que podem demandar um remanejamento da estrutura ou uma abordagem completamente única, sujeitas a procedimentos, documentos, obrigações e condições específicos.

conceitos (podendo ser vinculante ou não), bem como obrigações de confidencialidade; (ii) negociação e avaliação, englobando principalmente a due diligence/auditoria e negociação de contratos da operação; (iii) fechamento da operação - “closing”, quando satisfeitas e/ou aceitas as condições para o fechamento e a assinatura dos contratos finais; e (iv) pós aquisição onde serão conduzidas as operações da compradora e/ou vendedora, a depender da estrutura da operação, já sob a nova roupagem, compreendendo também procedimentos de integração, consolidação e ajustes das práticas e operações em vista do acordado nas fases anteriores.

O procedimento de auditoria não é obrigatório, entretanto recomendável na maioria dos casos de modo que se tenha um melhor conhecimento sobre, idealmente, os principais riscos a que a compradora poderá se expor ao prosseguir e concluir a operação. Dentre os principais temas abordados e objeto de uma auditoria na(s) empresa(s) alvo, podemos citar o financeiro, contábil, jurídico e compliance, buscando-se entender a estrutura financeira, contábil, comercial, operacional e cobrindo temas do âmbito jurídico que tendem a variar conforme a estrutura da operação e características das partes envolvidas, mas comumente abordando as práticas contratuais, trabalhistas, fiscais, ambientais, processuais, de propriedade intelectual, regulatória, ambiental, tecnologia, concorrencial, societária e, nos últimos anos de *compliance* e proteção de dados, que passaram a ganhar

mais protagonismo.

Apesar das técnicas e ferramentas de auditoria estarem cada vez mais evoluídas, seus resultados não devem ser entendidos como exaustivos e/ou conclusivos, uma vez que, dentre outros motivos por dependerem do fornecimento de informações por terceiros, as quais muitas vezes podem, mesmo que de boa-fé, não ser de conhecimento destes. Não obstante, os resultados da auditoria servirão como parâmetro para elaboração dos documentos da operação, direitos, obrigações e estruturas específicas e definição de ações a serem tomadas para o e após fechamento, o qual pode não acontecer a depender dos resultados da auditoria e do quão sanáveis e/ou aceitáveis, ou não, forem os eventuais problemas descobertos.

22.2 Auditoria Anticorrupção e o M&A

Conhecendo um pouco mais sobre a estrutura geral de uma operação de M&A, voltemos a temática da auditoria anticorrupção e porque inclui-la em um procedimento de auditoria no M&A. Se vivenciamos um ambiente empresarial cada vez mais competitivo, onde os diversos departamentos das empresas são cobrados para otimizarem custos e serem mais eficientes, então por que gastar mais recursos e tempo com algo que, em uma primeira vista, poderia ser previsto e endereçado entre as partes contratualmente em uma operação de M&A? Um

direcionador é o risco, cujo desconhecimento e negligência podem potencializar de forma crítica, a ponto de cláusulas contratuais bem elaboradas poderem não ser suficientes para compensá-lo.

Diferentes países possuem diferentes culturas, sendo que práticas por muitas vezes legais e/ou ao menos toleradas em certas jurisdições podem ter uma conotação e/ou consequências completamente diferentes em outras, muitas vezes negativas. Isso se aplica também para empresas, possuindo cada uma suas peculiaridade e práticas que vão muito além do que vemos ou aparentam ser, mas de sua real atuação e exposição a risco. Operações internacionais costumam chamar mais atenção pelo costumeiro choque cultural em ambas as frentes, mas operações locais, ainda que entre partes de pequeno porte do mesmo ramo de atuação também requerem atenção, pois cada uma tem seu modo de fazer negócios que podem, ou não expor as partes a mais riscos.

Corroborando com tais preceitos, vemos uma crescente preocupação dos legisladores e órgãos reguladores com o tema. A já citada FCPA, em vigor de longa data, é comumente abordada em operações internacionais, em especial as envolvendo empresas norte americanas, uma vez que sua abrangência vai muito além da jurisdição norte americana, podendo trazer consequências negativas por atos lesivos realizados em outras jurisdições.

A FCPA foi promulgada com o objetivo de tornar ilegal

Capítulo 22. DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A

para certas classes de pessoas e entidades fazerem pagamentos a funcionários públicos estrangeiros para ajudar na obtenção ou manutenção de negócios. Especificamente, as disposições antissuborno da FCPA proíbem o uso intencional dos correios ou qualquer meio de instrumentalidade do comércio interestadual de forma corrupta em promoção de qualquer oferta, pagamento, promessa de pagamento ou autorização do pagamento de dinheiro ou qualquer coisa de valor para qualquer pessoa, sabendo que todo ou parte de tal dinheiro ou coisa de valor seria oferecido, dado ou prometido, direta ou indiretamente, a um oficial estrangeiro para influenciar o oficial estrangeiro em suas atribuições oficiais, induza o oficial estrangeiro a praticar ou deixar de praticar um ato que viole seu dever legal ou para garantir qualquer vantagem indevida a fim de auxiliar na obtenção ou manutenção de negócios para, ou com - ou direcionar negócios - para qualquer pessoa.⁵

Desde 1977, as disposições ⁶antissuborno da FCPA

⁵ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

⁶ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> : “Mergers and Acquisitions (M&A) A well-designed compliance program should include comprehensive due diligence of any acquisition targets, as well as a process for timely and orderly integration of the acquired entity into existing compliance program structures and internal controls. Pre-M&A due diligence, where possible, enables the acquiring company to evaluate more accurately each target’s value and negotiate for the costs of any corruption or misconduct to be borne by the target. Flawed or incomplete pre- or post-acquisition due diligence and integration can allow misconduct to continue at the target company, causing resulting harm to a business’s profitability and reputation and risking civil and criminal liability. The extent to which a company subjects its acquisition targets to

Capítulo 22. DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A

aplicam-se a partes norte americanas e a certos emissores estrangeiros de títulos. Com a promulgação de certas emendas em 1998, as disposições antissuborno da FCPA passaram a serem aplicáveis a empresas e indivíduos estrangeiros que pratiquem, diretamente ou por meio de terceiros, um ato de corrupção em território do Estados Unidos.

Do ponto de vista internacional, o tema da auditoria anticorrupção em procedimentos de M&A, bem como os procedimentos pós aquisição, ganharam especial atenção quando passaram a ser considerados de forma expressa,⁷ pelo Departamento de Justiça Americano (DOJ) como uma importante consideração na avaliação da eficácia de um programa de ética e compliance. A forma como a auditoria foi conduzida, a integração desta com os procedimentos do M&A e

appropriate scrutiny is indicative of whether its compliance program is, as implemented, able to effectively enforce its internal controls and remediate misconduct at all levels of the organization. Due Diligence Process – Was the company able to complete pre-acquisition due diligence and, if not, why not? Was the misconduct or the risk of misconduct identified during due diligence? Who conducted the risk review for the acquired/merged entities and how was it done? What is the M&A due diligence process generally? Integration in the M&A Process – How has the compliance function been integrated into the merger, acquisition, and integration process? Process Connecting Due Diligence to Implementation – What has been the company’s process for tracking and remediating misconduct or misconduct risks identified during the due diligence process? What has been the company’s process for implementing compliance policies and procedures, and conducting post-acquisition audits, at newly acquired entities?”

⁷ <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

sua implementação, desde a estruturação passaram a ser avaliados e claramente considerados.

No Brasil, que a já citada Lei Anticorrupção trouxe maior relevância para a questão do *compliance*, não resta dúvida, mas no âmbito de uma auditoria de M&A a questão do *compliance* anticorrupção ganhou visibilidade e relevância, visto que, além das regras de sucessão relacionadas a uma operação de M&A, já previstas em nosso ordenamento jurídico, a citada lei prevê⁸ a responsabilidade objetiva tanto na esfera administrativa, quanto civil de pessoas jurídicas (fato que não exclui a responsabilização individual) pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, prevendo, ainda, de forma expressa que subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, ou seja, a compradora (incluindo controladora, controlada e coligadas) pode arcar financeiramente com atos de corrupção praticados, direta ou indiretamente, pela empresa adquirida,⁹ estimulando as empresas a reforçarem o

⁸ Arts. 1º e 2º da Lei 12.854/13 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm
“Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por

rigor com que tratam questões de *compliance*, inclusive com relação a terceiros, como fornecedores e prestadores de serviço. No contexto de uma operação de M&A, riscos de responsabilização como os acima citados, somados a eventuais passivos materializados, ou não, e danos a imagem que podem ocorrer costumam ter efeitos diretos em questões sensíveis a operação, que vão muito além dos ajustes negociais como condições para fechamento da operação e garantias contratuais, podendo impactar diretamente na precificação da operação ou até mesmo na viabilidade/atratividade desta como um todo, de modo que a depender do perfil das empresas envolvidas na operação, por exemplo, é cada vez mais comum a realização da auditoria de *compliance* em momento anterior ao das demais áreas que abordamos acima.

Do ponto de vista prático, uma *due diligence* de

atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

“Art. 4º Subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária.

§ 1º Nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, devidamente comprovados.

§ 2º As sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei, restringindo-se tal responsabilidade à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado.”
(grifos nossos)

compliance costuma englobar três etapas principais; (i) análise do perfil de risco de *compliance* da empresa alvo e natureza da operação; (ii) análise e classificação de riscos, práticas, procedimentos e pontos de atenção; (iii) definição de práticas e medidas a serem adotadas, sejam elas pré e/ou pós fechamento da operação, podendo, inclusive serem sugeridas como parte das condições para o fechamento.

Ainda, uma auditoria de *compliance* precisa ser efetiva, de modo a, além de avaliar os riscos da operação relacionados à temática, demonstrar que tomou todas as medidas razoavelmente necessárias para descobrir e sanar os problemas encontrados, sejam eles passados e/ou correntes no momento das negociações. Prazos e recursos costumam ser limitados, sendo de extrema importância que as equipes a frente do M&A e da auditoria de *compliance* (caso não sejam integradas) estejam alinhadas. Temas sensíveis e confidenciais são parte de uma operação de M&A e descumprimentos costumam ser passíveis de penalidades. Excesso desarrazoado de cautela, inclusive, podem ser prejudiciais a uma operação resultando em eventuais perdas evitáveis de oportunidade, por questões que seriam sanáveis ou não tão graves na prática. Por essa e outras razões que a análise do perfil de risco de *compliance* da empresa alvo e natureza da operação deveriam ser feitas, idealmente, na fase negocial/pré-auditoria, possibilitando o desenvolvimento de um efetivo e estruturado plano de ação condizente com a real natureza da ope-

ração e empresas envolvidas.

Superada a fase inicial, a importância de um plano efetivo ganha relevância, também, por conta da questão custo e tempo. Muito além de uma análise documental de planos, controles, programas e códigos internos da empresa alvo, por exemplo, por conta da exposição ao risco e responsabilização abordada anteriormente, uma auditoria de *compliance* precisa entender as práticas não só da empresa alvo em si, mas de terceiros (como fornecedores e prestadores de serviço), demais empresas relacionadas relevantes, bem como relações com a administração pública.

Outros procedimentos, normalmente necessários, como de “*fact-finding*”, que podem demandar equipes especializadas e práticas adicionais, bem como entrevistas com membros das empresas alvo, que costumam ser realizadas “*top-down*”, ou seja, dos membros do alto escalão até funcionários chave, também demandam alocação de recursos, tempo e custos, que não devem ser subestimados.

Custos e tempo são questões paralelas, mas muito relevantes e profundamente enraizadas no contexto de uma operação de M&A, de modo que um plano de auditoria de *compliance* não bem estruturado pode consumi-los de forma excessiva, encontrando resistência para sua aprovação, culminando, eventualmente, em decisões equivocadas e arrependimentos futuros que poderiam ter sido evitados. O

“custo do arrependimento” pode ser muito superior ao custo de uma auditoria, por isso é de suma importância que os executivos a frente da operação recebam informação de qualidade para uma tomada de decisão consciente.

22.3 Providências Pós Aquisição

Por fim, mas não menos importante no contexto do *compliance* em uma operação de M&A efetivada há a questão dos procedimentos pós aquisição, que seguem duas frentes básicas: a remediação dos eventuais problemas de *compliance* descobertos durante a auditoria, e a integração e/ou aprimoramento dos programas e treinamentos de ética/*business conduct* e *compliance* da compradora e da empresa adquirida, se ainda existente, a depender da estrutura e tipo de operação.

Logo após o fechamento de uma operação de M&A é comum que os times envolvidos estejam cansados e com a sensação de desafio concluído, mas os procedimentos acima indicados não devem tardar a serem iniciados ou menosprezados, sob pena de problemas antes contornáveis ou não existentes tornarem-se críticos ou até se materializarem. Prazos sensatos devem ser definidos e respeitados.

Vale lembrar que o período pós aquisição é de adequação e aprendizado e deve ser observado com cuidado e de forma condizente com a estrutura e características de cada operação e

Capítulo 22. DUE DILIGENCE ANTICORRUPÇÃO EM OPERAÇÕES DE M&A

empresas envolvidas. As adequações de práticas de ética/business conduct e compliance de tais empresas devem ser avaliadas e acomodadas, quando necessário. A diferença cultural que mencionamos anteriormente deve ser considerada e endereçada de forma cuidadosa, promovendo-se treinamentos específicos aos novos integrantes, tomando o devido cuidado com os terceiros (*e.g.* fornecedores e prestadores de serviço), inclusive e possibilidade de reciclagem de conhecimento aos integrantes já pertencentes a empresa compradora, de modo que todos estejam integrados, não só do ponto de vista operacional, mas cultural, alinhados com as práticas de ética/business conduct e compliance a serem seguidas pelas empresas resultantes da operação de M&A.

Como pudemos observar, a temática do *compliance* no contexto de em uma operação de M&A é de relevante importância e, se bem aplicada e estruturada, tende a superar eventuais dilemas financeiros, sendo então de grande valia na proteção do valor e reputação do negócio.

23 A DECODIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES TRAZIDAS PELO WHISTLEBLOWER

A DECODIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES TRAZIDAS PELO *WHISTLEBLOWER* PARA A FORMALIZAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS PÚBLICO-PRIVADOS

Wilson Accioli de Barros Filho

Mestre em Direito do Estado pela USP, aprovado com distinção e louvor. Especialista em Direito Administrativo. Advogado

André Castro Carvalho

Pós-doutor no Massachusetts Institute of Technology (2016). É Bacharel, Mestre, Doutor e Pós-Doutor (2018) em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese 2014. Profissional certificado pela Association of Anti-Money Laundering Specialists - ACAMS. Professor e consultor.

O presente artigo propõe-se a correlacionar dois temas recentes e que aparentam estar incomunicáveis: o acordo administrativo público-privado e o fenômeno do *whistleblowing*. O principal objetivo é entender de que maneira uma informação a respeito de um ilícito ou irregularidade, trazida ao conhecimento de uma autoridade pública por meio de um *whistleblower*, poderá resultar na assinatura de um acordo administrativo público-privado válido e eficaz.

A recente publicação da Lei nº 13.964/2019, alterando e acrescentando novos institutos ao direito sancionador, reascendeu o debate sobre a participação da sociedade no combate a fraudes, irregularidades e atos de corrupção envolvendo a Administração Pública. Os escândalos da última década, revelados pela Operação Lava Jato, motivaram a atualização de legislações com novas ferramentas voltadas a elevar o poderio jurídico-normativo do Estado na identificação e punição de responsáveis por crimes como lavagem de dinheiro, corrupção, desvios de recursos públicos e superfaturamento de contratos administrativos.

O tema dos acordos impulsionou esse avanço. O sucesso das operações esteve diretamente ligado à assinatura de acordos administrativos e penais com os sujeitos investigados. Foi por intermédio destes ajustes que a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, a Justiça Federal e a Controladoria-Geral da União conseguiram acesso a dados e informações até então inacessíveis. A depender do tipo de acordo, em troca de incentivos jurídicos, como o perdão ou a diminuição da pena, implementou-se no Brasil um espírito de cooperação entre os setores público e privado.

Apesar disso, a afobação com que acordos foram sendo implementados descortinou uma série de inconsistências reveladoras de sua fragilidade jurídico-normativa, alertada por

órgãos internacionais como a OCDE.¹ Para obter informações confidenciais entre privados, o Estado chegou a violar, em algumas ocasiões, direitos e garantias fundamentais, ignorando-os a bem de satisfazer o interesse público das investigações. Assim, consideradas as experiências anteriores, é imperioso o surgimento de novos estudos avaliando a pertinência de um regime geral (autônomo)² a estes acordos público-privados que destaquem a necessidade de respeito a seus parâmetros fundamentais.

Mais recente que os acordos, o *whistleblowing* é uma das grandes novidades das práticas jurídicas do Direito nacional. No final de 2019, a Lei nº 13.964 criou a figura jurídica do “informante do bem”. A proposta é incentivar toda a sociedade a cooperar com o Estado no combate a fraudes, irregularidades e atos de corrupção no ambiente público brasileiro.

O *whistleblowing* surge no Brasil para seguir o êxito dos

¹ Cf. CARVALHO, André Castro. Acordos de leniência – recomendações da OCDE. O Estado de São Paulo. 15 fev. 2019. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,acordos-de-leniencia-recomendacoes-da-ocde,70002721980>>. Acesso em: 23.01.20.

² Cf. BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Acordos Administrativos no âmbito dos Precatórios Requisitórios Judiciais: um estudo dos modelos adotados por entes federados à luz do consensualismo. 2019. 345 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.51 et seq. e CARVALHO, André Castro. Por uma norma geral de acordos administrativos para ilícitos corporativos. Consultor Jurídico. 2 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-02/leniencias-ques-tao-norma-geral-acordos-ilicitos-corporativos>>. Acesso em: 23.01.20.

resultados atingidos pelo acordo de colaboração premiada. A diferença, contudo, é a posição jurídica da pessoa que prestará informação, assim como o incentivo estatal para quem desejar colaborar com o Estado reportando atos de corrupção. Diferente do colaborador ou delator,³ o informante não possui envolvimento com o fato criminoso. A sua ⁴posição jurídica é de terceiro alheio ao ilícito que, ao tomar ciência de uma ilegalidade, opta por levá-la ao conhecimento da autoridade competente para que esta proceda com as investigações. A contrapartida estatal não é o abrandamento ou o perdão da pena, como ocorre na colaboração premiada. O incentivo público dá-se na forma de proteção jurídica contra perseguições e de pagamento de quantia em dinheiro ao informante,⁵ à semelhança do que ocorre há séculos no sistema

³ A Lei nº 12.850/2013 utilizava-se apenas do verbo “colaborar”. No entanto, com as inclusões trazidas pela Lei nº 13.964/2019, passou-se a utilizar também o verbo “delatar” (vide art. 4º, § 10-A).

⁴ Cf. CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativo – standards internacionais para aplicação no Brasil. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coords). Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018 e CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Linha ética: funcionamento da denúncia, papel do denunciante e uso do canal de denúncias. In: CARVALHO, André Castro et al. Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵ A despeito das diferenças, a lógica entre o acordo de colaboração e o whistleblowing é semelhante: por meio da cooperação, com o incentivo para que os próprios criminosos ou terceiros não envolvidos (mas conhecedores do crime) cooperem com os órgãos de controle, ambas almejam vencer a incapacidade estrutural do Estado para responsabilizar a corrupção. Cf.: “Esse efeito de salvaguarda da boa empresa ressalta uma

jurídico norte-americano.

Esse artigo não tratará dos acordos de colaboração premiada ou dos acordos de leniência, talvez os mais conhecidos pela comunidade jurídica junto com os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) e os Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) do CADE. O sentido de acordo administrativo público-privado apresentado neste texto é introdutório e tem

diferença importante entre o qui tam author e o whistleblower, quando comparados com a chamada delação premiada e os acordos de leniência. A lei, ao prever a premiação do qui tam author e do whistleblower, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva interagir (destaquei) com um cidadão honesto, próximo aos fatos e que não obteve qualquer benefício com a fraude. Essa interação entre Estado e cidadão permitirá que possam eficazmente ser aplicadas integralmente (destaquei) as sanções previstas em lei e ressarcidos os danos. Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos que se levantam contra os malfeitores da sociedade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência impõem deva o Estado, para obter informações e aplicar a lei, negociar (destaquei) com pessoas e corporações desonestas, que já se beneficiaram ilícitamente e causaram danos a sociedade e terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros. Ou seja, nos acordos de delação e de leniência, o Estado é obrigado a renunciar em parte (destaquei) à aplicação das penalidades na intensidade prevista em Lei. Isso equivale à consequência prática de que a qui tam action e os programas de whistleblower trabalham para que o poder público atue em sua maior expressão e a remuneração que eventualmente disponibilizem, além de ser coberta pelo próprio causador do dano, venha a remunerar uma parte honesta da sociedade por um serviço prestado.” (ROCHA, Márcio Antônio. A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em: 10.12.19).

relação com o gênero “negócio jurídico público-privado”. A razão está no entendimento de que tão importante quanto estudar as suas espécies é investigar a estrutura jurídico-normativa autônoma do regime dos acordos administrativos no Brasil. Por isto é que as propostas abaixo não tacharão o acordo segundo suas espécies, preferindo denominá-lo somente de “público-privado”.

Diversos são os pontos de interrogação que tornam relevantes os debates propostos por este trabalho. Que papéis jurídicos acordo administrativo público-privado e *whistleblowing* compartilham? Como se relacionam os regimes jurídicos de cada instituto? Quais as circunstâncias específicas que condicionam a validade e a eficácia de um acordo administrativo motivado por um ato de *whistleblowing*? É possível que um acordo seja formalizado somente com base em informações reportadas por um *whistleblower*? A proteção da identidade do informante é absoluta quando correlacionada com o regime jurídico do acordo administrativo público-privado?

O roteiro argumentativo está estruturado da seguinte maneira: nos dois primeiros tópicos, serão introduzidos os temas do acordo administrativo público-privado e do *whistleblowing*. Neles, além dos conceitos e dos contextos nos quais estão inseridos os institutos, propostas reflexivas, em tons críticos, serão oferecidas. Na sequência, sistematizando o que foi dito nos pontos anteriores, o artigo enfrentará o seu objeto central, que é

compreender como acordo e *whistleblowing* poderão conviver de maneira harmônica no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no direito público.

23.1 Acordo administrativo público-privado: contexto, conceito e parâmetros fundamentais

O acordo administrativo está inserido no contexto da Administração Pública consensual.⁶ O consenso em âmbito administrativo é fruto da compreensão de que, para administrar, o Estado não precisa, necessariamente, dispor de medidas unilaterais e coercitivas. A noção atual de relação jurídica público-privada possui como fundamento o equilíbrio de vontades.⁷

⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (orgs). O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017), defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 523; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). Estudos atuais sobre ato e processo administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 25.

⁷ Como exemplo recente de previsão normativa da consensualidade, cite-se: art. 3º, §2º, do CPC, que consagra a ordem geral para o Estado, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos; A lei n. 13.140 de 2015, que determina expressamente, no inciso VI do art. 2º, a busca do consenso. E a lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cujo art. 26 autoriza a celebração de compromissos (acordos) que visem soluções jurídicas proporcionais, equânimes e eficientes, compatíveis com os interesses gerais.

O argumento ganha solidez quando cotejado com a teoria do Estado de Direito, cuja principal característica é a criação de uma abrangente e paritária ordem jurídica subordinadora de todos.⁸ Os reflexos para a Administração Pública resultam no fato de que toda relação jurídica subordinada ao Estado de Direito deve ser, necessariamente, formal-igualitária na perspectiva de direitos e sujeições.⁹ Isto é, direitos e obrigações, embora possam admitir normatização material específica, não se sobrepõem, inexistindo subordinação do direito do particular ao direito da Administração.¹⁰

⁸ DEBBASCH, Charles. Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun? In: MÉLANGES, René Chapus. Droit Administratif. Paris: Montchrestien, 2002, p. 128.

⁹ “A relação jurídica administrativa, como também dissemos, já é a consequência natural da relação jurídica constitucional que vê no cidadão um titular de direitos contra o estado em geral e a administração em particular e que pensa o contacto recíproco numa perspectiva tendencialmente paritária. A relação jurídica constitucional não é apenas uma relação entre os cidadãos e a Constituição. É uma relação entre os cidadãos e a lei e os direitos, de acordo com a Constituição”. (CABRAL DE MONCADA, Luiz S. Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 519).

¹⁰ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. Cit., p. 25. Conforme Pedro Machete: “as posições recíprocas do indivíduo e do Estado são necessariamente objeto de normas jurídicas vinculativas de ambos e aquelas posições juridicizam-se: o Estado e o indivíduo apresentam-se um perante o outro como titulares de direitos e deveres recíprocos”. (MACHETE, Pedro. Estado de Direito Democrático e Administração Paritária. Coimbra: Almedina, 2007, p. 444-445). Nas palavras de Bruno Grego dos Santos: “em se tratando de Estado de Direito democrático, este não pode dispor da posição jurídica dos particulares”. (SANTOS, Bruno Grego dos. Transação extrajudicial na Administração Pública. Tese

Assim, neste cenário, para instrumentalizar a ação pública ou resolver um conflito,¹¹ o Estado passa a dispor não apenas do ato e do contrato administrativos, mas também do acordo administrativo. Visto como uma nova categoria jurídica pela doutrina, o acordo administrativo surge para desempenhar o papel de antídoto contra o risco do autoritarismo público, a partir da consolidação do consensualismo, da negociação, da paridade e do diálogo na realidade pública brasileira.¹²

O acordo pode assumir a feição interadministrativa ou público-privada. A primeira é constituída exclusivamente por entes públicos e tem como função a organização administrativa.¹³ Por isto, via de regra, a relação por ela constituída ocorre em um ambiente paritário, de forças jurídicas equivalentes.¹⁴ Já o acordo público-privado é formado por pessoas públicas e privadas e a sua finalidade é instrumentalizar a ação pública, resolver um

(Doutorado em Direito). 2015. 348 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 74 e 75). Há quem compreenda, inclusive, que o fim atual do Estado não seja mais o interesse público, mas o direito fundamental do cidadão. (LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública dialógica. Revista Perspectiva, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, junho. 2010).

¹¹ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 102 e ss.

¹² Ibidem., p. 54.

¹³ Exemplo: consórcios, contratos de gestão e termos de ajustamento de gestão.

¹⁴ Embora valha a pena mencionar o desequilíbrio federativo brasileiro, causado, sobretudo, pelas diferenças de forças fiscais entre o ente nacional e os entes subnacionais, e entre os entes subnacionais entre si. Cf., por todos, CONTI, José Mauricio. Federalismo fiscal e fundos de participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

conflito, ou ambos.¹⁵ Dada a subordinação ao regime público, na relação jurídica derivada do acordo público-privado, particular e Administração Pública estão em desigualdade jurídica material, ou seja, subsistem condições normativas e principiológicas para que o sujeito público imponha sua vontade sobre o particular – cumpre mencionar, por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Na forma descentralizada em que é estudado hoje, com ilhas de regimes jurídicos distintos, o acordo encontra dificuldades teóricas para se estabilizar no ordenamento brasileiro. Os sinais são confirmados pela existência de diversas leis que regem o instituto:

- a) Acordos expropriatórios previstos no Decreto-lei 3.365/1941;
- b) Termos de ajustamento de conduta, nas Leis federais 6.385/1976, 7.347/1985 e 9.656/1998;
- c) Acordos no âmbito do CADE, segundo a Lei federal 12.529/2011;
- d) Acordos de leniência, da Lei federal 12.846/2013;
- e) Acordos no âmbito da mediação e autocomposição administrativa da Lei federal 13.140/2015;
- f) Acordos administrativos com o Terceiro Setor, das Leis federais 9.637/1998, 9.799/1999 e 13.019/2014;
- g) Protocolos de intenção da Lei federal 11.107/2005;
- h) Acordos administrativos endoprocessuais e endocontratuais das Leis federais 8.666/1993, 8.987/1995 e 11.079/2004;
- i) Acordos administrativos com empresas no

¹⁵ Exemplo: acordos substitutivos de sanção, como os termos de ajustamento de conduta, os acordos de leniência e os acordos de colaboração.

âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos da Lei federal 12.305/2010; j) Acordos ambientais interfederativos da Lei complementar n. 140/2011.¹⁶

Não há uma definição única para o acordo administrativo. Vários são os modos de compreendê-lo, a depender do seu objeto.¹⁷ Do mesmo modo, não há unanimidade teórica em relação às características comuns dos seus inúmeros tipos.¹⁸

¹⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio. . . Op. cit., p. 523 e 524. Nem mesmo a publicação do art. 26 da LINDB conseguiu superar o vazio normativo do acordo administrativo. Embora se reconheça que o referido dispositivo legal procurou parametrizar de maneira mínima os compromissos consensuais, entende-se que, exceto pelo conteúdo do inciso IV, a norma mostrou-se excessivamente aberta, contribuindo para a abstração dogmático-normativa do acordo administrativo.

¹⁷ “Por exemplo, à luz do contrato de gestão, acordo administrativo seria a sua gênese. Para quem estuda os TACs, sua composição jurídica estaria nos acordos administrativos. Do mesmo modo, os acordos de leniência são, para os seus pesquisadores, a acepção pragmática do acordo administrativo. (. . .). O cenário torna-se mais caótico quando se verifica que dentro de cada elemento dos dois grandes conjuntos existe uma imensidão de correntes teóricas destinadas a desvendar individualmente as particularidades jurídicas de cada tipo de acordo administrativo. Como exemplo, para o TAC há densa doutrina que diverge entre si a respeito da natureza jurídica do instituto, dos limites do seu objeto e da sua composição obrigacional. Do mesmo modo em relação ao contrato de gestão, que para uns se configura como espécie do gênero contrato administrativo e para outros é espécie do gênero acordo administrativo”. (BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 48 e 51).

¹⁸ São eles: substitutivo, integrativo, organizatório, colaborativo, interadministrativo e público-privado. Para compreender os conceitos das diversas espécies do gênero acordo administrativo, cf.: KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. O exercício

Pode-se dizer, por isto, que acordo administrativo é uma expressão polissêmica.¹⁹

Na intenção de superar a indefinição teórica, conceitua-se acordo administrativo público-privado como:

(. . .) negócio jurídico administrativo bi ou plurilateral, paritário e consensual, formado entre o Estado e o particular (pessoa física ou jurídica) que, pela conformidade dos interesses das partes ao conteúdo normativo da Lei, seja para instrumentalizar a função pública ou para resolver conflitos, por meio de um prévio e participativo processo de negociação com eficácia condicionada a parâmetros fundamentais fixados em Lei, objetiva criar, modificar, extinguir ou formalizar direitos, com efeitos jurídicos vinculantes e direitos e obrigações recíprocos.²⁰

Cotidianamente, é possível identificar relações jurídicas público-privadas nas quais à Administração reservam-se apenas direitos, e aos particulares, obrigações. São, portanto, ajustes unilaterais. Neste sentido, a importância do acordo administrativo advém justamente da busca pela superação da tradição dos atos jurídicos unilaterais.²¹ Parece pouco promissor

contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 279 e ss.

¹⁹ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 49.

²⁰ Ibidem., p. 79-80.

²¹ Vale pontuar que a teoria do acordo não defende a exclusão do ato e do contrato do regime jurídico administrativo. Ao contrário, entende-se ser plenamente possível a convivência harmônica entre consenso e

imaginar que os negócios jurídicos público-privados se manterão longevos caso continuem a admitir os formatos tradicionais de manifestação de vontade administrativa alheios à existência de direitos e obrigações recíprocos e de efeito jurídico vinculante. Por esta razão é que se define o acordo administrativo como negócio jurídico bilateral, comutativo, sinalagmático, paritário e vinculante.

Não há acordo administrativo público-privado válido e eficaz sem um antecedente processo de negociação²² que leve em consideração todos os interesses das partes. Assim, garante-se que o consenso não seja ofuscado por atuações administrativas

exorbitância, bilateralidade e unilateralidade. A incidência do acordo, neste propósito, proporciona o aumento da eficiência do agir público, abrindo uma nova janela de oportunidades relacionais para o Estado e fomentando, assim, a inovação e o potencial criativo do gestor público.

²² Processo de negociação é “o instrumento pelo qual se identifica o consenso em uma relação jurídica. Negociação envolvendo a Administração Pública é a deliberação conjunta de interesses voltada a atingir um objetivo público”. (BARROS FILHO, Wilson Accioli de. *Op. cit.*, p. 45). Neste sentido, “consenso e negociação são fenômenos coligados, praticamente indissociáveis. Não são sinônimos, mas complementares. A negociação é o substrato principal do consenso, sem o qual ele não terá eficácia jurídica. A negociação é quem garante efeito jurídico às relações público-privadas consensuais” (Idem). Conforme ressalta Juliana Bonacorsi de Palma: “contudo, ainda que relevante, a negociação tende a não receber tratamento jurídico à altura. Consequentemente, o Poder Público termina por manter-se em posição de supremacia na medida em que faz uso de suas prerrogativas para maximizar seus benefícios com os acordos. Na prática, evidenciamos acordos unilaterais celebrados com o particular em relações marcadamente verticalizadas, cujo contraditório é praticamente inexistente”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Devido processo legal. . . Op. cit.*, p. 12).

impositivas e unilaterais, travestidas de consensuais.

Além da natureza de negócio jurídico, para que o seu regime se sustente, o acordo administrativo público-privado precisa respeitar parâmetros fundamentais, aqui compreendidos como os elementos objetivos mínimos de verificação da consensualidade, do diálogo, da paridade e da negociação.²³ São eles: a) reserva de consenso; b) segurança jurídica, estabilidade, confiança legítima e boa-fé objetiva; c) juridicidade; d) devido processo legal formal e material; e) deferência pelos órgãos de controle.

Analisando brevemente cada um dos parâmetros, a reserva de consenso assegura ao acordo ajustes verdadeiramente negociais e consensuais, opostos a medidas impositivas e unilaterais (por adesão). Os princípios da segurança, estabilidade, confiança e boa-fé exigem dos sujeitos posturas objetivas e

²³ Ainda que sem uma correlação direta com o objeto deste artigo, mas em virtude do seu ineditismo, menciona-se o mais novo acordo de não persecução cível e penal firmado pelo Ministério Público de Goiás com base na Lei n. 13.964/2019. O ajuste, firmado em fase investigativa, confirma as críticas deste trabalho. Não se trata de um negócio jurídico público-privado, mas de um contrato por adesão. Como se pode denotar do termo de acordo, o negócio deixou clara a sua função de “by-pass” do processo sancionador ao fazer constar expressamente cláusula de confissão, esclarecendo que a sua finalidade não é um consenso real, mas alcançar o mesmo resultado prático da condenação em processo de responsabilização. Os parâmetros elencados neste artigo não foram observados, o que revela má compreensão das instituições de controle brasileira quanto aos conceitos de consensualidade e negociação público-privadas. Cf.: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2444%20-%20acordo.pdf>. Acesso em 28.01.20.

atreladas ao conteúdo da negociação, excluindo-se atos subjetivos e abstratos, próprios de um agir exorbitante. A juridicidade, por sua vez, impõe que haja horizontalidade e cogência nos direitos e nas obrigações, bem como seja a relação jurídica preenchida com garantias jurídica e econômica em favor do particular. O devido processo legal formal e material encampa concretamente o conteúdo do processo de negociação, fornecendo as bases de sua procedimentalização. Por fim, a deferência dos órgãos de controle está fundamentada no respeito à competência privativa dos entes públicos e representa, por isto, um “não-fazer” impeditivo da revisão do mérito do acordo administrativo.²⁴

Encerrado este apanhado geral, é possível perceber a urgência de um profundo estudo sistematizado dos acordos administrativos. Nos próximos tópicos, este trabalho apresentará algumas questões sensíveis relacionadas ao uso de informação prestada por um *whistleblower* para a assinatura de acordo público-privado. Antes, por questões didáticas, serão apresentados o conceito e o contexto no qual se insere o *whistleblowing*, seguidos de algumas críticas pontuais.

²⁴ Para mais, cf.: BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 124 e ss.

23.2 Whistleblowing: conceito, realidade normativa e breves anotações críticas

²⁵*Whistleblowing*, em tradução literal para o português, está relacionado ao ato de soprar o apito, uma metáfora utilizada para as situações em que seja necessário chamar a atenção para algo incorreto, imoral ou ilícito. *Whistleblower* é justamente quem sopra o apito, como o árbitro de uma partida de futebol. Juridicamente, estas expressões foram adotadas para qualificar os cidadãos que, internos ou externos a determinada corporação ou repartição, pública ou privada, quando conhecedores de uma ilegalidade, resolvem, por razões morais e coletivas, relatar tal fato às autoridades competentes. Portanto, decidem soprar o apito. Há traduções normativas e doutrinárias do termo para relatante, reportante, informante, denunciante, dentre outros – porém, neste trabalho, por critérios práticos, preferiu-se utilizar o estrangeirismo.

Conforme definição apresentada pela Transparência Internacional, *whistleblowing* consiste na “divulgação de informação relacionada a atividades corruptas, ilegais ou

²⁵ Faz-se referência, neste tópico, a alguns trabalhos prévios em que o tema foi amplamente delineado na nota 3 supra. Também recomendamos o trabalho de BARCELOS, Daniel Ribeiro. Incentivos ao whistleblowing: a proteção do reportante na política de combate à corrupção no Brasil. 2019. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. A partir, principalmente, destes trabalhos é que será feito o resgate dos aspectos conceituais de whistleblowing.

fraudulentas, encaminhadas a indivíduos ou entidades competentes, que preocupam ou ameaçam o interesse público, cometidas no interior de setores públicos ou privados”.²⁶ *Whistleblower*, por sua vez, corresponde a “qualquer trabalhador, público ou privado, que divulgue informação e esteja em risco de sofrer retaliação. Isto inclui indivíduos que estejam fora da tradicional relação de subordinação empregado-empregador, como consultores, contratados, estagiários, voluntários, trabalhadores temporários e ex-funcionários”.²⁷

Há uma interligação direta e necessária entre *whistleblowing* e corrupção. A principal causa de existir do

²⁶ INTERNACIONAL, Transparência. International principles for whistleblower legislation. 2013, p. 4. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation. Acesso em: 04.01.20. Irregularidades tais como, incluindo, mas não limitadas a, corrupção; ofensa criminal; violação de obrigação legal; erro judicial; perigos específicos para a saúde pública, segurança ou meio ambiente; abuso de autoridade; uso não autorizado de fundos ou propriedades públicas; desperdício de dinheiro ou má gestão; conflito de interesses; e demais atos para encobrir quaisquer destas ações.

²⁷ INTERNACIONAL, Transparência. International. . . op. cit., p. 4 e 5. Para uma compreensão completa e aprofundada, cf.: CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativo – standards internacionais para aplicação no Brasil. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coords). Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018; BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. Estados Unidos: World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011; LATIMER, Paul; BROWN, A. J. Whistleblower Laws: International Best Practice. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/143859790.pdf>. Acesso em 09.01.20; BARCELOS, Daniel Ribeiro. Op. cit.

instituto é justamente prevenir, inibir e combater atos de corrupção em setores públicos e privados. A corrupção é uma prática criminosa intimista que se sustenta em ambientes reservados e sob a regra do máximo sigilo. Assim, pela figura do *whistleblower*, o Estado pretende vencer uma de suas maiores deficiências, que é justamente a incapacidade física e estrutural de coletar informações para investigar e punir crimes como lavagem de dinheiro, pagamento de propinas e superfaturamento de obras públicas, senão com o auxílio de pessoas inseridas em locais corruptos, os chamados insiders.²⁸

O direito de reportar ilegalidades possui fundamento na liberdade de expressão, na integridade e na proteção do interesse público. Em outras palavras, a motivação que leva determinada pessoa a procurar autoridades ou canais específicos de denúncia para relatar a prática de uma ilegalidade é a intenção de proteger o bem coletivo, minimizando danos econômicos, políticos e sociais provocados pela corrupção.²⁹

²⁸ INTERNACIONAL, Transparência. Speaking up safely. Civil society guide to whistleblowing. 2013, p. 5. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/speaking_up_safely_civil_society_guide_to_whistleblowing_MENA. Acesso em: 04.01.20). No mesmo sentido: ROCHA, Márcio Antônio. Programa de whistleblowers não pode virar armadilha para o cidadão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/marcio-rocha-programa-whistleblowers-nao-virar-armadilha>. Acesso em: 09.12.19; ROCHA, Márcio Antônio. A participação. . . op. cit.

²⁹ Segundo a Transparência Internacional: “os informantes desempenham um papel fundamental na denúncia de corrupção, fraude, má administração e outras irregularidades que ameaçam a saúde e a segurança pública, a

Os Estados Unidos são os protagonistas em matéria de *whistleblowing* e suas normas e diretrizes têm servido de parâmetros para outras de todo o mundo.³⁰ Há uma tradição norte-americana de combate a fraudes financeiras em ambientes corporativos por meio do auxílio de *whistleblower*, o que se intensificou após a crise de 2008 com o advento do *Dodd-Frank Act*.³¹ Para estimular a cooperação social, são oferecidas

integridade financeira, os direitos humanos, o meio ambiente e o Estado de Direito. Ao divulgar informações sobre tais delitos, os denunciantes ajudam a salvar inúmeras vidas e bilhões de dólares em fundos públicos, ao mesmo tempo em que previnem novos escândalos e desastres”. (INTERNACIONAL, Transparência. International. . . Op. cit., p. 2. Cf.: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Justificativa aos extintos Projetos de Lei n. 4.850-A/2016 e 3.855/2019. Medida 11. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5ADEF99F9099294DE6FF38216C5DD4DB.proposicoesWebExterno2?codteor=1510406&filename=Avulso+-PL+4850/2016. Acesso em 04.12.19.

³⁰ Nos Estados Unidos, a figura jurídica do *whistleblowing* existe, de maneira indireta, desde 1863, em razão do False Claims Act (FCA) que instituiu a ação *qui tam action*, um instrumento de que dispõe o cidadão americano para pleitear, em nome do Governo e junto ao Poder Judiciário, a responsabilização de um autor de uma fraude financeira. Em 2002, após a descoberta das paradigmáticas fraudes dos casos Enron, Worldcom e Tyco, a edição da Sarbanes-Oxley Act (SOX), visando diminuir a desconfiança do mercado, institucionalizou e garantiu proteção ao *whistleblower* (section 806). Finalmente, o instituto se consolidou com a emenda do Securities Exchange Act of 1934 (section 21F [78u-6]) promovida pelo Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act – Dodd-Frank Act (section 748, 922, 923 e 924). Cf.: ROCHA, Márcio Antônio. A participação. . . Op. cit.

³¹ CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Op. cit., p. 130 e 131. Sobre a evolução legislativa norte-americana a respeito do *whistleblowing*, cf.: MOBERLY, Richard; WYLIE, Lindsey E. An Empirical Study of

consideráveis quantias em dinheiro que variam de dez a trinta por cento do patrimônio recuperado.³² Além disto, o ordenamento jurídico norte-americano fornece proteção aos cidadãos que decidirem cooperar com o Estado, sancionando duramente quem os perseguir em virtude das informações reportadas.

Importantes convenções internacionais tratam da figura do *whistleblowing*. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, recepcionada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.687/2006, dispõe em seu art. 33 que os Estados signatários deverão promover medidas de proteção aos cidadãos que, de boa-fé e com motivos razoáveis, informarem às autoridades competentes a ocorrência de ilícitos.³³ Do mesmo modo, o item

Whistleblower Policies in United States Corporate Codes of Ethics. In: LEWIS, David; VANDEKERCKHOVE, Wim. Whistleblowing and Democratic Values. The International Whistleblowing Research Network. Ebook, 2011, p. 28 e ss.

³² Cf.: A ressalva fica por conta do valor da sanção. Segundo as normas da Securities and Exchange Commission (SEC), nos Estados Unidos somente são pagas recompensas para casos em que tenha sido aplicada sanção superior a US\$ 1 milhão. Recentemente, um informante recebeu o maior prêmio da história dos Estados Unidos, no valor de US\$ 33 milhões. Cf.: MELO, João Ozorio de. Whistleblower ganha recompensa de US\$ 33 milhões nos EUA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/whistleblower-ganha-recompensa-us-33-milhoes-eua>. Acesso em: 09.12.19; MELO, João Ozorio de. Perseguir colaborador da Justiça nos EUA dá 10 anos de cadeia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/eua-gastam-us-10-milhoes-ano-protexao-testemunhas>. Acesso em: 09.12.19. No mesmo sentido: CARVALHO, André Castro; ALVIN, Tiago Cripa. Op. cit., p. 134.

³³ Decreto nº 5.687/2006.

oitavo do art. III da Convenção Interamericana contra Corrupção, recepcionada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.410/2002, recomenda aos Estados que criem, mantenham e fortaleçam sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem, de boa-fé, atos de corrupção, mantendo em sigilo suas identidades, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais.³⁴

Quatro são os *standards* internacionais do *whistleblowing*: a) o conteúdo do reporte ou relato deve ser razoável; b) o *whistleblower* precisa agir com boa-fé; c) como contrapartida à cooperação, o Poder Público deve remunerar financeiramente o informante; d) o Estado tem a obrigação de proteger física e juridicamente o *whistleblower* contra ameaças e retaliações.

No Brasil, a despeito de já existirem outras leis que tratam indiretamente do tema,³⁵ somente em 2019 a figura do

³⁴ Decreto nº 4.410/2002. Para conferir os demais marcos legais do *whistleblowing*, veja: CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Op. cit., p. 130 e ss.

³⁵ Lei nº 8.112/1990, art. 116, inciso VI: São deveres do servidor: (. . .). VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração. Lei n. 8.112/1990, art. 126-A: Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

whistleblower foi expressamente normatizada. Por intermédio da inclusão dos artigos 4-A, 4-B e 4-C na Lei nº 13.608/2018, a Lei nº 13.964/2019 criou a figura do “informante do bem”.

Segundo a recente norma, ficou assegurado o direito de qualquer pessoa poder reportar a autoridades competentes sobre crimes contra a Administração Pública, ilícitos administrativos ou demais ações ou omissões lesivas ao interesse público.³⁶ Desde que razoável o relato, isto é, desde que fidedignas as informações prestadas, ao *whistleblower* são asseguradas proteção integral contra retaliações, assim como isenção de responsabilização civil ou penal.³⁷ Também possui direito à

³⁶ Tal pode ser extraído do art. 4-A, caput e parágrafo único, da lei n. 13.694/2019: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público. Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.

³⁷ Como complemento, o art. 4º-C da lei n. 13.964/2019 dispõe que, além das medidas de proteção previstas na Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, será assegurada ao informante proteção contra ações ou omissões praticadas em retaliação ao exercício do direito de relatar, tais como demissão arbitrária, alteração injustificada de funções ou atribuições, imposição de sanções, de prejuízos remuneratórios ou materiais de qualquer espécie, retirada de benefícios, diretos ou indiretos, ou negativa de fornecimento de referências profissionais positivas.

preservação da identidade, exceto quando houver relevante interesse público ou concreto que justifique a revelação da identidade.³⁸ Por fim, a Lei nº 13.964/2019 prevê incentivo financeiro ao *whistleblower*, disciplinando que, quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a Administração Pública, poderá ser fixada recompensa de até cinco por cento do valor recuperado.³⁹ Como se pode denotar, o regime normativo brasileiro do *whistleblowing* é bastante breve e sucinto. Somente três artigos foram criados para disciplinar o tema, mas que já podem ser considerados um avanço em razão do sistema jurídico brasileiro sempre refratário a este tipo de prática. Como ilustrou-se anteriormente, o Brasil é um país onde culturalmente não é valorizado o *whistleblower*, sendo tachado de “dedo-duro”, “X9” e outras expressões populares. Vale lembrar que Judas Iscariotes, tecnicamente, foi um *whistleblower* e recebeu moedas de prata por seu ato; daí porque há sempre um ranço social com relação a

³⁸ É o que assegura o art. 4-B, caput e parágrafo único, da citada lei: O informante terá direito à preservação de sua identidade, a qual apenas será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para a apuração dos fatos. Parágrafo único. A revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao informante e com sua concordância formal.

³⁹ Art. 4-C, § 3º: Quando as informações disponibilizadas resultarem em recuperação de produto de crime contra a administração pública, poderá ser fixada recompensa em favor do informante em até 5% (cinco por cento) do valor recuperado.

informar ou delatar alguém em troca de recompensas.⁴⁰

Essencialmente, o legislador se preocupou com a proteção jurídica do *whistleblower*, deixando de dar atenção para questões fundamentais, como: i) a procedimentalização da apuração do relato; ii) as medidas de garantia de proteção contra retaliações; iii) a responsabilidade civil e penal do informante; iv) as formas objetivas de verificação e controle da boa-fé e da razoabilidade; v) a compreensão legal sobre “relevante interesse público”; vi) os meios e instrumentos de pagamento da recompensa e os direitos e obrigações do informante-credor e do Estado-devedor.

Em contrariedade à importância internacional,⁴¹ é possível perceber certo desinteresse brasileiro quanto à institucionalização do “informante do bem”.⁴² Os arts. 4-A, B e C, introduzidos na Lei nº 13.608/2018, são vagos e imprecisos.⁴³

⁴⁰ Cf. CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Op. Cit., p. 121 e 127.

⁴¹ Trabalho paradigmático escrito em 1985 por Janet Near e Marcia Miceli abordou, já naquela época, as circunstâncias sociais para o fortalecimento do whistleblower no universo jurídico. Cf.: NEAR, Janet P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics*, 4, 1985.

⁴² MARTINS, Luiz Faria. O “informante do bem” (whistleblower) no projeto “anticrime” do governo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/luiza-martins-informante-bem-projeto-anticrime>. Acesso em 04.12.19.

⁴³ Cf.: AVELAR, Leonardo Magalhães. A figura do whistleblower no Direito Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/opiniao-figura-whistleblower-direito-penal>. Acesso em: 16.12.19; BELTRAME, Priscila Akemi; SAHIONE, Yuri. “Informante do bem” ou whistleblower: críticas e necessários ajustes ao projeto. Disponível

De maneira contraditória, geram insegurança e desconfiança, desincentivando a adoção do *whistleblowing* no combate à corrupção no Brasil.⁴⁴

em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6320-Informante-do-bem-ou-whistleblower-criticas-e-necessarios-ajustes-ao-projeto. Acesso em 12.12.19; FRANZOLOSO, Alexandre Gonçalves (coord). Proposições ao Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública (Pl 881/2019 e Pl 882/2019). Disponível em: <https://marciowidal.files.wordpress.com/2019/05/proposic3a7c3b5es-ao-pacote-anticrime-2019.pdf>. Acesso em 04.01.20.

⁴⁴ O êxito do “informante do bem” depende do desenvolvimento social e cultural de um determinado país. Sociedades desenvolvidas possuem, via de regra, maior capacidade de adaptação à lógica altruísta implementada pelo *whistleblowing*. Outras, menos desenvolvidas, como é o caso do Brasil, poderão encontrar resistências sociais e culturais na implementação do instituto. Uma lei que simplesmente o preveja não irá torná-lo efetivo sem o desenvolvimento de aptidões sociais que o sustentem. Sobretudo porque a figura do *whistleblowing* é desprovida de um enforcement jurídico. Não há obrigatoriedade na prestação de informação sobre um fato ilícito. Vigora a ideia segundo a qual o cidadão precisa ser dotado de elevado caráter moral para, ao tomar ciência de determinada ilicitude, contrariando costumes locais, informar às autoridades práticas ilegais por ele presenciadas. Uma solução é a implementação de política pública, concomitante ao desenvolvimento legislativo, que fomente a relevância do apoio da sociedade, sensibilizando-a a cooperar com o Estado, não exclusivamente pelo retorno financeiro, mas pelo espírito coletivo que o combate à corrupção exige e necessita. Cf.: INTERNACIONAL, Transparência. International principles. . . Op. cit., p. 2; RAGAZZO, Carlos. Devemos pagar informantes de esquemas de corrupção? Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devemos-pagar-informantes-por-esquemas-de-corrupcao-1305-2015. Acesso em 02.01.20; ROCHA, Márcio Antonio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de *whistleblower* no Brasil. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536078>. Acesso em: 13.12.19; PORCIÚNCULA, José Carlos. Projeto Moro – o imperador não está acima dos gramáticos! Disponível em: <https://>

Foge do escopo deste trabalho tecer maiores análises críticas sobre o *whistleblowing*. A intenção dos próximos tópicos será compreender como e sob quais condições acordos administrativos poderão ser estruturados a partir de relatos reportados às autoridades competentes.

23.3 Acordo administrativo e *whistleblowing*: decodificando o conteúdo da informação reportada pelo *whistleblower* para a formalização de acordo público-privado

Há um costume internacional de não judicialização de investigações e responsabilizações advindas de informações prestadas por *whistleblower*.⁴⁵ O motivo está no desejo de não

www.conjur.com.br/2019-fev-20/porciuncula-projeto-moro-imperador-nao-acima-gramatico s#author. Acesso em: 09.12.19; RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Whistleblowing: o cidadão colaborador a partir do anteprojeto de Moraes. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/whistleblowing-anteprojeto-moraes-08062018. Acesso em: 03.01.20; CENTER, Ethics Resource. Inside the mind of a whistleblower. A supplemental report of the 2011 national business ethics survey. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/wp-content/uploads/2012/05/inside-the-mind-of-a-whistleblower-NBES.pdf>. Acesso em: 08.01.20.

⁴⁵ “Difícilmente a SEC precisa mover ação judicial contra as corporações ou pessoas delatadas, depois que as investigações confirmam uma fraude ou outro crime financeiro. Normalmente, o processo termina em acordo, com a entidade denunciada concordando em devolver o dinheiro obtido irregularmente e pagar uma alta multa para não ser processada. O acordo é conveniente para as corporações denunciadas, porque sai mais barato para elas do que arcar com os custos de uma ação judicial para, no final das

intensificar ainda mais os prejuízos já constatados. Para que não haja maiores desgastes físicos e financeiros, as autoridades competentes buscam a via do acordo público-privado visando negociar com o particular formas substitutivas de sanção.⁴⁶ Portanto, *whistleblowing* e acordo são causa e consequência um do outro.

Em virtude disso, a questão que emerge é a respeito da força jurídica da informação prestada pelo *whistleblower* para fundamentar acordos administrativos público-privados com os infratores. O encontro de duas realidades jurídico-normativas faz surgirem incertezas quanto à aplicação e à eventual sobreposição de um regime sobre o outro. A mera informação repassada por um *whistleblower* é bastante o suficiente para justificar a

contas, ser obrigada a pagar uma indenização ainda mais alta, definida por um júri. Além disso, a companhia pode distribuir um press release dizendo que não fez nada errado, mas preferiu fazer o acordo para economizar dinheiro e o tempo de seus executivos, que precisam se concentrar nas atividades principais da empresa e não em se defender”. (MELO, João Ozorio de. Programa antifraudes dos EUA rende quase US\$ 4 milhões a delator. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-27/programa-antifraudes-eua-rende-us-milhoes-delator>. Acesso em: 09.12.19)

⁴⁶ Acordos substitutivos de sanção, popularmente conhecidos como Termos de Ajustamento de Conduta, são pactos formalizados entre a Administração Pública e o particular, voltados à não continuidade da responsabilização administrativa e/ou judicial mediante contraprestação privada destinada a reparar os prejuízos identificados pela autoridade competente. Portanto, são acordos administrativos público-privados. Cf.: CARNAES, Mariana. Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na administração pública. São Paulo: Malheiros, 2015.

assinatura de um acordo? A autoridade competente pode tomar como verdadeiro o reporte e propor um acordo sem permitir a manifestação do particular infrator? Se no decorrer do processo administrativo outras provas não existirem, além dos relatos reportados pelo informante, quais são os requisitos para que um acordo formalizado neste momento seja válido e eficaz? Uma vez escolhido o caminho do ajuste consensual, como deverão se conciliar os sistemas normativos do *whistleblowing* e do acordo?

Os demais questionamentos serão respondidos abaixo. Por ora, em relação à questão da sobreposição de um regime sobre o outro, é importante destacar que o acordo, como dito anteriormente, possui a natureza de negócio jurídico e está atrelado a parâmetros fundamentais. Ou seja, está subordinado a um regime jurídico que disciplina e caracteriza sua validade e seu efeito jurídico. Os regimes do acordo e do *whistleblowing* não se confundem. A condição para que uma informação reportada pelo *whistleblower* resulte em um acordo administrativo válido e eficaz é a sua adequação à estrutura jurídico-normativa do acordo público-privado. Melhor dizendo, uma vez escolhida a via do ajuste consensual, a autoridade competente deverá decodificar a informação do ilícito a partir das regras e princípios do regime jurídico do acordo administrativo.

Escolher o acordo significa escolher o caminho do consenso e da negociação. Não se trata apenas de fazer uso de

um mecanismo de *by-pass* do processo de responsabilização para se chegar desde logo na aplicação alternativa de uma sanção, mas de realmente dialogar com o particular a melhor maneira de satisfazer determinado impasse com base nos interesses dos sujeitos envolvidos. Daí a imperícia de quem imagina que os únicos motivos pelos quais se promove um acordo são para fugir da morosidade e do custo de um processo judicial.

Três são as fases relevantes de uma investigação baseada em um reporte promovido por um *whistleblower*: a) pré-investigativa; b) investigativa; c) pós-investigativa. Em cada uma delas, conforme se demonstrará, a validade e a eficácia de um acordo administrativo motivado por um reporte estarão atreladas à observância de requisitos obrigatórios.

23.3.1 Fase pré-investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo?

Compreende-se por fase pré-investigativa aquela ocorrida imediatamente após o conhecimento da informação pela autoridade competente, mas antes da apuração dos fatos. Uma fase, portanto, pautada ainda em indícios e sem juízo de conhecimento que apure a verossimilhança das alegações. É algo que não esteja sob suspeitas razoáveis (*reasonable suspicion*), como se utiliza no direito norte-americano.⁴⁷

⁴⁷ Cf. CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Op. Cit., p. 139. Aqui cumpre destacar uma correção com relação ao texto original, onde a

A problemática enfrentada neste ponto é saber quais as consequências para um acordo administrativo assinado no momento seguinte ao conhecimento do fato pela autoridade competente para proceder com as investigações. Pode simplesmente a Administração Pública procurar o particular reportado para dizer haver contra ele um indício de prática ilícita, propondo desde logo a assinatura de um acordo público-privado? Para contextualizar, tome-se como exemplo o seguinte enredo: tão logo receba a denúncia de um superfaturamento em uma contratação pública, a autoridade fiscalizadora competente procura o agente privado, ofertando-lhe um acordo em troca do não prosseguimento do processo administrativo sancionador, ameaçando-lhe, em caso de não assinatura, de imposição de medidas administrativas unilaterais que suspendam o pagamento ou a execução do contrato. Pergunta-se: é válido e eficaz um acordo que seja formalizado exclusivamente com base em indícios (não apurados) trazidos ao conhecimento da Administração Pública pelo *whistleblower*?

Na situação hipotética, há um típico exemplo de barganha: em troca da não continuidade das investigações, cujos impactos para a imagem do reportado seriam incalculáveis, a Administração busca antecipar a reparação de um dano (incerto e indeterminado), forçando-o a assinar um acordo administrativo

expressão *smoking-gun evidence* justamente reforça o conteúdo da suspeita razoável, e não o contrário.

público-privado. Nestes termos, o negócio é válido e eficaz? Guardadas as devidas proporções, esse tipo de negociação parece aquelas realizadas entre policiais e sequestradores.

Antes, um adendo preliminar: é evidente que a deliberação quanto aos prós e os contras, para a aceitação ou não de um acordo, faz parte da autonomia da vontade do particular. No retrato proposto, contudo, o agente privado, não querendo, vê-se obrigado a pactuar para não sofrer os reflexos futuros e incertos de uma investigação.

Retomando o raciocínio, entende-se como inválido e sem efeito o acordo administrativo que, desvirtuando a sua natureza, se revelar, na prática, um negócio jurídico por adesão, cujas obrigações e os encargos recaem somente para uma das partes. Na relação jurídica formada pelo acordo público-privado, as partes estão em igualdade jurídica formal, ambas possuindo reciprocidade de direitos e obrigações. As vantagens e os encargos são recíprocos e equivalentes, isto é, há uma proporcionalidade entre a vantagem a ser auferida e o correlato sacrifício. Há que se ter, deste modo, um mútuo consenso resultante de um acordo de vontades, considerando-se as distintas forças de negociação de cada lado.⁴⁸

⁴⁸ “(. . .) nos acordos administrativos a declaração de vontade das partes terá forte peso obrigacional, resultando na vinculação jurídica dos sujeitos. O interesse privado não será mero coadjuvante das medidas unilaterais tomadas pela Administração Pública. A bilateralidade da relação jurídica terá sentido efetivo, ou seja, a vontade não se limitará a simples consentimento frio, sem um real envolvimento negocial entre os sujeitos,

A teoria dos acordos, porque consensual e negocial, não se coaduna com artimanhas autoritárias e impositivas. Sublinhe-se que, no contexto dogmático-normativo do acordo, em oposição à tradicional mutabilidade dos negócios administrativos está a estabilidade, em contraponto à unilateralidade está a bilateralidade, no lugar da oportunidade e da conveniência vigora a vinculatividade e, por fim, em face da exorbitância está a juridicidade. Acordo forçado é, na realidade, uma sanção antecipada.⁴⁹

Lars Noah denomina de “*arm-twisting*”⁵⁰ a atuação

com amplo debate a respeito dos interesses envolvidos. No regime dos acordos, vontade meramente declaratória, sem qualquer densidade jurídica que a torne exigível, revela-se imprestável ao sentido obrigacional de relação jurídica pretendida”. (BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 90).

⁴⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal. . . Op. cit., p. 18: “(. . .) a eficiência dos acordos administrativos está diretamente atrelada à qualidade da negociação entre Poder Público e particular sobre os termos da avença. Uma negociação em que uma das partes disponha de injustificada vantagem negocial pode colocar em risco a sobrevivência dos acordos administrativos se em um primeiro momento a consensualidade mostra-se uma alternativa interessante à atuação administrativa típica, no longo prazo ela pode entrar em desuso ou seus instrumentos serem desnaturados. (. . .). Pouca atenção se tem dado à negociação dos acordos administrativos, quando, na verdade, a consensualidade é primordialmente um mecanismo de negociação. Se a negociação inexistente ou não confere ao particular mecanismos efetivos de proposta e contraproposta, a consensualidade está em risco”.

⁵⁰ Lars Noah, a este respeito, assevera que a coerção e o abuso não existem apenas quando não houve vontade consentida, mas quando a escolha deixou o indivíduo em situação pior que anteriormente. (NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations

impositiva de agências reguladoras norte-americanas que, a despeito de se valer de instrumento consensual, agem com autoridade, coerção e barganha para forçar os particulares regulados a aceitar as condições unilateralmente impostas, evitando, por outro lado, a aplicação de medidas sancionatórias. No Brasil, isto seria semelhante ao acordo por adesão, responsável por causar o esvaziamento da negociação. Confira:

O acordo por adesão causa o esvaziamento do conteúdo negocial do acordo administrativo pela imposição unilateral e coercitiva de vontade (implantando uma modelagem do tipo all or nothing). Dito de outro modo, quando se admite que a Administração Pública lance mão de acordos por adesão, autoriza-se, implicitamente, que ela aja com autoritarismo e imponha a sua vontade ao cidadão. O particular, por sua vez, quase sempre dependendo dos resultados daquele acordo, fica sem ter como negar as condições autoritárias ou mesmo abusivas impostas pelo Poder Público. Neste passo, o acordo por adesão acaba servindo como instrumento de cooptação dos indivíduos mais necessitados em obter do Estado aquilo que ele deveria regularmente prestar, seja em pecúnia ou em serviços. (. . .). Admitir que haja acordos por adesão significa colocar em xeque os interesses dos cidadãos, legitimando um verdadeiro “mecanismo de by-pass” usurpador dos direitos e das garantias do sujeito privado. Sem contar o sepultamento do

of authority. *Wisconsin Law Review*, 1997, p. 915).

desenvolvimento do consensualismo na esfera administrativa brasileira, em função da hegemonia do autoritarismo e da imperatividade.⁵¹

No contexto proposto neste subtópico, julga-se incondizente com o regime do acordo o uso de informação não apurada, prestada por *whistleblower*, para coagir o particular reportado a assinar um pacto em que terá que se comprometer, por exemplo, a não mais praticar um ilícito sobre o qual inexistente investigação instaurada. Tampouco poderá o acordo ser usado como instrumento de barganha para que a Administração Pública, em fase prematura, obrigue o particular a reparar os danos de uma ilicitude não investigada, narrada por um *whistleblower*.

É que “ainda que a consensualidade pressuponha horizontalidade das relações administrativas, diálogo e construção colaborativa das cláusulas, fato é que o acordo de adesão termina por manter características próprias da atuação administrativa típica na consensualidade, notadamente: unilateralidade, permanência das prerrogativas públicas em favor da Administração e verticalidade”.⁵²

Em síntese, não terá validade e eficácia o ajuste impositivo motivado por indícios decorrentes do reporte de um ilícito narrado por um informante. A decodificação da

⁵¹ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 128. No mesmo sentido: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo. . . Op. cit.

⁵² PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal. . . Op. cit., p. 15.

informação, neste caso, esbarra no parâmetro de reserva de consensualidade e na necessidade de paridade relacional público-privada.

23.3.2 Fase investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo?

Entende-se como fase investigativa aquela iniciada com a instauração de Inquérito Civil Público (ICP) para apuração da justa causa e da verossimilhança dos fatos narrados pelo *whillteblower*. Compreende o momento posterior ao conhecimento dos fatos pela Administração Pública, mas anterior ao início do processo de responsabilização.

Para contextualizar, imagine-se que, depois de comunicada uma irregularidade em determinada contratação pública, o Ministério Público (MP) decida instaurar um ICP para levantar evidências a fim de avaliar a viabilidade jurídica de responsabilização do particular reportado. Pergunta-se: quais deverão ser os parâmetros de validade e eficácia de um acordo público-privado pactuado em fase administrativa investigatória? Como se sabe, o MP é o órgão de controle do Estado legitimado para a instauração de Inquéritos Civis Públicos que tenham como objetivo investigar danos contra o patrimônio público, meio ambiente e a interesses difusos e coletivos.⁵³ As investigações

⁵³ Art. 26 da lei n. Lei n. 8.625 de 1993.

advindas do reporte de um *whistleblower* poderão resultar na proposição de um acordo público-privado substitutivo de sanção para que Estado e particular resolvam de imediato o conflito sem a necessidade de uma fase litigiosa. O ponto de atenção, em relação à teoria dos acordos, é quanto aos elementos de inquisitorialidade e unilateralidade que compõem o ICP.

O Inquérito Civil Público é conduzido unilateralmente pelo MP sob a forma de procedimento inquisitorial, significando que o interesse do particular acaba subordinado ao interesse público voltado a buscar elementos de convicção que fundamentem a justa causa de uma futura responsabilização.⁵⁴

Nesse sentido, subordinando o acordo ao regime jurídico do ICP, o ajuste consensual correrá o risco de ser formalizado sem que uma das partes tenha tido o direito de se manifestar sobre o seu objeto. Em outras palavras, um acordo motivado pelo reporte de um *whistleblower* poderá ser assinado em desrespeito ao devido processo legal, sem que o contraditório e a ampla defesa tenham sido observados.

No regime dos acordos, o devido processo legal materializa, por meio do processo, o canal de interlocução negocial entre as partes pública e privada, prevendo justa procedimentalização ao debate jurídico que antecede a formalização das obrigações e das demais condições do termo de

⁵⁴ QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. Revista de Processo, São Paulo, v. 32, n. 146, p. 189-204, abr. 2007, p. 190.

acordo. Além disso, e principalmente, ele condiciona os efeitos da negociação à observância dos direitos e das garantias fundamentais do particular.

Na teoria do acordo, o contraditório e a ampla defesa, enquanto garantias fundamentais, importam para assegurar que o particular possa “apresentar propostas e contrapropostas que sejam verdadeiramente consideradas e analisadas pelo Poder Público”.⁵⁵ Ou seja, “se manifestar com qualidade na negociação dos acordos administrativos”.⁵⁶ O sentido englobado é evitar abusos de poder e desvios de finalidade, autorizando “que o particular se defenda de eventuais ilegalidades resultantes desta prática”.⁵⁷

Embora se saiba que no âmbito do ICP o contraditório e a ampla defesa sejam relativizados, prevalecendo a unilateralidade e a inquisitorialidade, quando as partes decidem resolver o impasse mediante a assinatura de um acordo, prevalecerá sobre o negócio o regime jurídico do acordo. Significa dizer: todo e qualquer ICP, motivado por relato realizado por *whistleblower*, que resultar em um acordo público-privado, para ser válido e eficaz deverá respeitar os parâmetros fundamentais do ajuste consensual. E o devido processo legal, neste caso, é o mais importante deles.⁵⁸

⁵⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal. . . Op. cit., p. 22 e 23.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ JORGE, André Guilherme Lemos. Inquérito civil: contraditório e ampla

A ressalva fica por conta do entendimento majoritário, infelizmente ainda em voga, de que o Inquérito Civil Público não passa de uma etapa administrativa “*soft law*”, isto é, um momento informal, sem vinculação jurídica, cuja juridicidade somente estará presente ao tempo da litigiosidade judicial, quando então haverá um processo garantidor dos direitos fundamentais das partes.⁵⁹

Assim, para que o argumento aqui defendido não fique desnaturado ou se mostre essencialmente radical, pois aparentemente indiferente às atribuições constitucionais do Ministério Público, propõe-se que a fase investigativa preparatória do acordo seja respeitosa a um devido processo legal adequado ou moderado:

(. . .) adequado no sentido de não abrir totalmente a apuração do dano para a interferência do particular, com ampla

defesa – sobre a efetividade dos princípios constitucionais. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 87 e 88; TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 463-484.

⁵⁹ “Uma das grandes características do inquérito civil é a sua inquisitividade, ou seja, não se lhe aplica o princípio do contraditório e, por indução lógica, o da ampla defesa. (. . .). Com efeito, essa garantia não alcança o inquérito civil pelo simples fato de que nele não existem litigantes, tampouco acusados, até porque o procedimento administrativo não é a via adequada para cuidar de tais situações jurídicas, cujo campo próprio é o processo administrativo.” (QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Op. cit., p. 192 e 193). Cf.: MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48.

publicidade e previsão de infundáveis recursos e impugnações para cada etapa do ICP, inviabilizando a sua razão de existência. Mas, por outro lado, moderado a ponto de não excluir do Inquérito o direito do cidadão de contribuir para o convencimento da existência ou não de justa causa, respeitando o direito do particular de participar dos principais atos do procedimento/processo por meio de autorização para manifestação formal, apresentação de quesitos e nomeação de assistente técnico quando for o caso.⁶⁰

⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito Civil Público e acordo administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs). No prelo. Fato concreto que evidencia a mudança de postura do Direito brasileiro, no sentido de relativizar a inquisitorialidade para resguardar, com maior intensidade, direitos e garantias, também na fase investigativa, é a recente criação do juiz das garantias, pela lei n. 13.964/2019. Em diversos momentos dos incisos do novo art. 3-B, introduzido no Decreto-Lei n. 3.689/1941, o legislador determina o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Em que pese seja matéria da seara penal, a sua menção é relevante por conta da mensagem passada ao ICP: a legislação que o inspirou, advinda de um período autoritário, está agora finalmente buscando se compatibilizar com as diretrizes garantistas do Estado de Direito. Como exemplo: “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (. . .). VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente. VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral. (. . .)”. É hora de o ICP fazer o mesmo. Ao que tudo indica, o

Avaliando a realidade a partir do regime normativo do *whistleblowing*, o devido processo legal restará observado se, antes da assinatura do acordo, for garantido o direito do particular reportado ter acesso ao conteúdo integral do reporte feito pelo *whistleblower* e às provas até então produzidas por ele. Ademais, somente será válido o acordo caso o particular reportado tenha o direito de solicitar esclarecimentos, produzir novas provas e/ou se manifestar formalmente sobre as alegações feitas contra si.

O MP, por outro lado, para acatar ou rejeitar as manifestações e/ou as provas do particular, deverá motivar profundamente sua decisão quanto à presença ou não da justa causa justificadora do acordo. Como passo prévio ao acordo, deverá a autoridade adotar máxima cautela para evidenciar, com clareza e profundidade, a justa causa e a verossimilhança dos

Ministério Público já está buscando se modernizar. A resolução n. 181 de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu art. 9º, revela importantes movimentos tendentes a proteger o contraditório e a ampla defesa na fase de investigação administrativa. Veja-se: “Art. 9º O autor do fato investigado poderá apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por defensor. §1º O defensor poderá examinar, mesmo sem procuração, autos de procedimento de investigação criminal, findos ou em andamento, ainda que conclusos ao presidente, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. §2º Para os fins do parágrafo anterior, o defensor deverá apresentar procuração, quando decretado o sigilo das investigações, no todo ou em parte. §3º O órgão de execução que presidir a investigação velará para que o defensor constituído nos autos assista o investigado durante a apuração de infrações, de forma a evitar a alegação de nulidade do interrogatório e, subsequentemente, de todos os elementos probatórios dele decorrentes ou derivados, nos termos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994”.

fatos trazidos ao conhecimento do Poder Público pelo informante.⁶¹

Há duas razões para justificar esse posicionamento. A primeira é assegurar ao acordo respeito aos parâmetros da segurança jurídica, confiança legítima, boa-fé objetiva e estabilidade.

O particular precisa estar seguro e confiante de que a situação posta é concreta e estável o suficiente para se permitir avaliar as vantagens e as desvantagens da assinatura de um pacto consensual. A autoridade precisa agir com boa-fé, significando que a convicção do particular não pode ser fantasiosa ou ilusória. Um acordo somente será válido quando todas as situações fáticas forem, dentro do razoável, claras e previsíveis, sem surpresas. O contraditório e a ampla defesa, assim, satisfazem o cumprimento destes parâmetros, sedimentando, ainda, um ambiente de lealdade ao acordo, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva.⁶²

⁶¹ Saliente-se, mais uma vez, que a decisão pela formalização ou não de um acordo é matéria atinente à autonomia da vontade do particular. Entretanto, o argumento defendido tem como premissa os casos em que as partes negociam, formalmente, uma solução leal, de boa-fé, baseada nos fatos concretos. Dito de outro modo, não se trata de uma limitação ao aspecto negocial do acordo, mas de uma segurança prévia para que o particular tenha confiança de que o acordo é a melhor saída para o seu interesse. Do contrário, inexigindo-se tais condutas prévias, o acordo poderá se tornar um instrumento impositivo. Assim, evita-se o *army-twisting*. Garante-se clareza à negociação e estabilidade ao acordo. Quando as partes sentarem à mesa, todos os fatos estarão esclarecidos e a paridade prevalecerá.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor.

A segunda razão para justificar a exigência de justa causa e verossimilhança na fase investigatória administrativa está na proteção legal à identidade do informante.

Como já se teve a oportunidade de explicar, o regime jurídico-normativo do *whistleblowing* no Brasil leva em consideração a proteção do informante. A proteção de sua identidade, neste sentido, é um dos alvos assegurado pelo legislador. A partir disto, a discussão dá-se em relação ao embate constitucional entre o relato sigiloso e a vedação ao anonimato (art. 5º, inciso IV). O posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que as informações anônimas comunicando ilícitudes somente podem ensejar processo de responsabilização quando previamente constatada a justa causa e a verossimilhança dos fatos, por meio de investigações preliminares.⁶³ Não se autoriza, deste modo, que sejam iniciadas quaisquer medidas de persecução penal, cível ou disciplinar motivadas por relatos anônimos não anteriormente investigados. Assim, se não é autorizado o processamento de informação anônima (ou com sigilo de identidade) sem uma investigação prévia, muito menos será possível a assinatura de um acordo público-privado somente a partir do relato de um *whistleblower*,

3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 72.

⁶³ Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 117.988. Relator p/ acórdão Min. Celso de Mello, 2ª turma, j. 16.12.14; Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) n. 132.115. Relator Min. Dias Toffoli, 2ª turma, j.06.02.18.

sem a abertura para o contraditório e a ampla defesa. Do mesmo modo em que se deve evidenciar com clareza a justa causa e a verossimilhança para a persecução penal, cível ou disciplinar, também para se assinar um acordo administrativo durante a fase investigativa estes requisitos deverão estar presentes.

Para concluir, a exigência para que se considere possível um ajuste consensual na fase investigativa é que as informações reportadas pelo *whistleblower* sejam decodificadas a partir da observância dos parâmetros do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica, da confiança legítima, da boa-fé-objetiva e da estabilidade.

23.3.3 Fase processual pós-investigativa: quais os parâmetros de validade e eficácia do acordo?

A fase processual pós-investigativa consiste no momento posterior às investigações preliminares feitas no âmbito do Inquérito Civil Público, quando já foi iniciado um processo de responsabilização em face do particular reportado. Em se tratando de âmbito processual, é implícita a necessidade de respeito às garantias e direitos fundamentais do sujeito privado, incluindo as já defendidas neste trabalho.

Duas questões, no entanto, precisam ser debatidas quando o tema é acordo administrativo firmado em processo administrativo iniciado em virtude de informações trazidas ao

conhecimento da Administração por *whistleblower*: a) a defesa técnica por advogado; b) os limites da proteção da identidade do informante.

É tradicional a discussão sobre a imprescindibilidade ou não da presença de advogado em processo administrativo. O STF, inclusive, possui entendimento sumulado, afirmando que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal.⁶⁴ A Lei Federal de Processo Administrativo, nº 9.784/1999, prevê como um dos direitos do cidadão fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.⁶⁵ Diversos nomes da doutrina já se levantaram contra esta flexibilização normativa, dentro os quais Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem tal dispensa afronta o direito fundamental à ampla defesa assegurado aos litigantes e aos acusados em geral, tanto processo administrativo quanto em judicial.⁶⁶

A ausência de um advogado em um processo administrativo que resulte em um acordo público-privado torna o negócio inválido pelas seguintes razões: i) é incompatível com a complexidade jurídico-normativa de um acordo administrativo a falta de assistência jurídica sobre os riscos do ajuste; ii) o

⁶⁴ Súmula vinculante n. 5.

⁶⁵ Art. 3º, inciso IV.

⁶⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3 ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 316.

cidadão médio,⁶⁷ diante da proposta de um acordo, não possui *know-how* para escolher adequadamente a melhor solução para o seu problema; iii) da mesma forma, não possui preparo técnico para negociar, juridicamente, as cláusulas de um acordo público-privado, minimizando questões jurídicas futuras com a fixação, desde logo, de compromissos claros e objetivos.

Para que seja considerado válido o acordo, não basta que ao particular tenham sido abertas todas as informações a respeito da situação jurídica vivenciada. Ainda que a transparência seja respeitada, a informação, por si, não tem relevância se não traduzida e adequadamente manuseada por um advogado. A assinatura de um acordo atinge diretamente a esfera jurídica do particular, criando para ele obrigações imediatas que, se descumpridas, permitirão à Administração sancioná-lo. Nestas condições, não há como entender aceitável a ausência de advogado em um processo administrativo que resulte em um acordo.

Sobre os limites da proteção da identidade do informante, assegurada pelo art. 4-B da Lei nº 13.608/2018, resta saber até que ponto, para a propositura de um acordo, é indispensável o anonimato do *whistleblower*. O raciocínio leva em consideração a

⁶⁷ Tanto pessoa física quanto jurídica. Mesmo sendo uma organização empresarial, não é possível presumir dela uma suficiência jurídica, com conhecimento técnico sobre os riscos legais do acordo. Não se confunda aqui poderio econômico, próprio de uma empresa, com poderio jurídico. Este só pode ser assegurado a partir da participação formal de um advogado no negócio.

seguinte hipótese: imagine-se que, concluído o ICP, mesmo sem maiores evidências além daquelas relatadas pelo *whistleblower*, tenha-se decidido instaurar um processo administrativo. E que, ao final das diligências processuais, não se tenha encontrado algo em desfavor do particular além das provas preliminares trazidas pelo *whistleblower*. Pergunta-se: é relevante para a solução dos fatos que o *whistleblower* seja ouvido e o seu depoimento faça parte da instrução processual? Entende-se que sim.

Um acordo em processo administrativo somente será válido e eficaz quando todos os direitos processuais do particular tiverem sido observados. O esgotamento da via probatória, neste caso, é um destes direitos. No enredo proposto, quando não houver prova além do relato do *whistleblower*, as partes somente terão condições de avaliar os benefícios de um acordo se a eles forem oportunizado confirmar o conteúdo do relato diretamente com o depoimento do *whistleblower*. Apenas por esta via é que se poderá comprovar, por exemplo, a má-fé e a falta de razoabilidade do relato.

Um adendo relevante: o parágrafo único do art. 4-B da Lei nº 13.608/2019 prevê que a revelação da identidade somente será efetivada mediante comunicação prévia ao *whistleblower* e, sublinhe-se, com sua concordância formal.⁶⁸ Então, se, mesmo

⁶⁸ Até porque seria pressuposto para o *whistleblower* receber a recompensa a revelação da sua identidade, já que o direito financeiro não tem, como regra, a execução de despesas públicas secretas ou sigilosas, que são usadas somente em situações excepcionais (como segurança nacional,

intimado, o *whistleblower* não concordar com a sua revelação, compreende-se que o acordo advindo desta realidade será prejudicial aos interesses do particular porque frágil quanto às evidências que poderiam levar à sua condenação.⁶⁹

Em suma, nas duas questões analisadas neste subtópico, o pano de fundo está na deferência a um devido processo legal “cheio”:

Na dogmática do acordo o devido processo legal precisa ser “cheio”, significando que a sua validade e eficácia não dependem somente dos aspectos formais do contraditório e da ampla defesa, mas também da garantia e da promoção de um processo de negociação paritário, no qual os interesses e as garantias fundamentais do sujeito privado sejam observados e possam verdadeiramente resultar em uma tomada de decisão consensual.⁷⁰

Na fase processual, a negociação em relação aos termos do acordo precisa ser mais robusta se comparada com as anteriores,

por exemplo). Em se tratando de uma despesa pública – o pagamento de recompensa –, a revelação da identidade do *whistleblower* será o fluxo natural do iter procedimental.

⁶⁹ Tais posicionamentos, defendidos ao longo deste artigo, não deixam de considerar a possibilidade de o particular, autonomamente, decidir por assinar ou não um acordo. Mais uma vez, é preciso reforçar que as hipóteses de avaliação aqui cotejadas levam em consideração realidades nas quais sejam necessárias maior aprofundamento investigativo das questões a fim de permitir ao cidadão concluir com o maior grau de certeza sobre os bônus e os ônus de um acordo público-privado.

⁷⁰ BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Op. cit., p. 102 e ss.

já analisadas. Aqui, mais do que nunca, as partes precisarão estar em paridade, o que significa terem a favor de si o mesmo poderio jurídico e probatório. Tanto isto é verdade que há autores brasileiros que defendem que o lugar ideal para a realização de um acordo é no âmbito do processo administrativo. Segundo Juliana Bonacorsi de Palma, “pela regra do devido processo legal, os acordos administrativos precisam, portanto, ser celebrados no âmbito do processo administrativo, sob pena de invalidação”.⁷¹

Antes do encerramento do subtópico, e ainda que fugindo um pouco do objeto deste artigo, vale a pena destacar algumas reflexões relacionadas à presença do *whistleblowing* no processo administrativo brasileiro que ainda não receberam atenção doutrinária. São elas: a) qual é a posição jurídica do *whistleblower* no processo administrativo brasileiro? Nenhuma (anônimo)? Terceiro interessado? Assistente de acusação? Testemunha?; b) em caso de decisão administrativa favorável ao reportado, terá o *whistleblower* legitimidade para recorrer?; c) poderá o relatado questionar a motivação da denúncia?; d)

⁷¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Devido processo legal. . . Op. cit., p. 22. Outros são os autores que propagam esta ideia: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997; CHEVALLIER, Jacques. A governança e o Direito. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005; TONIN, Maurício Moraes. Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem. Tese (Doutorado em Direito). 2016. 237 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

poderá alegar a má-fé das acusações?; e) quais seriam os pressupostos de comprovação da má-fé do *whistleblower*?

Por tudo o que foi dito, a decodificação jurídica de um acordo público-privado feito em processo administrativo iniciado por conta de informação repassada por *whistleblower* estará condicionada à presença de um advogado e, nos limites da situação hipotética narrada acima, à flexibilização da proteção da identidade do *whistleblower*.

23.4 Conclusão

Os apontamentos e as proposições teóricas feitas neste artigo são dependentes de um debate jurídico mais aprofundado, não cabível no formato de um artigo. Buscou-se, por conseguinte, um diálogo jurídico-normativo entre dois institutos muito recentes e desconhecidos da maioria dos agentes públicos e privados. Naturalmente, suas aplicações enfrentarão resistências. No entanto, seus benefícios, sentidos internacionalmente, deverão ser considerados e internamente compatibilizados.

O acordo administrativo pretende lutar contra um modelo secular de Administração Pública impositiva, que insiste em manifestar a sua vontade por meio de atos unilaterais; que vê o cidadão na qualidade de administrado, com direitos e obrigações relativizados perante o interesse público; que ordena suas ações em contrariedade aos avanços constitucionais do Estado

Democrático de Direito; que institucionaliza um Estado que pode tudo e uma sociedade que pode nada ou quase nada; que torna natural a existência de um poder supremo e de um cidadão subserviente.

Do mesmo modo, o *whistleblowing* contraria o silêncio e a conformidade com a corrupção e as demais fraudes envolvendo o Estado. Enfrenta a indiferença estatal quanto à importância da cidadania no combate à corrupção. Contrapõe-se a uma cultura de ameaça e retaliações. Luta contra um sistema político de obscuridades, ilegalidades e compadrios.

O espírito de inovação e democracia do acordo administrativo e do *whistleblowing* os levará a conviver no ordenamento jurídico brasileiro como institutos consequentes um do outro. Com a criação do “informante do bem” no final de 2019, nos próximos anos, muito possivelmente acordos serão formalizados a partir de informações reportadas por *whistleblowers*. Os operadores do Direito precisarão estar capacitados para decodificar as problemáticas advindas da reunião destes dois regimes jurídicos.

Assim, como forma de iniciar um debate, sustentou-se que, em situações nas quais Poder Público e cidadão estiverem diante de uma relação jurídica consensual iniciada por meio de relato de corrupção, fraude ou ilegalidade, para se considerar válido e eficaz o ajuste: a) deve prevalecer o regime jurídico do acordo administrativo; b) se firmado em fase pré-investigativa, as

reservas de consensualidade e de paridade deverão ser observadas; c) se formalizado em fase investigativa, haverá de existir um devido processo legal adequado e uma não contrariedade aos princípios da segurança jurídica, confiança legítima, boa-fé objetiva e estabilidade; d) por fim, admite-se acordo administrativo público-privado em fase processual com a condição de que o particular esteja assessorado por advogado e, em circunstância específica narrada no texto, a proteção da identidade do whistleblower seja flexibilizada.

24 CORRUPÇÃO PRIVADA E COMPLIANCE

Paulo Tiago Sulino Muliterno

Bacharel em Letras pela Universidade de São Paulo (USP); bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); certificado em Compliance Anticorrupção (CPC-A) pelo LEC Certification Board; advogado criminalista no escritório Torres | Falavigna | Vainer – Advogados, em São Paulo

Leonardo Palazzi

Bacharel e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); sócio no escritório Torres | Falavigna | Vainer – Advogados, em São Paulo

Muitos dizem que a corrupção é algo inerente ao ser humano. Estas pessoas, infelizmente, parecem não estar erradas.

A crescente preocupação com as práticas de corrupção levou ao trabalho da Transparência Internacional que “agrega dados de diversas fontes que fornecem as percepções do setor privado e de especialistas acerca do nível de corrupção no setor público” para calcular o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) de 180 países e territórios, o principal indicador de corrupção no setor público do mundo. A escala do IPC vai de 0 a 100, na qual 0 significa que o país é percebido como altamente corrupto e 100 significa que o país é percebido como muito íntegro.

Os dados mais atualizados¹ revelam que, em 2019, o Brasil recuou 5 posições e hoje ocupa o 106º lugar no ranking. Pelo segundo ano consecutivo, o país se manteve no pior patamar da série histórica do IPC, com apenas 35 pontos – o que não chega a causar grande surpresa, considerando os consecutivos escândalos de corrupção amplamente noticiados, especialmente a Operação “Lava Jato”.

Esse resultado pode ser interpretado de duas formas: um efetivo aumento na ocorrência de casos de corrupção ou a percepção da sua ocorrência em razão dos esforços das autoridades criminais desencadeadas a partir de 2014, que, de fato, tornaram a corrupção mais evidente. Do que se conclui que, a bem da verdade, nenhuma das interpretações é positiva.

Mas há um aspecto no IPC que merece (triste) destaque, ainda que de forma alguma justifique o péssimo desempenho do Brasil: não há um único país no *ranking* acima dos 87 pontos.

Mesmo entre os países mais bem colocados no *ranking* (Dinamarca e a Nova Zelândia), existe uma percepção de que atos de corrupção também fazem parte das suas respectivas realidades. Como se pode ver, nenhum país é totalmente “limpo” de corrupção no setor público.

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU)²

¹ Dados disponíveis em <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acesso em 07/12/2020.

² A ONU conta com órgão específico para tratar de assuntos relacionados a controle de drogas, crime organizado transnacional e corrupção,

aponta que o conceito de corrupção deve ser entendido de forma ampla, de modo a compreender não apenas práticas patrimoniais, como suborno e propina, ou outro tipo de desvio de bens e recursos por parte de funcionários públicos. O conceito de corrupção pode envolver casos, por exemplo, de nepotismo (ainda que “cruzado”), tráfico de influência e utilização de informação privilegiada para fins pessoais, os quais também envolvem a moralidade da administração pública.

24.1 Alguns esforços contra a corrupção “tradicional”

Em 1977, os Estados Unidos da América promulgaram o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei federal voltada para o combate à corrupção envolvendo funcionários públicos no estrangeiro decorrente da repercussão do escândalo *Watergate* e que se tornou referência mundial na matéria.

O propósito da lei é o combate à corrupção pública transnacional, praticada por pessoas físicas e jurídicas que oferecem qualquer tipo de vantagem indevida (por exemplo, valores em espécie, presentes, viagens e refeições, “entretenimento”, doações e patrocínios, bem como ofertas de emprego e qualquer outro tipo de vantagem pessoal) a agentes

e terrorismo, o UNODC, cujo trabalho é baseado em convenções internacionais. Mais informações sobre questões ligadas ao combate à corrupção disponíveis em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>>. Acesso em 17/12/2020.

governamentais estrangeiros para auxiliar na obtenção ou retenção de negócios com a administração pública local.

Em linhas gerais, a lei traz disposições anticorrupção e contábeis e prevê penas civis, criminais e/ou administrativas, incluindo multas que chegam a milhões de dólares, tempo de prisão, revogação de licenças administrativas, proibição de participar de licitações e firmar contratos com a administração pública, além de prever confisco de lucros resultantes dos eventuais atos de corrupção.

Em 1998, as disposições antissuborno do FCPA também passaram se aplicar a empresas estrangeiras e pessoas envolvidas em corrupção dentro do território do Estados Unidos.

O caráter transnacional da lei é claro quando se analisa o alcance extraterritorial das sanções previstas, o que significa que suas disposições podem ser aplicadas a indivíduos fora dos Estados Unidos,³ sob determinadas condições.

Com efeito, a corrupção é um fenômeno amplo, inclusive com abrangência internacional e deve ser combatido de forma igualmente transnacional.

³ Pesquisas em fontes especializada revelam que grande parte dos maiores casos da FCPA (em valor da penalidade financeira) envolveu empresas que não são norte-americanas cuja atuação se deu fora do território norte-americano. Apenas para exemplificar, no ranking dos 10 maiores casos de imposição de multas mantido pelo The FCPA Blog e atualizado em outubro de 2020, estão a Petrobras e a Siemens, cujos notórios casos de corrupção se deram fora dos EUA. A única empresa norte-americana na “seleta” lista é o banco Goldman Sachs, cujo recente acordo firmado com as autoridades norte-americanas atinge a cifra de US\$ 3,3 bilhões.

E a partir do momento que a legislação norte-americana passou a ter mais visibilidade por meio da sua efetiva aplicação, com processos resultando em grandes acordos nesse âmbito, foi justamente quando a Transparência Internacional passou a divulgar os resultados do já mencionado IPC.

O que se pode afirmar com isso é que o processo de globalização facilitou a proliferação da corrupção no mundo, principalmente pelo maior intercâmbio e ampliação das relações comerciais internacionais, assim como os seus registros também se ampliaram nas respectivas jurisdições e também em cooperação internacional, na mesma medida da ampliação no fluxo de capitais e de informações, bem como de pessoas entre os países.

Como consequência, em 2003, a Assembleia-Geral da ONU aprovou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,⁴ o primeiro instrumento jurídico anticorrupção da referida organização que estabelece regras obrigatórias aos países signatários e que levou diversos países a promulgarem ou aperfeiçoarem suas leis para o combate à corrupção.

Nesta ótica, também em 2003, o Código Penal no Brasil passou por reforma e as penas para as modalidades “tradicionalis”

⁴ A versão em português da Convenção está disponível em https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNC_AC_Port.pdf. Acesso em 12/12/2020.

de corrupção tipificadas nos arts. 317 (passiva)⁵ e 333 (ativa)⁶ foram elevadas para reclusão de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Ainda assim, as condutas de corrupção tipificadas no Brasil (no Código Penal e em outras leis) versam sobre vantagens indevidas no contexto da atuação ou omissão de funcionários públicos ou equiparados, de acordo com o art. 327, também do Código Penal.

Contudo, se faz necessária a discussão acerca da ampliação do conceito de “corrupção” para além do setor público, o que será avaliado a seguir, ressaltando-se que não há como esgotar todo o assunto na presente contribuição.

24.2 Corrupção no setor privado

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa⁷ traz que “corrupção” se refere ao “emprego, *por parte de grupo de pessoas de serviço público e/ou particular, de meios ilegais para, em benefício próprio, apropriar-se de informações privilegiadas*”.

Sem embargo, o conceito de corrupção restringe a interação de particulares (enquanto corruptores) com agentes

⁵ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

⁶ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

⁷ 2004, p. 848; destacamos.

públicos, ainda que equiparados (enquanto corrompidos) e, nesta medida, exclui a prática de atos de corrupção entre entes privados.

Por outro lado, a ainda que a corrupção privada em regra seja excluída do objeto de tutela legal, como no caso do Brasil, se tem discorrido sobre a necessária inclusão da relação entre particulares como mais moderno conceito. Sobre tal questão, discorre Anna Cecília Santos Chaves:⁸

Tais questões demonstram a necessidade de uma delimitação precisa do conceito de corrupção na esfera privada. Para ir adiante em questões de maior profundidade na órbita da dogmática penal, faz-se necessário que sobre esse conceito não parem as sombras da indeterminação.

Cairolí Martinez apresenta um conceito presente na obra *Controlando a corrupção*, de Robert Klitgaard, que aponta ser aquele mais adequado a definir, atualmente, o fenômeno da corrupção: “conduta corrupta é aquela que se desvia dos deveres formais de um rol público em razão de ambições privadas (pessoal, familiar ou grupal), ou que viola as regras do exercício de certos tipos de conduta de interesse privado.” Prossegue, afirmando que tal definição encerra o sentido global de corrupção, o qual abarca não apenas as ações de desvio que são exercidas no âmbito dos órgãos que cumprem funções públicas, mas também na esfera de atuação daqueles que exercem funções privadas.

Para Cairolí Martinez, assim como os governantes que exercem a autoridade pública,

⁸ 2014, p. 238 – 239; destacamos.

os grupos empresariais “conformam uma elite e podem situar-se dentro dos grupos que regem os destinos de muitas pessoas. São dirigentes distintos, pessoas que, de alguma maneira, têm o predomínio ou hierarquia sobre outras pessoas e, através de suas atitudes, determinam ações que terão consequências nas vidas e situações das mesmas. Definitivamente, são dois tipos que estão muito unidos, não é difícil que apareçam interagindo e produzindo efeitos que às vezes levam à criação de monopólios que impedem a concorrência econômica.”

Na prática, a corrupção é um fenômeno que permeia tanto as relações com o poder público quanto no contexto exclusivo das organizações privadas, isto é, nos relacionamentos mantidos por entes/indivíduos privados entre si – tais como empresas e profissionais liberais, condomínios, associações, sociedades e fundações, até mesmo organizações religiosas.

Não se propõe aqui uma análise das causas da corrupção na esfera privada – ou da motivação, conforme a proposta do “Triângulo de Fraudes” de Cressey, que será retomada mais adiante.

Por ora, é suficiente a concepção criminológica de que a corrupção privada pode estar ligada a um sistema que visa o lucro em detrimento da moralidade e à realidade empresarial de pressão por resultados positivos a qualquer custo. Também não se ignora que há fortes motivações individuais ligadas a vantagens

peçoais para aqueles que se envolvem em tais práticas.⁹

De todo modo, o que parece ser claro é que os resultados trazidos por atos desviantes no âmbito privado, a depender da sua extensão, também afetam os mesmos interesses protegidos em relação a corrupção pública, ainda que agentes públicos não estejam envolvidos.

Na verdade, se a racionalização das práticas criminosas no âmbito empresarial já conforma *técnicas de neutralização da culpa* para justificar certos comportamentos em relação às interações com o âmbito público, mais ainda se faz presente no campo privado.

Em outras palavras, para muitos, os atos desleais ou mesmo fraudulentos fazem “parte do jogo” ou são aceitáveis, ainda mais diante de uma lógica eminentemente privada, como no caso dos mais acirrados mercados econômicos.

Essa percepção é ainda mais forte quando os resultados são difusos ou não há um prejuízo financeiro direto, ainda que este nem sempre seja o caso, já que o ato de corrupção não exige

⁹ Nesse sentido, há diversas reportagens noticiando casos em que funcionários de entes privados favorecem determinados parceiros comerciais em detrimento das empresas em que trabalham, a exemplo de casos envolvendo o Hospital Albert Einstein (disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1812723-cupula-da-cardiologia-do-einstein-cai-por-suposto-elo-com-fornecedor.shtml>; acesso em 14/12/2020) e a operadora de telefonia Vivo (disponível em <https://jovempan.com.br/programas/vivo-nao-comenta-demissao-de-executiva-apos-rombo-milionario.html>; acesso em 14/12/2020).

um resultado para sua consumação.¹⁰

Nesse sentido, as considerações de Décio Franco David¹¹ sobre o tema:

A ausência de percepção da corrupção no setor privado como algo indevido pode ser explicada, ainda, pela relação desviante x delituoso, tomando-se como base o fato de que a própria sociedade detém uma ideia de que não se esteja diante de uma conduta “tão grave”. Nesse sentido, as observações de Roberto Livianu reforçam a aceitação da corrupção como algo inerente ao sistema capitalista, notadamente no seio das atividades empresariais.

Em síntese, pode-se afirmar que no atual mundo globalizado, em que “o sucesso é simplesmente traduzido pelo poder financeiro, no qual se esgarçam as relações sociais em um individualismo acendrado, que compromete a consideração ao outro, a honradez e a honestidade deixam de ser valores básicos indiscutíveis”, o campo das atividades empresariais vira um ringue de atos sob a

¹⁰ “A ideia de que a corrupção privada gera somente efeitos patrimoniais acarreta uma série de dificuldades práticas. Muitas vezes, a ação do funcionário ou administrador não gera um prejuízo, sendo que outras motivações podem ser elencadas para a tomada de decisões menos eficientes do ponto de vista mercadológico, como, por exemplo, manter ou retomar um bom relacionamento com determinado parceiro, estabelecer uma nova rede de parcerias, experimentar um outro produto/serviço etc. // Em casos de corrupção privada, ainda é comum que o serviço superfaturado contratado seja efetivamente prestado e traga bons resultados. Contabilmente falando, isso não necessariamente implica um prejuízo.” (SIMÕES, SOUZA, e IKEDA, 2019).

¹¹ 2019, p. 69 – 70.

determinação da “Lei de Gérson”, comprovando que o uso de inovações ilícitas – proposto como um dos elementos de superação da anomia na teoria de Roberto King Merton – é uma realidade do meio empresarial.

Neste cenário, o reconhecimento de que existe corrupção exclusivamente entre entes privados vem ganhando força ao longo dos anos, especialmente diante de notórios casos envolvendo entidades privadas de alcance internacional, como a Federação Internacional de Futebol (FIFA) e o Comitê Olímpico Internacional (COI), cujos dirigentes foram acusados de corrupção no processo de escolha de países-sede para seus eventos.

Mas a verdade é que essa verdadeira “corrupção privada” não se limita a entidades globais em que interesses nacionais estão envolvidos. Ela pode estar presente em organizações menores, em empresas de pequeno e médio porte, e em grandes corporações privadas que, inseridas cada vez mais num contexto liberal, apresentam um proporcional potencial danoso à economia e a outros interesses coletivos, sociais e difusos, o que confere legitimidade à construção dialética desta nova categoria de corrupção, como já se pode verificar em alguns países.

24.3 Exemplos de combate à corrupção “privada” no mundo

No que diz respeito ao campo legislativo e a essa “corrupção privada”, os Estados Unidos da América são pioneiros mundiais na tipificação da corrupção praticada entre entes privados, através do já mencionado *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)¹² e da *Lei Sarbanes-Oxley* (SOX).¹³

Além das vantagens indevidas a agentes públicos, o FCPA possibilita se alcançar e punir atos de corrupção em razão de registros contábeis e controles internos conhecidos por *accounting provisions*, ou ainda *books and records*, na medida em que a legislação exige que tais registros reflitam precisamente e adequadamente as transações da empresa.

Sustenta-se que estas disposições relativas à contabilidade das empresas poderiam ser até mais propensas a formar a base de um processo cível ou criminal contra as organizações norte-americanas e estrangeiras que estão sujeitas à lei. Isso porque, pagamentos indevidos de quaisquer naturezas poderiam ter reflexos contábeis e caracterizar fraudes nos *books and records*, ainda que as vantagens não fossem destinadas a agentes públicos.

¹² Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acesso em 11/12/2020.

¹³ Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3763>>. Acesso em 11/12/2020.

Além disso, desde a aprovação da Lei *Sarbanes-Oxley* em 2002, as disposições contábeis assumiram importância ainda maior, na medida em que os responsáveis nas organizações devem certificar a integridade das demonstrações financeiras de suas empresas e avaliar a adequação de seus controles internos e do cumprimento legal (*Compliance*) – inclusive para fins de mitigação de danos, em caso de violações ao FCPA.

De se destacar neste mesmo contexto da SOX, aprovada nos Estados Unidos da América, a já mencionada Convenção da ONU contra a Corrupção, que aborda especificamente a questão do “Setor Privado” e, tal qual a legislação norte-americana, também aponta para a importância dos controles para books and records, ao dispor que o Estado signatário *“em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como, quando proceder, prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas”* (destacamos).

Ademais, dentre as referidas medidas apontadas pela Convenção, merecem destaque “a formulação de normas e procedimentos com o objetivo de salvaguardar a integridade das entidades privadas pertinentes, **incluídos códigos de conduta para o correto, honroso e devido exercício das atividades comerciais e de todas as profissões pertinentes e para a**

prevenção de conflitos de interesses, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado” (destacamos) e “Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação” (destacamos).

Nota-se, aqui, a crescente importância já conferida aos instrumentos privados, como códigos de conduta e de sistemas de controles internos, para fins de prevenção e detecção de possíveis irregularidades e atos de corrupção – ou seja, a importância de uma cultura de Compliance, permeando não só as relações com o Estado, mas diretamente as relações entre particulares.

Mais adiante no Capítulo III, a Convenção traz outras previsões específicas sobre o setor privado, com destaque para o suborno no setor privado (art. 21) e a malversação ou peculato de bens no setor privado (art. 22).

A rigor, trata-se de recomendações específicas aos Estados a respeito da qualificação de delitos relacionados à corrupção exclusivamente no âmbito privado, relacionando a atuação entre corruptores e corrompidos tão somente entre si, sem participação de agentes públicos. Com efeito, tais atos de corrupção “privados”

não guardam relação alguma com as “funções oficiais” inerentes a agentes públicos.

A partir de então, países e blocos de nações como as integrantes da União Europeia passaram a aprimorar seus ordenamentos jurídicos e incorporar elementos e tipos penais para oferecer uma resposta global para o problema da corrupção. No caso da União Europeia, as leis e os órgãos que já existiam ganharam ainda mais relevância e pertinência prática de modo a dar eficácia à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – a exemplo da Convenção de Direito Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, que abarca a corrupção em suas formas pública e privada, e do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF).

Além disso, diversos de seus Estados-membros passaram a promover alterações em seus ordenamentos jurídicos a fim de reforçar o combate à corrupção “tradicional”, bem como tipificar práticas de corrupção no setor privado, com especial destaque para a Inglaterra e o *UK Bribery Act* de 2010,¹⁴ que prevê multas, dano reputacional e sanções administrativas para pessoas jurídicas, além de prisão para pessoas físicas.

Os paralelos com a legislação norte-americana são comuns, inclusive em razão da ampla jurisdição transnacional do *UK Bribery Act* e dos critérios para que uma organização ou uma

¹⁴ Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em 11/12/2020.

pessoa física estrangeira tenham seus atos subsumidos à legislação britânica; mas há diferenças que são bastante relevantes.

Por exemplo, o *UK Bribery Act* prevê um delito geral de suborno, que criminaliza tanto o recebimento quanto o pagamento de vantagens indevidas e não há distinção na lei entre subornos pagos no setor privado (chamado *commercial bribery*) e aqueles pagos no setor público.

Nesse ponto, destaca-se que o *UK Bribery Act* criminaliza condutas relacionadas a estimular ou recompensar indivíduos dos setores público e privado para desempenharem função ou atividade relevante de forma indevida ou imprópria (*improper performance*), independentemente do resultado. A lei não faz distinção entre as pessoas que tomam parte da corrupção, de modo que promessas, pagamentos e recebimentos de suborno ou de propina entre particulares, visando vantagens indevidas, são puníveis com até 10 (dez) anos de prisão e/ou multa.

Ou seja, tal como traz a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, se criminaliza a vantagem oferecida e aceita para violação dos deveres inerentes de confiança, lealdade e boa-fé que deveriam ser inerentes na relação dos indivíduos com o poder público ou com os entes privados que eles representem perante terceiros.

Por outro lado, ainda que o *UK Bribery Act* não preveja infrações relacionadas a livros e registros contábeis (*books and*

records) ou violações de controles internos (como fazem o FCPA e a SOX), a existência de controles internos eficazes e um verdadeiro “compromisso” anticorrupção podem ser fatores atenuantes em sede de defesa para evitar ou limitar a responsabilidade das pessoas jurídicas.

Finalmente, na América Latina, destaca-se que a Colômbia e a Venezuela preveem tipos penais específicos para punir indivíduo que “directamente o por interpuesta persona prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o asesores de una sociedad, asociación o fundación una dádiva o cualquier beneficio no justificado para que le favorezca a él o a un tercero, en perjuicio de aquella” (art. 250-A, do Código Penal da Colômbia).

Mas, ao contrário do que ocorre em diversos países e em nossos “vizinhos”, e a despeito de ser signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a qual foi promulgada por meio do Decreto nº 5.687/2006, a corrupção privada no Brasil (ainda) não é crime.

24.4 Corrupção “privada” no Brasil

O sistema jurídico de combate à corrupção no Brasil é composto de diversas normas, a exemplo do já mencionado Código Penal, da Lei nº 8.429/1992 (Improbidade Administrativa), da Lei nº 8.666/1993 (Licitações), da Lei nº

9.613/1998 (“Lavagem” de Dinheiro) e, mais recentemente, da Lei nº 12.846/2013, conhecida como “Lei Anticorrupção”, a qual prevê sanções civis e administrativas para pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção praticados por seus representantes e prepostos envolvendo agentes públicos – mas que não traz sanções penais.

Por sua vez, iniciativas como a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA¹⁵

¹⁵ “A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate àqueles crimes. O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, atua como secretaria-executiva da Enccla, por intermédio da Coordenação-Geral de Articulação Institucional do DRCI. // O trabalho é concretizado nas chamadas Ações, as quais são elaboradas e pactuadas anualmente pelos membros da ENCCLA. Para cada uma delas, cria-se um grupo de trabalho composto por vários órgãos e instituições, o qual tem como mandato o alcance de um ou mais produtos predefinidos, por meio de atividades como realizar estudos e diagnósticos legais-normativos e de composição de bancos de dados, elaborar propostas legislativas, averiguar o estado da arte de sistemas de cadastros, indagar necessidades e promover soluções em TI, buscar eficiência na geração de estatísticas e realizar eventos voltados à evolução dos temas por meio de debates. Os grupos de trabalho costumam reunir-se mensalmente. // No cenário mundial, a ENCCLA tem cumprido papel essencial para atender, ainda, as recomendações internacionais. // Ao longo desses anos, os trabalhos desenvolvidos pela ENCCLA trouxeram diversos resultados positivos no combate ao crime de lavagem de dinheiro e às práticas de corrupção.” Disponível em <http://enccla.camara.leg.br/>.

ainda estão fortemente vinculadas à noção de que atos de corrupção devem necessariamente envolver agentes públicos, conforme previsto na legislação penal brasileira.

Portanto, resta claro que a legislação que trata especificamente da corrupção – como se verifica nas disposições do Código Penal – e os esforços dos órgãos públicos ainda estão muito ligados à necessidade do envolvimento de funcionários públicos.

Em razão de tal realidade jurídico-normativa, diversas são as condutas praticadas no âmbito do setor privado, portanto, que não podem ser investigadas, processadas e punidas, apesar de ocorrerem em larga escala, serem moralmente reprováveis e trazerem prejuízos enormes principalmente para as empresas privadas.

Diante desse cenário, como dito, entes privados frequentemente se veem às voltas com colaboradores que praticam atos contrários aos interesses das companhias, muitas vezes se valendo de fraudes e “esquemas” previamente combinados com fornecedores ou mesmo competidores diretos. Em tais casos, a resposta jurídico-criminal não é simples, pois, como dito, a corrupção privada não é tipificada no Brasil.

Assim, embora em uma primeira análise o fato possa ser considerado atípico, por minucioso trabalho jurídico e de investigação, a experiência demonstra que é possível fazer com

que pessoas físicas respondam por seus atos na esfera criminal. Nesse sentido, apontam Luiz Regis Prado e Patrícia Carraro Rossetto:¹⁶

No Brasil, é possível afirmar que a proteção penal contra a corrupção privada tradicionalmente tem se valido de normas incriminadoras extraídas do âmbito dos delitos contra o patrimônio, como por exemplo, o estelionato (art. 171) e a apropriação indébita (art. 168); dos delitos contra o sistema financeiro (Lei 7.492/1976); dos delitos que tutelam a ordem econômica, em especial os arts. 4.º, 5.º e 6.º da Lei 8.137/1990; dos crimes contra o mercado de capitais, previstos na Lei 6.385/1976, tais como o delito de manipulação de mercado (art. 27-C) e o delito de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D); além de disposições penais previstas na Lei 9.279/1996, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, a qual prevê, em seu art. 195, IX e X,¹⁴ a corrupção ativa e passiva praticadas por particulares como modalidades do delito de concorrência desleal.

Acrescente-se, por fim, que os crimes de violação do segredo profissional (art. 154, do Código Penal), associação criminosa (art. 288, do Código Penal) ou, eventualmente, de organização criminosa (art. 2º, da Lei nº 12.850/2013) também podem ser subsumidos.

Uma vez configurado um fato criminoso (estelionato, violação de sigilo profissional, concorrência desleal etc.), não é

¹⁶ 2015, p. 53

rara a ocorrência do crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores do produto da infração penal antecedente, nos termos da Lei nº 9.613/1998, o que muitas vezes se pratica por meio de ardis fraudulentos e violações contábeis – isto é, por violações de *books and records*, como prevê a legislação estrangeira.

Com as mudanças ocorridas em 2012 na legislação de “lavagem” de capitais, toda e qualquer infração penal que resulte em bens, direitos ou valores ilícitos, cuja natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade venha a ser ocultada ou dissimulada, poderá dar ensejo a persecução penal, com penas de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

Não obstante, parte da doutrina que se debruça sobre o assunto aponta que os tipos penais mais próximos da corrupção privada no Brasil estão nos incisos IX e X do art. 195, da Lei nº 9.279/1996, os quais tratam de condutas de concorrência desleal. Ainda assim, há diversas ressalvas quanto à falta de eficácia e a problemas conceituais e “práticos” no tipo penal em questão, como bem apontam Anna Cecília Santos Chaves¹⁷ e Décio Franco David,¹⁸ respectivamente:

O que se deseja sublinhar é que, embora se apresente correta a mens legislatoris, a tutela jurídica dos crimes de concorrência desleal não

¹⁷ 2014, p. 253; destacamos.

¹⁸ 2019, p. 137; destacamos.

deveria ser pensada apenas em vista dos interesses do concorrente, mas também e, principalmente, da coletividade, que sofrerá os reflexos decorrentes da ingerência artificial de forças nas leis do mercado.

Na Lei 9.279, os dispositivos atinentes à matéria não são dotados, aparentemente, de grande relevância jurídica. Os crimes de concorrência desleal encontram-se inseridos num diploma cujo foco está na tutela da propriedade industrial que, em razão de atecnia legislativa em se conjugar a mens legislatoris, a redação legislativa e o princípio da adequação entre a conduta reprovada e a pena cominada, afigura-se como o bem jurídico literalmente tutelado. O sujeito passivo da conduta é, pois, o concorrente imediato, ou seja, aquele que diretamente sofreu as condutas típicas.

Prova disso é a baixa reprovabilidade desses tipos penais, quando comparados aos delitos praticados contra a Administração Pública, elencados no Título XI do Código Penal, o que demonstra que o legislador positivo desconsiderou, na cominação das penas, o interesse público afetado por tais condutas.

Quanto à modalidade prevista no artigo 195, IX da referida Lei, Guilherme de Souza Nucci reconhece como núcleo do tipo de injusto o dever de fidelidade do empregado, vinculando este objeto à concorrência desleal. Para este autor, além da concorrência desleal, há a proteção das relações de consumo, o que modifica por completo o marco teórico de definição do bem jurídico, passando, assim, ao questionável modelo pluriofensivo, misto ou complexo (tratado no item 2.3.2.5 acima). Já no

pertinente à conduta prevista no artigo 195, X, da Lei de Propriedade Industrial, Nucci mantém interpretação idêntica ao dispositivo anterior, reiterando a mescla entre a proposta contratual empregatícia e o modelo pluriofensivo.

É importante destacar que embora o artigo possibilite uma tutela de condutas de matriz corruptiva em virtude do desvio funcional, sua proposta se centra diretamente em deveres funcionais que se não forem devidamente interpretados à luz da normativa podem vir a configurar outro tipo de infração funcional, tais como o estelionato e, até mesmo, furto qualificado mediante confiança ou apropriação indébita majorada.

Nesse ponto, vale trazer atenção à dita “baixa reprovabilidade” dos tipos penais previstos na Lei nº 9.279/1996, que, como dito, mais se aproximam da tipificação da corrupção privada no Brasil.

As penas previstas para o crime de concorrência desleal são de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Ou seja, trata-se de penas cujo prazo prescricional é baixo e que permitam celebração de acordos de transação penal, caso sejam levadas ajuízo mediante queixa (ação penal privada).

Disso se extrai que no Brasil ainda parece existir uma percepção de que tais condutas seriam mais “aceitáveis” (em comparação com outros tipos penais, como furto, estelionato e apropriação indébita), e que o legislador não confere a necessária

gravidade à questão, ao estipular penas tão baixas e passíveis de benefícios aos responsáveis.

Com relação aos bens jurídicos tutelados pelos tipos penais disponíveis, não se pode admitir que estes sejam apenas o patrimônio, o lucro e a clientela das empresas. Além de ser impreciso, isso pode trazer uma série de problemas para fins de prova necessária para punição dos responsáveis, ainda que o efetivo prejuízo financeiro não seja imprescindível para a consumação dos crimes.

Os danos imediatos seriam patrimoniais, obviamente, abrangendo perdas financeiras diretas decorrentes de superfaturamentos ou fraudes. Essa, inclusive, é a lógica dos demais tipos penais no Código Penal potencialmente aplicáveis, que essencialmente versam sobre questões patrimoniais e danos financeiros concretos.

Não se pode olvidar que há situações em que os entes privados adquirem produtos e/ou contratam serviços de pior qualidade junto a fornecedores para que seus representantes tenham algum tipo de vantagem indevida (o chamado *kickback*). Estes mesmos representantes também podem deixar de negociar condições mais favoráveis para os entes privados que representam, a fim de favorecer determinado fornecedor que possa lhe gerar alguma vantagem indevida.¹⁹

¹⁹ Na verdade, cumpre registrar aqui a linha entre atos deliberados de corrupção e atos de má gestão pode ser bastante tênue, o que tem impactos diretos em questões de prova.

E há outros danos de ordem subjetiva aos entes privados, quando se considera que “o elemento moral da corrupção é o que debilita a empresa, ao se contrapor ao dever genérico de lealdade que funcionários e administradores têm com a empresa onde atuam. Trata-se, inclusive, de uma percepção alinhada à etimologia do conceito de corrupção enquanto desvirtuamento ou abandono de determinados valores e princípios”.²⁰

Por sua vez, os sujeitos passivos dos crimes em comento seriam, à primeira vista, aquelas organizações privadas que são diretamente prejudicados pela “concorrência desleal” e pelos atos praticados por aqueles que deveriam resguardar seus interesses e observar os deveres inerentes às suas funções. Isso não se nega.

Não se pretende aqui discutir os modelos de tutela penal da matéria²¹ e as possíveis críticas, mas sim apontar que parte da

²⁰ SIMÕES, SOUZA, e IKEDA, 2019.

²¹ “Tradicionalmente, vincula-se o marco teórico da corrupção no componente anímico da conduta corrupta: a deslealdade, entendida como “a atuação em sentido contrário aos interesses cuja defesa nos é confiada em virtude de um ato de vontade de quem legitimamente é titular dos mesmos”³⁴². // Contudo, uma análise de normativas estrangeiras sobre o assunto torna evidente a ausência de uma harmonização na identificação de qual bem jurídico se está protegendo com a norma nesses ordenamentos³⁴³. No pertinente ao ordenamento nacional, a situação é ainda mais delicada diante da inexistência de previsão típica do delito de corrupção privada. Daí, repete-se, a importância de verificação das escolhas político-criminais e dogmáticas de outros ordenamentos para ampliar e aprofundar a reflexão sobre o tema. // Em trabalho específico sobre o assunto, Luigi Foffani constata que no momento de firmar o marco político-criminal de tutela da corrupção no setor privado cada Estado regulamenta de acordo com seus próprios valores, existindo modelos dos mais variados e heterogêneos,

doutrina concorda que a corrupção privada pressupõe infração aos deveres de fidelidade e boa-fé, bem como “uma vulneração dos valores de lealdade e confiança necessários para a manutenção e desenvolvimento das relações sociais e econômicas”.²²

Noutro giro, há consenso de que a corrupção praticada no setor privado vai muito além e tem efeitos devastadores sobre a livre concorrência econômica, ao impacto sobre a competitividade e o desenvolvimento empresarial, e até mesmo sobre os estímulos necessários para inovação, eficiência,

que vão desde um modelo radical e omnicompreensivo de corrupção como delito comum, que faz desaparecer qualquer diferença de regulação ente sujeitos públicos e privados (como o que ocorre na Suécia), a um modelo de cunho de direito do trabalho, no qual o desvalor da corrupção privada reside na violação das regras de relação do trabalho subordinado (como o existente na França), a um modelo orientado à proteção da concorrência, que enxerga na corrupção um fator de alteração na lealdade da concorrência econômica (modelo adotado pela Alemanha), a um modelo de tipo patrimonialista, que castiga a corrupção privada como lesão da relação de lealdade patrimonial entre mandatário e mandante³⁴⁴. As propostas são tão diversificadas que no modelo espanhol o bem jurídico tutelado é definido como a “proteção à concorrência justa e honesta no âmbito dos negócios privados. Com isso, preservar-se-ia o bom funcionamento dos mercados”³⁴⁵. // As mesmas ponderações são apresentadas por Daniel Laufer, optando o autor por sintetizar tais propostas em dois grupos: um de vertente patrimonialista da tutela (infração de deveres laborais) e outro de vertente pública (concorrência desleal), de modo que as demais propostas são mesclas ou derivações destas duas³⁴⁶. // Por sua vez, Juan Ignacio Rosas Oliva³⁴⁷, divide os modelos de tutela penal da corrupção privada em quatro propostas: a) Fidelidade contratual do empregado; b) Interesses patrimoniais de usuários e consumidores; c) Fidelidade patrimonial do empresário; e, d) Lealdade concorrencial.” (DAVID, 2019, p. 77 – 79).

²² CHAVES, 2014, p. 241.

produtividade e crescimento do país.

Ou seja, atinge princípios fundamentais da atividade econômica no Brasil previstos nos arts. 1º e 170 da Constituição Federal, e afeta uma infinidade de pessoas que nada têm a ver com as relações diretas entre os particulares.

Diante das lacunas que existem na legislação penal aplicável, do compromisso brasileiro com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e das dificuldades que existem hoje em se aplicar os tipos penais existentes de maneira transversa, por assim dizer, há medidas legislativas em trâmite que buscam tipificar a corrupção privada no Brasil.

Cita-se, por exemplo, o projeto do Novo Código Penal (PLS nº 236, de 2012)²³ também tipifica a corrupção privada, ao trazer a chamada “Corrupção entre particulares”, em seu art. 167, cuja pena prevista é de prisão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. De se destacar, todavia, que essa pena é consideravelmente inferior àquelas previstas no atual Código Penal para os crimes de corrupção “tradicionais”.

Também se destaca o Projeto de Lei nº 3.163/2015,²⁴ que define como crime a corrupção praticada no âmbito do setor privado. O texto criminaliza o suborno (ou a propina) “no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais” e as penas

²³ Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em 10/12/2020.

²⁴ Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1806128>>. Acesso em 10/12/2020.

previstas são de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Interessante apontar que na justificação apresentada, seu autor (o Dep. Danilo Forte) ressalta justamente a amplitude dos potenciais danos da corrupção no setor privado, como se verifica (destacamos):

A presença desse vácuo legislativo acarreta graves prejuízos aos órgãos envolvidos na investigação criminal, já que não é possível dar prosseguimento à apuração no caso concreto se as condutas sejam tipificadas pela legislação pátria. Não obstante, o trabalho de cooperação internacional torna-se bastante árduo, correndo-se o risco, inclusive, que eventual suborno cometido no Brasil não seja punível, embora faça parte de uma verdadeira rede de ilícitos cometidos em escala mundial.

Urge-se necessária, portanto, a tipificação dos crimes de corrupção ativa e passiva no setor privado, restando claro que a inércia diante do presente quadro somente contribuirá para que condutas repugnantes passem impune diante da falta de sanção jurídica e se perpetuem, comprometendo toda uma cadeia produtiva atrelada às atividades privadas, bem como a confiança geral das atividades dotadas de interesse público. Por tal razão, justifica-se a indenização em dobro dos eventuais prejudicados, pois o simples pagamento de multas ou devolução de valores seria insuficiente para dirimir os danos causados não só aos envolvidos no processo, mas também para compensar a quebra de confiança daquela relação jurídica perante a população diretamente interessada.

Contudo, a morosidade do Poder Legislativo em aprovar referidas leis e a falta de tipos penais adequados leva as organizações privadas, seus advogados e as autoridades incumbidas de combater a corrupção, sobretudo o Ministério Público, a buscarem alternativas na legislação de que dispõem.

Independentemente das sanções penais impostas pelo Estado, as medidas que cada vez mais são adotadas internamente pelas organizações privadas emergem e ganham força, especialmente com o advento da Lei Anticorrupção em 2013.

24.5 A importância do Compliance diante da corrupção “privada”

Os sistemas de integridade e de Compliance, bem como os mecanismos de controles internos que já eram contemplados no FCPA e no UK Bribery Act e que também são reconhecidos na Lei Anticorrupção do Brasil desempenham funções estratégicas para o dia a dia das empresas, para fins de eventuais defesas civis e administrativas²⁵ e para promover necessárias mudanças quanto à percepção da corrupção.

O primeiro passo a ser dado é a criação e o fomento de

²⁵ A despeito da importância da questão, não se abordará aqui os efeitos da “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica” no que diz respeito às sanções civis e administrativas previstas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

uma cultura empresarial de observância da lei, da boa-fé, da lealdade e de todos os deveres inerentes às funções, independentemente de quais sejam. As regras devem valer para todos e, para que façam sentido, devem ter suas raízes na percepção moral dos colaboradores, na compreensão sobre o significado e a amplitude de suas ações face aos valores e às regras organizacionais.²⁶

Nesse sentido, os códigos de conduta das empresas precisam ser cuidadosamente elaborados e os treinamentos de colaboradores têm grande importância, desde que as políticas sejam apoiadas, reforçadas e colocadas em prática pela Alta Direção e por todos aqueles que exercem funções de liderança. O Tone from the Top fortalece as políticas de integridade e os sistemas de Compliance, na medida em que criam o exemplo a ser seguido por todos os demais; o que ocorre inclusive por admiração e por lealdade.

Igualmente importantes são os mecanismos de controles internos que têm íntima relação com os já mencionados books and records. Há também procedimentos de background check, de due dilligence e de Know Your Customer (KYC) Know Your Employee (KYE), Know Your Partners (KYP) Know Your Supplier (KYS), além de canais de denúncia, normalmente revestidos de sigilo.

Tais meios criam ferramentas aptas a avaliar riscos,

²⁶ SANTOS, GUEVARA e AMORIM, 2013, p. 54.

prevenir e detectar eventuais fraudes e atos de corrupção (pública ou privada) praticados no âmbito das organizações, além de fazer prova documental e material dos esforços das organizações em caso de eventuais penalidades.

Há que se reconhecer que a implementação bem sucedida de cultura de integridade e de sistema de *Compliance* tem impactos diretos sobre o chamado “Triângulo de Fraudes”, proposto pelo sociólogo e criminologista Donald Ray Cressey em 1953 para tentar identificar os motivos que originam ou incentivam fraudes.²⁷

²⁷ O chamado “Triângulo de Fraudes” ainda é amplamente usado para explicar o crime nas organizações. Em meados dos anos 1950, o sociólogo Donald R. Cressey entrevistou criminosos de “colarinho branco” encarcerados em diferentes prisões dos Estados Unidos, os chamados “violadores de confiança” (trust violators). Em 1953, ele publicou suas conclusões no estudo *Other people’s money: a study in the social psychology of embezzlement* (“Dinheiro dos outros: um estudo da psicologia social da fraude”, em tradução livre) e aponta que há mais elementos do que apenas incentivo financeiro para condutas criminosas econômicas, em especial apropriação indébita, estelionato e outras fraudes. Cressey e seu mentor Edwin H. Sutherland (sociólogo que ganhou reconhecimento pelo desenvolvimento da teoria criminal da associação diferencial e pela introdução do termo “crime do colarinho branco”) encontram um verdadeiro “denominador comum” para classificar crimes econômicos sem violência física como sendo “violação de confiança” (trust violation), apontada como a característica mais comum, mas não universal, de crimes econômicos e de “colarinho branco”. Em sua obra, Cressey estabeleceu três (3) elementos como necessários para as fraudes por ele estudadas: em primeiro lugar, deve haver um problema “não- compartilhado” (non-shareable) e verdadeiramente desesperador para o agente, que passa a ver na delinquência uma oportunidade única de resolver seu problema – ou seja, um componente que depende da percepção do

Se por um lado a organização pode não ter controle sobre as motivações subjetivas de corruptores e corrompidos, a existência de controles internos rigorosos poderá ceifar a sensação de oportunidade.

Por sua vez, a existência de um código de conduta claro, divulgado e reforçado poderá mitigar o processo de racionalização imoral do indivíduo, que não poderá alegar desconhecimento do comportamento moral esperado e das regras da empresa – especialmente quando o *Tone from the Top* é inequívoco.

Portanto, a cultura corporativa e íntegra, as regras coerentes e claras para todos os colaboradores, bem como os mecanismos de controles internos serão responsáveis por reduzir a incidência de fraudes internas e desconformidades nas relações com agentes públicos e privados (que geram desvios de recursos), por evitar riscos de sanções legais, perdas financeiras e perda de reputação e por melhor o processo decisório dentro das empresas, o que poderá reduzir o custo operacional.

Além disso, tais medidas são especialmente pertinentes

agente, comumente chamado pressão (ou incentivo). Em segundo lugar, o agente cogita se valer de seus conhecimentos e de sua posição de confiança e boa-fé como uma oportunidade para cometer o delito. Por fim, tem-se a racionalização da fraude, o processo por meio do qual o agente busca neutralizar a visão de que sua conduta foi criminosa e torná-la justificável e até mesmo aceitável, diante de seu problema original. O “Triângulo de Fraudes” ainda hoje é usado como base fundamental para trabalhar com fatores de risco em normas de auditoria.

em razão das penalidades civis e administrativas da Lei Anticorrupção no Brasil e quando as organizações e seus colaboradores estão sujeitos às jurisdições extraterritoriais do FCPA e do UK Bribery Act, na medida em que estão sujeitas a duras penalidades civis, administrativas e/ou criminais em razão de fraudes em books and records ou do mero oferecimento/aceite de vantagens indevidas.

Nesse sentido, Santos *et al.*²⁸

A análise da literatura apresentada alerta para a impossibilidade de supersistemas de controle como instrumento para sanar a corrupção. Contudo, a prática de compliance também contribui para o enfrentamento do problema – desde Maquiavel (1973), sabe-se da importância da lei para a observância da ética. Daí a necessidade de as organizações investirem em programas de promoção da ética: elaboração de código de conduta, comunicação permanente, recrutamento centrado na observância da ética, comitê de ética e controle interno.

Os códigos de conduta abrangem normas e diretrizes sobre valores éticos, e comportamentos esperados pela empresa em situações específicas. A comunicação permanente é composta por medidas educativas quanto aos valores expressos no código de conduta e visa aproximar o grau de aderência entre os valores organizacionais e os valores dos funcionários. O estabelecimento de sistema de recrutamento centrado na ética prima por atrair, selecionar e reter funcionários com os valores

²⁸ 2013, p. 64.

adotados pela organização. Trata-se de sistema de fundamental relevância, uma vez que a não aderência pode facilitar a adoção de comportamento sem compromisso com a ética, que privilegie interesses pessoais em detrimento dos coletivos. O comitê de ética é responsável pela educação e pelo monitoramento, em associação aos sistemas de controle. O sistema de controle interno, por sua vez, objetiva reduzir possíveis vulnerabilidades existentes nos processos, mitigar riscos e prevenir atos de corrupção.

A experiência também demonstra que todas essas medidas fortalecem as empresas para tomarem providências quando se descobrem vítimas de fraudes internas ou de atos de corrupção privada praticadas por seus colaboradores, seus fornecedores e seus concorrentes.

No Brasil, estas providências poderão ser tomadas perante as autoridades investigativas competentes e o Poder Judiciário, lançando mão dos tipos penais atualmente disponíveis aplicáveis a cada caso. O desafio muitas vezes está em subsumir os fatos às normas atualmente disponíveis na legislação brasileira, enquanto os projetos de lei expostos acima não se tornam leis penais.

É bem verdade que a possível atipicidade da conduta e essa dificuldade decorrente da ausência de dispositivos penais mais apropriados poderia se tornar um óbice ao sucesso de programas de integridade e de sistemas de *Compliance* no que

diz respeito a atos de corrupção na esfera privada, na medida em que o Estado não oferece medidas suficientemente eficientes.

A criminalização das condutas de corrupção praticadas exclusivamente entre particulares seguramente terá efeitos mais imediatos na “disposição” de organizações e seus representantes em implementar e manter sistemas de *Compliance* realmente efetivos, já que uma resposta penal eficaz pode mitigar a sensação de impunidade e “distribuiria a responsabilidade penal pela prática e pela observância de determinados atos entre os membros da empresa”.²⁹

Mas, como ponderam Luiz Regis Prado e Patrícia Carraro Rossetto,³⁰ a eficiência da criminalização de condutas restritas a organizações privadas depende da habilidade do legislador em selecionar comportamentos que “supõem ataques intoleráveis a interesses previamente considerados imprescindíveis à convivência social e em relação aos quais os demais setores do sistema normativo não podem oferecer uma resposta mais eficaz e menos gravosas”, já que o Direito Penal deveria ser a *ultima ratio* de qualquer sistema normativo.

Por outro lado, os benefícios de mecanismos de integridade e de controles internos nas organizações privadas, cada vez mais comuns e consistentes e que atuam como mecanismos de autorregulação, podem transcender as barreiras

²⁹ RODRIGUES, 2019, p. 396.

³⁰ 2015, p. 64.

do setor privado e trazer inquestionáveis benefícios à sociedade civil como um todo, à atividade econômica e à livre concorrência de forma generalizada, bem como ao desenvolvimento de um Estado efetivamente moral e eficaz, tal como previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Nesse sentido, expõe Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues:³¹

Nesse contexto, a gestão de riscos inerente à implementação de um programa de integridade adquire proeminência. À luz desses benefícios que o compliance proporciona às empresas, visto como incentivos à autorregulação regulada, a efetivação desses programas de integridade passou a ser entendida como uma necessidade. Uma necessidade empresarial, sobretudo visando à perenidade e ao probó desenvolvimento das atividades da empresa, e uma necessidade do próprio Estado, porquanto, ao fim e ao cabo, a autorregulação das empresas externalizaria consequências positivas a toda sociedade (RIBEIRO; DINIZ, 2015)48.

No mesmo sentido, Decio Franco David:³²

Disso decorre a necessidade de serem mudados os paradigmas. Uma mudança estrutural é a única forma de se possibilitar um verdadeiro enfrentamento da corrupção no setor privado e, por consequência, no setor público. Sem a mudança de perspectiva, o ciclo vicioso se

³¹ 2019, p. 391; destacamos.

³² 2019, p. 68.

mantém, criando um nivelamento por baixo e inadequado, conforme preconizava Rousseau. Desde já, é possível atribuir essa função de modificar o panorama aos programas de integridade ou compliance.

Somente por intermédio de novas posturas normativas internas nas empresas é que o quadro de mundo da corrupção privada (e, por consequência, sua influência no setor público) será modificado. (. . .)

Idealmente, essas culturas organizacionais morais, íntegras e eficientes poderiam – aliás, deveriam – gerar reflexos no senso comum para se ampliar a concepção de “corrupção” a entes privados e promover alterações também na atuação de agentes públicos no desempenho de suas funções oficiais.

24.6 Conclusão

São inegáveis os malefícios e os danos causados pela corrupção que envolve funcionários públicos e cuja percepção é medida pela Transparência Internacional.

Esta modalidade “tradicional” de corrupção ainda é o grande desafio de Estados cujos agentes se veem ligados a escândalos que vão desde fraudes envolvendo os mais altos postos de governo, desvios em licitações de obras e serviços públicos e até pequenos subornos que bloqueiam o acesso a serviços públicos básicos, como saúde e educação.

Por outro lado, não se pode ignorar que a corrupção “privada”, aquela praticada por particulares entre particulares, é realidade e traz enormes prejuízos patrimoniais, morais e reputacionais às organizações privadas que são vítimas de tais atos.

Mais do que isso: seus malefícios vão além da esfera do privado e atingem atividades econômicas e sistemas financeiros dos países em geral, na medida em que afetam a livre concorrência, as relações entre patrões e empregados, a defesa de consumidores etc.

É uma prática que ocorre em larga escala e de forma transnacional, especialmente em um mundo cada vez mais globalizado; as práticas daqueles que violam seus deveres inerentes de boa-fé, lealdade e fidelidade geram incontáveis males às organizações privadas que deveriam defender, ao desenvolvimento dos Estados e às sociedades.

O UNODC e a ONU apontam que “a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política”,³³ e tal assertiva deve ser analisada sob o prisma de que ela se aplica a todo tipo de corrupção, inclusive a privada.

Disso decorrem os diversos esforços empreendidos por Estados e por agências e organizações paraestatais para dar

³³ Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>>. Acesso em 17/12/2020.

maior eficácia e eficiência ao combate interno e transnacional de toda forma de corrupção, “tradicional” ou “privada”, de modo a abarcar condutas praticadas tanto por agentes públicos quanto por entes privados que corrompem e se deixam corromper.

Quanto ao Brasil, é preciso reconhecer que o país avançou com a reforma do Código Penal em 2003 (que endureceu as penas para crimes de corrupção) e, posteriormente, deu passos mais largos com a Lei Anticorrupção – ao menos no que diz respeito a atos de corrupção envolvendo agentes públicos e penalidades civis e administrativas.

Não obstante, a falta de previsões legais específicas para responsabilizar criminalmente pessoas físicas e a lentidão excessiva de uma resposta minimamente eficiente por parte do Poder Legislativo ainda constituem graves problemas para organizações que são vítimas de seus próprios colaboradores e, como exposto, para a sociedade de forma ampla e generalizada. Pior: essa realidade poderia reforçar uma incômoda sensação de que tais práticas no setor privado não são tão reprováveis quanto outras condutas mais corriqueiras (a exemplo de fraudes, furtos e apropriações indébitas praticadas por funcionários em benefício pessoal) e reforçam a cultura do “jeitinho” de se levar “vantagem”, como se fossem aceitáveis.

Nesse contexto e sem prejuízo de questões que guardam relação com previsões legais em FCPA, UK Bribery Act e/ou Lei Anticorrupção, os programas de Compliance e os mecanismos de

controles internos ganham especial relevância em nível global nesse processo de verdadeira mudança cultural social e econômica, seja para fomentar uma renovação da cultura empresarial e negocial que deve ser pautada pela boa-fé e pela integridade, seja para coibir e identificar atos imorais e ilícitos por parte dos agentes que violam seus deveres.

Que fique claro: os responsáveis não podem se furtar em responder criminalmente por seus atos e, no que diz respeito ao Brasil, há necessidade latente de uma tipificação específica e tecnicamente precisa, mormente diante dos tipos penais pouco eficazes e de complexa aplicação existentes em nosso ordenamento jurídico.

Os esforços das organizações e de seus setores de *Compliance* devem ter respaldo do poder público para demonstrar de forma inequívoca que o legislador reconhece a gravidade de práticas de corrupção no âmbito privado, pois tais condutas são mais do que apenas moralmente reprováveis – são atos de relevância jurídico-penal, verdadeiros ilícitos que têm culpabilidade e punibilidade e que, por tudo isso, devem estar previstos em lei, como determina o princípio da legalidade.

Ainda que no Brasil se possa recorrer à esfera cível na tentativa de amenizar os efeitos ou reaver os prejuízos sofridos ou que seja possível tipificar condutas criminosas de maneiras transversa, é imperiosa a tipificação penal de qualquer tipo de ato de corrupção privado, para que o Estado dê respostas efetivas

diante da gravidade das condutas para a sociedade como um todo e para que particulares que obtêm vantagens indevidas às custas de entes privados venham a ser punidos por seus atos.

Além disso, a tipificação da corrupção privada é medida necessária para que o Brasil se adeque à legislação mundial mais moderna, mais especificamente, à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, da qual é signatário, e para reforçar o crescimento de uma cultura de integridade generalizada e a eficácia de sistemas de *Compliance*, que se tornaram instrumentos de autorregulação do setor privado.

Somente assim o Brasil poderá fomentar o desenvolvimento sustentável das organizações, das relações sociais e das atividades econômicas, na medida em que os benefícios do *Compliance* aliados às sanções jurídico-penais concretizem o Estado democrático de direito e a mudança de valores tão necessária para condutas mais íntegras tanto de agentes privados quanto de agentes públicos.

25 INCIDENTES DE SEGURANÇA COM DADOS PESSOAIS: DESAFIOS E ALERTAS

Thiago Luís Sombra

PhD | CIPP/E | Technology, Anticorruption, and Infrastructure Partner
at Mattos Filho | Former State Attorney and STJ Clerk | GIR and GDR
40 under 40

Paula Indalecio

Sócia de prática de Direito Penal do Mattos Filho. Atua há mais de vinte anos no área, com especialização em Direito Penal Econômico

Com a crescente digitalização das empresas no cenário provocado pela pandemia do COVID- 19, somado à entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o número de incidentes com dados pessoais não apenas aumentou como também ganhou mais visibilidade. Incidentes com órgãos da Administração Pública Federal, Tribunal Regional Federal da 1.^a Região e Superior Tribunal de Justiça evidenciaram como não há limites e controles capazes de evitar por completo a ação de *hackers*.

Embora o setor financeiro tenha sido um dos primeiros a disciplinar requisitos e políticas de segurança cibernética (Res. CMN 4658/18 e Circular BACEN 3909/19), o Governo Federal (Decreto n. 10.222/20 – Estratégia Nacional de Segurança Cibernética) e outros setores regulados como o de seguros (Circular SUSEP n. 619/20) e o de mercado de capitais (IN

CVM n. 612/19) somente recentemente deram seus primeiros passos para exigir planos de resposta a incidentes, requisitos de segurança e reportes.

Se antes da entrada em vigor da LGPD os controladores dos dados pessoais ainda tinham alguma margem de flexibilidade para gerenciar um incidente, evitar a publicização - a depender do setor regulado de atuação - e decidir sobre a conveniência e oportunidade em notificar autoridades e titulares, esta alternativa não mais existe.

E neste cenário de aumento do número de casos, os desafios ganharam novos contornos. Para além das dificuldades naturais relacionadas à gestão de um incidente de segurança com dados pessoais como a existência de plano de resposta, eventuais danos reputacionais, desvalorização acionária, comprometimento operacional e fraudes, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) trouxe outro fator relevante: a notificação obrigatória aos titulares e ANPD, quando o incidente acarretar risco ou dano relevante aos titulares. Este elemento se tornou decisivo para a virada regulatória e a forma de gerir incidentes de segurança.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não tivesse disposições específicas sobre incidentes de segurança com dados pessoais e o tema fosse tratado sob a ótica do fato do serviço e do produto (art. 12 do CDC), foi a LGPD que estabeleceu o regime jurídico amplo de temas de segurança cibernética e responsabilidade civil, ainda que com algumas polêmicas.

A primeira das controvérsias da LGPD refere-se ao regime jurídico de responsabilidade civil que, em seus artigos 42 a 45, dispõe que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

Diante da ainda escassa jurisprudência sobre a natureza da responsabilidade civil prevista pela LGPD em casos de incidentes de segurança, muito se tem questionado se a responsabilidade seria subjetiva ou objetiva. Por um lado, o artigo 927 do Código Civil estabelece que a responsabilidade será objetiva quando (i) houver previsão legal expressa ou (ii) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Por um lado, não há na LGPD previsão de responsabilização independente de culpa. Inclusive, este foi um tema bastante discutido na Comissão Especial da Câmara dos Deputados,¹ responsável pela análise dos Projetos de Lei nº 4.060/2012, 5.276/16 e 6.291/16, que deram origem à LGPD.

O Projeto de Lei 5.276/2016, que resultou na redação final da Lei 13.709/2018, previa no artigo 35, inserido no Capítulo V, que tratava sobre “Transferência internacional de dados” que “O cedente e o cessionário respondem, solidária e

¹ <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/05/e7f7a9e30ca16d91b84c2caf5a80fb36.pdf>

objetivamente pelo tratamento de dados, independentemente do local onde estes se localizarem, em qualquer hipótese”. Tal disposição, que consistia na única referência à responsabilidade objetiva, foi suprimida do texto final. Isso significa, portanto, que houve uma opção deliberada do legislador em não adotar o regime de responsabilidade objetiva.

Ademais, a LGPD impõe uma série de deveres aos agentes de tratamento e standards de conduta a serem seguidos para garantir a segurança, sigilo, boas práticas e governança de dados. Logo, poder-se-ia argumentar que, caso o sistema de responsabilidade civil previsto na LGPD fosse da modalidade objetiva, não haveria necessidade de prescrição exaustiva e detalhada dos deveres, já que a mera atividade de tratamento de dados ensinaria, por si só, a responsabilização (artigos 44 e 46). Vale acrescentar, ainda, que, o diálogo das fontes estimulado pelo artigo 45 da LGPD em relação ao CDC é mais uma evidência de que não quis o legislador acolher o mesmo regime jurídico de responsabilidade objetiva para ambos os diplomas, caso contrário não faria qualquer sentido a remissão ao regime de responsabilidade do CDC.

Outros temas merecem particular atenção diante da gestão de um incidente de segurança com dados pessoais. O primeiro se refere às hipóteses de notificação e responsabilidade contratual, fruto da negociação das partes. A LGPD não impõe condições contratuais específicas e, diante deste cenário de

liberdade contratual, tem sido comum a imposição de prazos de notificação de 72hs, 48hs e até 24hs em casos de incidente, com a consequente previsão de responsabilidade pelos danos materiais causados, independentemente de qualquer atuação da ANPD. Esse fenômeno conhecido como *private enforcement* tem se tornado um dos fatores de maior motivação para as empresas se adaptarem à LGPD.

O segundo tema se refere aos impactos dos incidentes de segurança com dados pessoais para empresas listadas e de capital aberto. Muito se tem questionado sobre o papel da CVM na tentativa de estabelecer requisitos de governança (IN CVM IN CVM n. 612/19 e IN CVM n. 505), tempestiva comunicação ao mercado e até eventual associação aos deveres dos diretores e administradores pela condução de um incidente de segurança, mas o fato é que no Brasil o debate ainda é incipiente se comparado a iniciativas ocorridas no passado com a *Securities and Exchange Commission* (SEC).² Dentre os cuidados que companhias abertas e listas devem ter o principal deles é o momento exato de divulgar um fato relevante ao mercado e tempestivamente comunicar as autoridades. Este pode ser um fator decisivo em todo o processo de gerenciamento de um incidente de segurança e na preservação dos interesses dos acionistas.

² Cf. <https://www.sec.gov/rules/interp/2018/33-10459.pdf> e <https://www.sec.gov/spotlight/cybersecurity>

Por fim, um dos maiores desafios dos incidentes de segurança diz respeito ao aspecto criminal e transnacional. Se por um lado devemos enxergar com reservas o movimento de criminalização desenfreada de toda e qualquer conduta, por outro lado, o Direito Penal tradicional não está preparado para lidar com toda a sorte de investidas, que não encontram a repressão necessária na legislação vigente.

Como bem afirmou o Ministro Rogério Schietti em palestra ministrada XII Seminário Internacional Ítalo-Ibero-Brasileiro de Estudos Jurídicos, realizado no STJ, em maio de 2017, “Existe aqui uma fragilidade legislativa, em virtude da ausência de figuras típicas que porventura se amoldem a determinadas condutas. O princípio da legalidade estrita, um dos pilares do Direito Penal, impede a punição de condutas cometidas em ambiente virtual que não tenham correspondência com figuras tipificadas”.

Não raro os incidentes de segurança têm sido provocados por ataques *DDoS* e *ransomware*, com conseqüente extorsão para obter o pagamento pela perda da integridade, confidencialidade e disponibilidade dos dados pessoais. Muito embora o Código Penal considere típica a prática de extorsão, na prática o uso de *Virtual Private Network* (VPNs), com pedidos de pagamento em *bitcoins*, somados ao natural anonimato do qual se valem os criminosos dificultam sobremaneira a identificação, rastreamento e localização dos hackers envolvidos,

o que resulta na baixa persecução penal do tema. Para contornar situações desta natureza, algumas empresas optam por implementar políticas de recompensa (*bug bounty policy*) ou, por outro lado, expressamente vedar por complemento qualquer pagamento que decorra de atividade criminosa contra os interesses da empresa. Hoje, quando muito, os ataques hackers encontram amparo no art. 154-A do Código Penal, (instituído pela Lei “Carolina Dieckman” - Lei 12.737/12), que é incapaz de coibir e atingir os sofisticados meios de atuação dos *hackers*, em especial por ainda ser considerado um crime de menor potencial ofensivo sujeito até mesmo a suspensão condicional do processo nos Juizados Especiais Criminais. Tal dispositivo, por certo, não foi concebido para coibir as nefastas consequências advindas das crescentes investidas em desfavor de empresas e de órgãos da administração pública.

Uma das maiores expectativas para superar o atual cenário é a ratificação da Convenção de Budapeste de 2004, encaminhada pelo Presidente da República para ratificação do Poder Legislativo, que contém uma série de medidas voltadas ao combate dos crimes cibernéticos e atualização da legislação em vigor. Também seria benéfica a aprovação do anteprojeto que trata da chamada “LGPD Penal”, que prevê a inserção do art. 154-C no Código Penal, o qual tipificaria condutas como “Transmitir, distribuir, usar de forma compartilhada, transferir, comunicar, difundir dados pessoais ou interconectar bancos de

*Capítulo 25. INCIDENTES DE SEGURANÇA COM DADOS PESSOAIS:
DESAFIOS E ALERTAS*

dados pessoais sem autorização legal para obter vantagem indevida ou prejudicar o titular dos dados ou a terceiro a ele relacionados”. Com o aprimoramento desta frente em conjunto com a LGPD, o Brasil terá um novo patamar de enfrentamento dos incidentes de segurança com dados pessoais.

26 GESTÃO DE CRISES & CONTINUIDADE DE NEGÓCIOS

GESTÃO E MITIGAÇÃO DE RISCO, *MUITO* ALÉM DO APOCALIPSE

Letícia Felippelli Cecchin

Especialista em Gestão de Crises e Continuidade de Negócios com mais de 13 anos de experiência em projetos de governança, riscos e compliance. Formada em Ciências da Computação pela PUC-SP

Vanessa de O. Bueno Germano

Especialista em Continuidade de Negócios e Gestão de Crises.
Jornalista.

Resumo: A gestão de crises e continuidade de negócios refere-se a não apenas sobreviver a eventos catastróficos ou reduzir impactos, mas a também conseguir proteger, de alguma forma, o valor e a reputação que a empresa possuía antes de ser afetada pelo evento. Nas últimas décadas, a frequência na qual os eventos se materializaram aumentou significativamente, tornando o mundo cada vez mais incerto e as empresas mais vulneráveis. No entanto, ainda há uma carência de um planejamento holístico de gestão de crises e continuidade de negócios. O objetivo deste artigo é explicar sobre as práticas de gestão de crises e continuidade de negócios e sua interface com compliance e riscos, além de salientar que todos estão expostos e sujeitos a

enfrentar uma situação de crise, independente da empresa, segmento ou setor.

Palavras-chave: Gestão de Riscos; Gestão de Crises; Continuidade de Negócios; Compliance.

Falar sobre gestão de riscos e *compliance* tornou-se cada vez mais comum nas empresas e até mesmo nos governos, uma vez que são conceitos perfeitamente relacionados e a frequência na qual os eventos se materializaram aumentou significativamente, trazendo impactos para muitas organizações. Diante do exposto, órgãos reguladores e o próprio governo, vêm adotando uma série de medidas que intensificam as exigências legais para que as empresas empreguem programas que minimizem a materialização destes eventos, como por exemplo: a Lei Anticorrupção e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Apesar dos esforços e do sucesso alcançado na implementação destes programas, eles também são passíveis de falha e, portanto, é necessário criar uma cultura de adaptação que permitirão as empresas, identificar e catalogar novos riscos e oportunidades, navegar pelo desconhecido e possibilitar a utilização de uma ruptura em sua vantagem.

Quando os riscos são apontados, estudados e avaliados com antecedência, é possível que haja uma forma mais estruturada de atuar preventivamente. Não existe um método certo ou errado para o desenvolvimento destes planos. É sempre muito importante que as organizações olhem para dentro de casa,

entendam quais são os seus riscos, principalmente os iminentes e, trabalhem para que estejam preparados para atuarem de maneira eficaz em uma ocasião de real eventualidade.

Atualmente, as empresas e governos tratam a resiliência não somente como um meio de sobreviver a tipos de eventos de riscos, mas também para conseguirem preservar a estrutura e funções que existiam antes do evento se materializar. Desta forma, é possível perceberem cada vez mais a importância estratégica da resiliência organizacional.

O resultado deste artigo tem como principal objetivo reforçar a ideia de que na era da sociedade do risco, incorporada em uma sociedade da informação, as organizações não podem deixar de avaliar, planejar e se comunicar corretamente, independente do seu tamanho. É imprescindível que tenham consciência de que não há imunidade para uma crise.

26.1 Referencial teórico

26.1.1 Gestão de Riscos

A premissa implícita da gestão de riscos é que toda entidade existe para prover valor para suas partes interessadas. Todas as entidades enfrentam incertezas, e o desafio da Alta

Administração é determinar qual seu apetite e tolerância ao risco.¹ O valor de uma empresa é amplamente determinado

¹ O apetite pelo risco é uma descrição ampla do nível de risco desejado que

pelas tomadas de decisões e estas decisões indicam se o valor é criado, preservado, deteriorado ou realizado. A gestão de riscos possibilita à Alta Administração lidar com a incerteza, riscos e oportunidades, reforçando a capacidade de criar, preservar e realizar valor (COSO, 2017).

Segundo Beasley, Branson e Hancock (2015), o ritmo acelerado de mudanças e interrupções inesperadas no mercado global desencadearam intermináveis riscos que podem afetar ou destruir modelos de negócios de uma organização e sua marca. Isso traz um grande desafio à Alta Administração durante a identificação, avaliação e gestão de riscos, podendo afetar, de maneira positiva ou negativa o sucesso estratégico da organização.

De acordo com Andrade *et al.* (2012), o risco significa um evento incerto, porque não é possível ter uma data provável para acontecer, bem como não é fruto de uma das partes para sua origem, já que o risco entendido nesta definição se trata de um evento que poderá vir ou não a acontecer e que, a existência do risco leva as organizações a criarem estratégias com o objetivo de adaptar suas operações aos mais diversos cenários econômicos e políticos, sejam estes eventos favoráveis ou não.

A integração das práticas de gerenciamento de risco em

uma organização assumirá no cumprimento de sua missão. A tolerância ao risco reflete a variação aceitável nos resultados relacionados a medidas de desempenho específicas vinculadas aos objetivos que a entidade busca alcançar.

toda a organização, conforme o COSO (2017), melhora a tomada de decisão em governança, estratégia, definição de objetivos e operações do dia a dia. Ajuda a melhorar o desempenho ao vincular mais estreitamente a estratégia e os objetivos de negócios ao risco.

Todas as empresas estão expostas a riscos, e por isso precisam considerar que fazer a gestão de riscos é parte integrante de suas operações. A efetividade da gestão do risco diz mais respeito às escolhas estratégicas e fornece a uma organização um caminho claro para criar, preservar e gerar valor (DAMODARAN, 2009).

*26.1.2 Riscos e sua interface com o *compliance**

Os eventos dos últimos anos, como por exemplo, a Operação Lava Jato² e a Pandemia da Covid-19,³ destacaram a interdependência das várias indústrias de serviços que, juntas, compõem o mercado global. Historicamente, a regulação tem sido responsabilidade de governos nacionais ou regionais, levando à criação de uma ampla variedade de estruturas regulatórias em todo o mundo. Com a evolução e digitalização

² A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Disponível em: <<http://www.mp.f.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 08/02/2021.

³ A Pandemia da COVID-19 é considerada maior crise de saúde dos últimos tempos e impacta o mundo inteiro. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em 10/02/2021.

do mundo atual, em uma velocidade difícil de acompanhar, se torna imprescindível a existência de práticas que estimulam uma cultura ética e íntegra de negócios, a fim de proteger os investidores, garantir que o mercado é justo, eficiente e transparente, e que preservar a integridade do mercado reduz o risco sistêmico, principalmente no setor financeiro.

No cotidiano dos negócios, convive-se a todo o tempo com riscos diversos, e por vezes, mesmo que imperceptivelmente, estes riscos são controlados de forma a evitar dissabores, caso eles venham a se transformar em resultados factíveis e negativos (CAMARGO e SANTOS, 2020).

O risco de não conformidade existente em toda empresa precisa ser gerenciado para evitar o impacto de sanções legais ou regulatórias e a perda financeira e de reputação, que podem ser sofridas como resultado do não cumprimento de leis, regulamentos e outras normas de boas práticas. Por meio da aplicação das práticas de gestão de riscos, estes riscos são identificados, analisados e tratados para evitar que venham a se materializar e ocasionar impactos para a empresa.

Para Camargo e Santos (2020), o *Compliance* é tido como um dos sustentáculos para que uma organização possa operar de maneira ética perante seus colaboradores e sociedade. Uma cultura corporativa embasada nos preceitos de cumprimento às exigências normativas internas e externas também afeta diretamente o comportamento dos funcionários,

que tendem a enxergar como norte o reto agir e a ter um senso de recompensa caso o façam. Este conjunto de esforços éticos em âmbito organizacional consubstancia a chamada integridade corporativa.

A corporação é considerada íntegra quando reflete exatamente aquilo que manifesta em sua visão, missão, valores e metas, ao mesmo tempo que possui um bom caráter por fazer, de maneira ética, aquilo que deve ser feito. Atinente a esse contexto está o paradigma de resiliência corporativa.

A resiliência corporativa é manifestada pela maneira como as corporações reagem às situações de estresse, como instabilidades econômicas, financeiras, e demais infortúnios. É essa resiliência que deverá entrar em ação todas as vezes que houver ameaças à ordem definida pelos programas de *compliance* nas organizações, ou seja, a resiliência corporativa deverá vir à tona quando a integridade das corporações estiver sendo lesada ou posta em xeque (CAMARGO e SANTOS, 2020).

O teste para saber se o programa de *compliance* de uma empresa funciona bem, não é medido exclusivamente pelos problemas evitados, mas também é visto se o programa pode resistir ao teste do escrutínio público e do governo, uma vez que uma crise já o atingiu. Um programa de *compliance* pode se tornar um ativo significativo ou um tremendo passivo no caso de uma crise. Desenvolver esta resiliência corporativa, além da

gestão de riscos e *compliance*, requer a implementação de práticas que formarão a espinha dorsal, as habilidades e a capacidade que a empresa precisa para se preparar, responder e se recuperar de quaisquer cenários.

26.1.3 Gestão de Crises e Continuidade de Negócios

As crises corporativas são compreendidas como aquelas situações catastróficas ocorridas em organizações públicas ou privadas, porém, há uma infinidade de circunstâncias que podem conduzir a uma crise. O mais difícil, na maioria das vezes, é admitir esta possibilidade e identificar antecipadamente os indícios de eventos que podem resultar em crise ou uma crise potencial.

Para muitos, uma crise é um evento raro, único e que de fato causa impactos financeiros, operacionais, de imagem e/ou reputação, mas esta concepção vai muito além da efetivação de um problema. É preciso trabalhar de forma preventiva para que os resultados sejam reconhecidos em curto e longo prazo e, isso ocorre com a execução de pequenas ações, que se transformam em planos estruturados.

26.2 Continuidade de Negócios

Após a avaliação dos riscos, é importante e necessário, na maioria dos cenários identificados, a criação de planos e

estratégias de contingência, especificando as principais eventualidades para cada tipo de situação prevista e priorizada, conforme o mapa de riscos.

Em contraste com a Gestão de Riscos Corporativos tradicional, o planejamento da resiliência empresarial contribui para a velocidade e flexibilidade de uma empresa por elaborar uma primeira linha integrada de defesa e uma estratégia ofensiva para proteger toda a organização contra riscos inevitáveis, que são os subprodutos de operações interdependentes (DELUREY; NEWFROCK; STARR, 2003, p. 12).

Por exemplo, em um plano deste, é possível ter como hipótese, um incêndio na refinaria da região e a partir desta suposição, elaborar todo o plano de contingência, com ações a serem empregadas, de forma detalhada. Um ponto importante, não há a necessidade que todas as pessoas que trabalham na empresa conheçam o plano profundamente, mas é imprescindível que os responsáveis, planejadores e encarregados de coordenação, o dominem. Os departamentos e as pessoas que integram o plano devem saber suas responsabilidades e como a executam, o que não deve ser confundido com o compartilhamento de informações, essencial para o conhecimento de todos. (LUECKE, Richard, 2007).

De acordo com Teixeira (2019) a partir do momento que o comitê, ou grupo responsável pelo tema, passa a ter conhecimento de cada risco, se faz necessário analisar os

impactos, consequências e quanto ele pode influenciar na organização, nos clientes, consumidores e sociedade em geral. A recomendação é: pense em cada risco, literalmente. Na avaliação, considere e calcule qual a probabilidade de acontecer, como podem e serão administrados. Neste processo, considere a dimensão caso o risco venha à tona, por vezes, um incidente insignificante pode se tornar uma crise não for bem avaliado e gerenciado.

Importante que todos entendam a relevância de ter um plano e uma estrutura de continuidade de negócios, não somente para cumprimento de normas e resoluções, mas porquerealmente é uma maneira de auxiliar as organizações durante o tratamento de eventos adversos, mitigando as perdas e oferecendo mais disponibilidade, segurança e confiabilidade. Preparação e agilidade são a essência da resiliência corporativa robusta.

26.2.1 Gestão de Crises

Todos que vivem em sociedade estão sujeitos a passarem por uma situação adversa, sendo assim, estão sempre em uma constante pré-crise. Esta é uma fase que vai desde a plena inexistência de indicativos da iminência de uma crise, até o acontecimento de fato. É neste estágio que se deve trabalhar a prevenção. Na implementação dos Programas de *Compliance*, se

preparar para uma possível crise, mesmo que improvável, torna a organização mais consciente e resiliente.

Semear uma cultura de resiliência em empresas públicas e privadas, não é somente uma questão de “se”, mas de “quando”, pois não há no mundo ninguém que esteja absolutamente imune a uma crise.

Nas discussões sobre crises, as comparações e estudos sobre eventos críticos do passado são essenciais para moldar a atuação no futuro. Lembrando que, a escassez de crises ocorridas, não garante o mesmo cenário para o futuro, por isso, a necessidade de estar sempre preparado para que o pior aconteça.

A pré-crise constitui-se pela preparação e para que ela ocorra de forma linear é fundamental que haja planejamento, análise de vulnerabilidades, ameaças e riscos, contingências pré-estabelecidas, comunicação efetiva e treinamento, além de monitoramentos constantes de riscos potenciais.

O impacto ou a crise é o momento em que o evento crítico acontece de fato. Se a fase de crise foi precedida por medidas preventivas adequadas, eficazes e eficientes, há grandes chances de minimização dos efeitos do impacto. Há situações que poderiam transformar-se em um desastre, mas em virtude das medidas preventivas, o impacto da crise deixa de ser grande ou é neutralizado.

No momento de crise não há tempo para construir planos de contingência e de crise, o foco está em administrá-la. Se

estes planos existem e são testados, torna-se uma situação mais favorável para a organização. Caso contrário, a empresa deve fazer o melhor possível e de forma organizada para se reinventar e sair da situação de crise. No entanto, percebe-se como a falta de planejamento é prejudicial em um momento tão crítico.

Como aprendizado constante e oportunidade de melhoria, analisar situações reais de crises e como as organizações a trataram, conduz para um entendimento mais duradouro sobre gestão de crises, além de compreensão das falhas e êxitos.

Em dezembro de 2016, um dos maiores bancos privados do Brasil foi alvo da 8ª fase da Operação Zelotes,⁴ onde a Polícia Federal deflagrou o cumprimento de mandados de condução coercitiva e de busca e apreensão em algumas localidades. Na época, a operação indicava a existência de “conluio entre um conselheiro do Carf e uma instituição financeira” entre 2006 e 2015. O esquema envolvia escritórios de advocacia e empresas de consultoria e a manipulação de processos administrativos fiscais, que em ao menos três ocasiões foi bem-sucedida.

A empresa em nenhum momento se recusou a fornecer os documentos relacionados aos processos tributários e confirmou para a mídia que a Polícia Federal fez diligência nas dependências da instituição. Todos os esclarecimentos e

⁴ RAMOS, Murilo. Época. Globo. 01/12/2016. Disponível em: < <https://epoca.globo.com/politica/expresso/noticia/2016/12/agentes-da-pf-em-diligencia-em-unidade-do-banco-itau-em-sao-paulo.html> >. Acesso em 17/01/2021.

comprovações necessários foram expostos, com muita transparência e objetividade.

Este é um bom exemplo de que em qualquer crise envolvendo o nome de uma empresa, a transparência é essencial. Reconhecer possíveis erros, mesmo que não tenha relação direta com os fatos e estar disposto a ajudar nas investigações, mostra que a organização coloca a ética acima de tudo, o que faz com que o tratamento da crise ocorra dentro do planejado, ainda mais quando há um plano de crise estruturado e testado.

Em outro cenário, em novembro de 2020, dois vigilantes de uma das lojas de uma rede de supermercado,⁵ uma das maiores do Brasil, espancaram um cliente negro até a morte, na véspera do Dia da Consciência Negra, o que gerou milhares de protestos e indignação da população, repercutindo de forma muito negativa até em outros países.

Em um primeiro momento, a empresa utilizou posicionamentos padrões, sem demonstrar empatia e comoção nenhuma com o ocorrido, provocando mais indignações.

Este episódio mostrou a falta de planejamento por parte da área de risco, a falta de preparo e muito provavelmente a falta de decisão colegiada, que em momento de crise é recomendável. Neste caso foi possível identificar que não adianta mapear os riscos, senão houver um estudo para criação de ações de contorno

⁵ G1 RS. 11/12/2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/12/11/policia-indicia-seis-por-morte-de-cidadao-negro-no-carrefour-em-porto-alegre-rs.ghtml>>. Acesso em 17/01/2021.

e comunicações, que direcione o tratamento da crise, mitigando os impactos causados pela efetivação deste risco.

Em um dos maiores escândalos de corrupção do Brasil, a Operação Lava Jato,⁶ envolvendo a Petrobrás,⁷ grandes empreiteiras e partidos políticos, foi o advento de novas regulamentações.

Deflagrada em 2014 pela Polícia Federal para investigar casos de lavagem e desvio de dinheiro, a confirmação das suspeitas veio à tona quando a imprensa divulgou denúncias e informações detalhadas sobre, e os funcionários cobravam propina destas empreiteiras para fecharem contratos superfaturados. Muito dinheiro foi desviado para apoio a partidos políticos em suas campanhas, para contas no exterior, compra de bens e reformas de imóveis para políticos.

Este é um tipo de crise que afetou não somente o setor público, mas também o privado, um ocorrido que impactou economicamente o país e, conseqüentemente gerou a paralisação de diversas obras, cortes de investimentos e muitas demissões. É possível identificar de forma clara, que não houve preparo das empresas envolvidas, as ações de comunicação da Petrobrás

⁶ A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Disponível em: <<http://www.mp.f.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 08/02/2021.

⁷ GHANI, Alan. InfoMoney. 03/03/2016. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-e-politica-direto-ao-ponto/especial-resumao-completo-sobre-a-operacao-lava-jato-e-o-petrolao/>>. Acesso em 23/01/2021.

foram ineficientes para amenizar a crise, muito também pela falha durante as análises preventivas, o que levou a uma crise reputacional, de imagem e financeira.

Atualmente, todos os envolvidos na Operação Lava Jato são considerados como empresas não confiáveis e terão suas marcas interligadas a corrupção, não confiabilidade, falta de ética, além de estarem expostas como organizações que não cumprem regras e normas.

A estrutura de gestão de crises não apoia simplesmente na preparação e resposta a uma crise, ela também estabelece uma estratégia de recuperação, com o intuito de apoiar a organização a lidar com as consequências do evento, com um foco principal em estipular os métodos necessários para retornar às atividades, além de identificar e capitalizar as lições aprendidas para melhorar constantemente a capacidade em gerenciamento de crises.

Na maioria das circunstâncias é difícil precisar o final de uma crise. Este é um dos maiores desafios da gestão de crises, porque se deve tomar cuidado com fatos novos que venham a reacendê-la, principalmente hoje em dia, onde a internet é utilizada para praticamente tudo, pois tem os buscadores que contribuem para manter a informação fresca, ao digitar o nome da empresa no Google, para o público reviver a história. (TEIXEIRA, 2019).

É essencial que as corporações ao desenvolverem seus planos de crise, detalhem o que representará cada momento, do

início ao fim das fases da crise, sempre que isso for possível. Importante também, que ao menos alguns parâmetros sejam definidos para a decretação do final da crise e o início dopós-crise.

Após determinar o encerramento da crise, é extremamente necessário que o mesmo grupo que acompanhou todo o trajeto do problema faça uma análise minuciosa dos reflexos causados. Documentando, de forma detalhada, o tratamento da crise, para apoio em possíveis futuras crises. Além de, revisar os programas de riscos, *compliance*, crises e continuidade de negócios, a fim de retroalimentar com a experiência vivenciada.

26.3 Comunicação e Treinamento

É fundamental conscientizar de que não é de hoje que a comunicação, nas organizações sérias, deixou de ser um item desnecessário, para fazer parte da estratégia das empresas.

De acordo com Gomes (2004) a prática comunicativa da empresa deve ser tratada como um dos itens de posicionamento estratégico. É preciso avaliar o grau de eficácia que a empresa alcança como cultura estabelecida. Depois, criar diretrizes para que a comunicação possa se desenvolver no sentido mais adequado a uma crescente efetividade dos resultados.

É preciso que o processo de comunicação seja integrado e envolva todos os departamentos voltados para a comunicação

interna, pois quanto menos formal for à comunicação e quanto mais previamente programada e focada nas equipes, melhor será o resultado, sobretudo quando a palavra-chave é relacionamento (Viera, 2004).

Para Vieira (2004) é oportuno lembrar que o gerenciamento da comunicação interna, com base na responsabilidade social, requer pleno conhecimento do potencial humano que está sob sua responsabilidade. Isso significa saber dizer, a quem dizer, por que dizer.

Para compreender melhor uma comunicação eficaz, Torquato, afirma que:

Uma comunicação eficaz não é como à primeira vista pode parecer, um ato em que emissor e receptor se envolvem numa mensagem, com resultados claros e consensuais para os dois. O emissor pode ter claramente em vista o objetivo de sua mensagem, como a qual concorda o receptor, mas ambos podem se comportar de maneira diferente, como se tivessem mensagens diferentes. A eficiência do desempenho comunicativo não é a mesma coisa que a eficiência do encontro comunicativo. Duas pessoas podem ser eficientes, mas os resultados de um encontro de comunicação podem ser desastrosos. (TORQUATO, 1996, p. 38)

O treinamento também pode ser considerado a comunicação interna da organização. Para Cascio e Boudreau (2008), o treinamento pode ser estruturado ou não estruturado. O termo estrutura implica em um programa educacional

desenvolvido sistemicamente, usando uma progressão lógica a partir de um nível inicial até um nível final de competência. O treinamento não estruturado, por outro lado, implica em um programa menos específico, muitas vezes fornecidos por trabalhadores com mais experiência que treinam outros enquanto continuam a desempenhar suas funções.

Evitar interrupções nas atividades do dia a dia muitas vezes é uma preocupação no treinamento não estruturado, enquanto o estruturado tende a focar de maneira mais exclusiva no desenvolvimento dos indivíduos. No treinamento não estruturado, as oportunidades de aprendizado emergem de fora da situação, e, não por meio de um planejamento estruturado e a competência não é precisamente definida.

Comunicar e treinar são mantras que fazem a diferença na criação da cultura resiliente e no gerenciamento eficaz das crises.

26.4 Considerações finais

O aumento da manifestação de eventos tem provocado maiores desafios para as organizações, mostrando que o mundo está constantemente sujeito ao inesperado e que, desconsiderar eventos com características improváveis, pode resultar em grandes impactos.

A razão pela qual não identificamos estes eventos antecipadamente, deve-se ao fato de o ser humano necessitar da

relação de causa e efeito entre os acontecimentos, mesmo que ela, muito provavelmente, não exista. Distanciam-se do desconhecido e se dedicam ao que podem compreender, sendo incapazes de enxergar as oportunidades e se tornam vulneráveis ao impulso de sempre simplificar, categorizar e não valorizar quem imagina o impossível.

Estes eventos podem não acontecer com tanta frequência, mas são eles que ditam a evolução e as mudanças no mundo. Os benefícios encontrados na implementação das ações de Resiliência Empresarial, tora a organização mais flexível a possíveis interrupções de seus negócios; melhora a capacidade de resposta na materialização dos riscos; aumenta o nível de clareza e gestão da Alta Administração perante os riscos existentes, principalmente os relacionados com as estratégias de negócio; e demonstra o valor criado para as partes interessadas.

A construção de resiliência requer uma ação de toda a organização. Somente por meio do envolvimento da liderança que a capacidade adequada, planos e controles podem ser implementados, reduzindo a exposição ao risco, principalmente quando ocorrem eventos de interrupção.

Não existe uma solução única para as empresas implementarem as práticas relacionadas a criação de planos que se antecipem a efetivação dos problemas. Todas as práticas citadas, precisam ser desenvolvidas e executadas, considerando as integrações necessárias, sem ocultar nenhum detalhe.

Entretanto, o envolvimento de toda organização, mas, principalmente da Alta Administração, é fundamental para alcançar, com sucesso, a resiliência desejada, independente do setor ou segmento.

27 A DESCOBERTA DE ATOS ILÍCITOS ESCONDIDOS ATRÁS DOS DADOS

Steven Neuman

Sócio da StoneTurn, tem mais de 20 anos de experiência em assessoria a clientes e escritórios de advocacia, em assuntos relacionados a compliance, avaliações de riscos e investigações globais. Possui experiência significativa na realização de trabalhos de campo no Brasil e em toda a região da América Latina, inclusive Argentina, Colômbia, México, Peru e Uruguai.

Patrícia Latorre

Sócia da StoneTurn, tem mais de 20 anos de experiência em auditoria externa e investigações de fraudes. Especialista em auditoria externa, em procedimentos de avaliação e prevenção de riscos de fraude. Liderou e participou de projetos anticorrupção relacionados à FCPA, sediados no Brasil, na Espanha, no Reino Unido, na Alemanha, nos Países Baixos, na Bélgica, em Portugal e na Suíça.

Em geral, os possíveis fraudadores em empresas públicas e privadas fazem de tudo para manter seus atos ilícitos escondidos até mesmo dos investigadores e auditores internos mais experientes. Por esse motivo, as empresas e seus consultores jurídicos buscam cada vez mais o uso de *data analytics* – para descobrir fraudes, perdas e má conduta, antes que surjam problemas financeiros e de reputação mais significativos no decurso do tempo.

As análises forenses de dados de negócios, incrementadas por *data analytics*, ajudam a eliminar pela raiz os

atos ilícitos e podem aumentar a eficiência dos investigadores e auditores internos, ao permitir que os gestores se concentrem nas áreas de risco identificadas e tornem a administração mais eficaz. Adicionalmente, como o mundo aprendeu na pandemia do novo coronavírus, os métodos eficazes de trabalho remoto são de importância crítica para a sobrevivência dos negócios. Mesmo com uma supervisão presencial limitada por parte dos administradores, *data analytics* pode, ainda assim e com frequência, revelar padrões e apontar problemas em potencial, de tal forma que mesmo os auditores mais experientes não conseguem, se não trabalharem os dados.

De forma similar ao que ocorreu após a crise financeira mundial de 2008/2009, quando houve um aumento de 16,8% nas fraudes em demonstrações contábeis,¹ as organizações multinacionais podem esperar um aumento em fraudes, perdas e má conduta após a pandemia. A boa notícia é que a abordagem forense de *data analytics* também pode ser usada para reforçar os controles internos e manter um *compliance* mais rigoroso em períodos tão críticos como os de agora.

27.1 Definição de *data analytics*

As organizações geram diariamente quantidades imensas de dados relacionados a transações, operações e outras atividades

¹ https://www.acfe.com/uploadedFiles/ACFE_Website/Content/documents/occupational-fraud.pdf

ligadas aos seus negócios. *Data analytics* ajuda a gerar visões esclarecedoras de importância crítica no âmbito dos dados para atenuar de forma eficaz os riscos de negócio, jurídicos e regulatórios. Para prestar melhores serviços às empresas e aos seus consultores jurídicos, os analistas de dados combinam ciência da computação, matemática, estatística, resolução de problemas e tecnologia. O resultado é um processo de inspeção, depuração, transformação e modelagem de dados que tem por meta a descoberta de informações úteis para assim sugerir conclusões que apoiem os processos decisórios.

A análise de dados estruturados e não estruturados é um instrumento comprovado para a identificação de aspectos que indicam alto risco em operações, pessoas físicas, fornecedores, clientes e relações com terceiros. Os dados estruturados são altamente organizados e, usualmente, são formatados em linhas e colunas, permitindo uma pronta análise em bancos de dados relacionais. Ao contrário, os dados não estruturados não têm necessariamente uma organização ou um formato pré-definidos, o que traz desafios para sua consolidação, seu processamento e seu resumo de forma eficiente. Os exemplos de dados não estruturados podem incluir texto, vídeo, áudio, atividade de telefones celulares, atividade de mídia social, imagens produzidas por satélite, imagens de monitoramento, etc. *Data analytics* pode ajudar na conexão entre essas fontes de dados estruturados e não estruturados, que inicialmente não tinham

relação direta entre si, trazendo revelações significativas.

Como existe a possibilidade de que aplicando os processos de data analytics consigamos descobrir a “agulha no palheiro” para dados existentes nas organizações, um número cada vez maior de agentes reguladores utiliza as ferramentas de *data analytics* para concentrar seu foco ainda mais em ações de fiscalização e investigações regulatórias. Para a maioria das áreas geográficas e setores, os órgãos reguladores aumentaram as exigências e esperam, cada vez mais, que as grandes empresas (e seus consultores externos) empreguem métodos dirigidos por dados para prevenir, detectar e investigar problemas de *compliance*.

27.2 Em que momento o *Data Analytics* se torna mais útil?

Como as técnicas dirigidas por dados podem ser utilizadas em tempo real para conclusões significativas, o procedimento de *data analytics* pode ser útil em todo estágio do processo investigativo. Após um incidente, essas ferramentas podem ser alavancadas para: solicitação e extração de dados, avaliação preliminar, exames e testes detalhados (seja com foco no incidente ou como parte de um exame holístico de causa raiz), bem como a apresentação (muitas vezes via modelagem visual) e o resumo das descobertas. Na fase pré-incidente, o procedimento de *data analytics* pode ser usado como parte de um programa

robusto de monitoramento das transações. Seu objetivo é uma detecção precoce de problemas de *compliance* em potencial, de forma similar a um detector doméstico de fumaça que avisa o perigo antes que surja uma grande chama.

Sempre que é empregado, o procedimento de *data analytics* auxilia os auditores forenses, os profissionais de *compliance* e as equipes de investigação a enxergarem o panorama mais amplo, com a descoberta de relações entre diferentes pontos e a formulação das perguntas corretas, conforme a figura abaixo:



Como essas análises têm seu foco voltado para informações, o procedimento de *data analytics* forense pode auxiliar a alta administração das empresas e seus advogados a mitigarem de forma mais efetiva as fraudes e a má conduta,

ainda que sob condições de trabalho remoto. Coletar, assimilar e analisar um conjunto de dados críticos para a realização de procedimentos de *compliance* e/ou de auditoria interna para uma prevenção bem sucedida de fraude e má conduta, podem geralmente ser realizados remotamente, ainda que os recursos de fiscalização sejam em geral escassos ou espalhados entre diferentes localizações geográficas dentro de uma organização multinacional.

27.3 Levando a análise de dados um passo adiante – monitoramento de transações

Tornam-se cada vez mais comuns as variadas ferramentas de *data analytics* como SQL, R, *Tableau* e *Python* (inclusive TensorFlow, Keras, e pacotes de biblioteca scikit-learn) para o monitoramento de transações e avaliação de problemas de *compliance* em potencial, tanto proativamente como em forma reativa. Seja qual for a abordagem adotada pelas empresas, os programas de monitoramento de transações — faz uso de *data analytics* para identificar de forma proativa e reativa os pagamentos e/ou contratações suspeitas — podem rapidamente identificar se um funcionário se envolveu (ou tentou se envolver) em uma operação com terceiros não homologados, por exemplo. Isso será possível desde que a organização mantenha listas homologadas de clientes e fornecedores regularmente,

relacionamentos encerrados ou negados com terceiros, e/ou dados sobre fornecedores de alto risco.

Se uma organização não consegue acessar e consultar com facilidade os dados necessários para identificar as transações de alto risco, as ferramentas de monitoramento de transações com auxílio da tecnologia podem ajudar a limitar o escopo da equipe de investigação. As transações atípicas que não atendam a critérios previamente definidos são automaticamente levadas para uma avaliação mais rigorosa. *Data analytics* pode então ser utilizado para analisar esse conjunto de dados para limitar a quantidade de falsos positivos que exigem o acompanhamento humano. Como exemplo, as anomalias em pagamentos que são identificadas pelo monitoramento de transações podem ser avaliadas por meio de *data analytics* para verificar se:

- Foi feita uma *Due Diligence* / licitação do fornecedor antes de iniciar relacionamento com ele?
- Houve faturamento de preços por terceiros acima do valor de mercado? (Isso pode ser indicativo de pagamento de propinas).
- As transações envolvendo órgãos públicos estão sendo monitoradas em conformidade com políticas internas e regulamentos nacionais específicos?

- Foi feita uma avaliação de razoabilidade para as transações de alto risco, como descontos e comissões?
- Foram oferecidos presentes com custo elevado, patrocínios de eventos de caridade ou doações para pessoas politicamente expostas?
- Foram pagos honorários de consultoria, comissão por serviços prestados ou outros valores monetários a fornecedores homologados, para facilitar pagamentos a terceiros?

Por outro lado, as organizações que se baseiam em amostragem aleatória ou outros conjuntos limitados de dados nos testes de controles internos raramente fazem descobertas materiais ou implementam melhorias significativas nos procedimentos de auditoria. Afinal, nem todas as fontes de dados foram criadas igualmente. A qualidade dos dados é um componente essencial dos procedimentos de *data analytics* e de monitoramento das transações.

Já observamos empresas confiarem em unidades de negócios locais para fornecerem informações a partir de fontes de dados disponíveis a elas para fins de realização de suas tarefas diárias. Frequentemente, todavia, os usuários finais de um sistema não têm noção completa da complexidade das tabelas de dados que somente podem ser corretamente acessadas com

investigações de “*back-end*” (nos estágios anteriores do sistema organizacional).

Esse erro comum pode criar um risco significativo para a empresa, como por exemplo concluir uma auditoria com base em informações incompletas ou imprecisas.

27.4 Alavancando o monitoramento de transações

Embora cada organização seja diferente com base em seu perfil de risco, as etapas a seguir são geralmente realizadas para criar um programa de monitoramento de transações bem sucedido:

- realizar uma avaliação de riscos em nível de unidade de negócio e em nível geográfico;
- utilizar testes baseados em normas para identificar indicadores de riscos;
- coletar, assimilar e analisar os dados, incluindo um *benchmarking* (também como referência em testes de avaliação), para comparar os conjuntos de dados com as médias;
- consolidar as informações de forma útil para atribuir um nível de risco às transações, fornecedores contratados, etc;

- projetar protocolos para definir a necessidade e a forma de conduzir uma investigação adicional;
- treinar recursos para investigar e documentar a resposta às operações suspeitas.

Citamos aqui um caso real, o qual demonstra como o monitoramento de transações e *data analytics* podem atuar em conjunto de forma harmoniosa. Após a alta administração ter demonstrado preocupação de que uma empresa prestadora de serviço estaria superfaturando seus honorários, inclusive com faturas duplicadas e pagamentos possivelmente ilícitos através de terceiros, uma equipe de contadores forenses e analistas de dados consolidou cinco anos de faturas em formato PDF numa base de dados estruturados, com milhares de lançamentos de horas apontadas de trabalho e despesas. A equipe multidisciplinar então criou apresentações visuais, através da ferramenta *Tableau* tanto dos padrões de faturamento como das anomalias e ainda realizou uma análise detalhada dos dados subjacentes para detectar “sinais de alerta”.

Capítulo 27. A DESCOBERTA DE ATOS ILÍCITOS ESCONDIDOS ATRÁS DOS DADOS



Como resultado, a análise identificou um indivíduo que estava provavelmente inflando as despesas da empresa prestadora de serviço, ao deixar de gerenciar corretamente os projetos. Adicionalmente, a equipe encontrou despesas fixas ocultas em excesso, como lançamentos de horas e sinalizou despesas duplicadas ou sobrepostas.

Como parte dos esforços de remediação, após as pessoas serem advertidas, a mesma equipe demonstrou como uma estrutura de monitoramento de transações de pagamento a fornecedor poderia ser utilizada para reforçar os controles. O programa identificaria rapidamente as transações atípicas, como as faturas acima de um determinado limite, ou despesas duplicadas.



É claro que as ferramentas de monitoramento de transações não precisam ser complexas para serem eficazes. Os executivos de *compliance* ficam muitas vezes em dúvida de por onde começar, quando se trata de melhorias baseadas em tecnologia. Começar aos poucos pode representar ganhos rápidos, bem como um roteiro que pode ser repetido para agregar valor à toda a empresa. Nas organizações com maior apetite em aceitar o uso de tecnologia, o monitoramento de transações pode ser utilizado para identificar não apenas os problemas de *compliance* em potencial, como também diferentes percepções operacionais e de negócio, as tendências e outras descobertas que podem minimizar os gastos e aumentar a eficiência.

27.5 Foco na lei anticorrupção para o melhorar o retorno sobre investimento

Embora as organizações em diversos setores possam se beneficiar com a aplicação de *data analytics* e com o monitoramento das transações, os profissionais de *compliance* muitas vezes são solicitados a demonstrar o lado positivo da utilização para a organização ou o retorno sobre investimento (ROI), antes que essas medidas sejam adotadas. Nesse cenário, as medidas anticorrupção geralmente são o motivo para que as multinacionais comecem a alavancar os procedimentos de *data analytics* ou de monitoramento das transações, antes que informações mais robustas sobre riscos se torne disponível.

A aplicação da Lei de Práticas de Corrupção dos EUA (FCPA – Foreign Corrupt Practices Act) tem sido há muito tempo uma área de prioridade tanto para o Department of Justice (DOJ) quanto para a Securities and Exchange Commission (SEC) ambos dos EUA. Como resultado, em 2020 foram iniciadas mais de dez ações corporativas de aplicação da FCPA, totalizando mais de USD6,4 bilhões in 2020 – incluindo duas das maiores deliberações já tomadas: Goldman Sachs Group, Inc., no valor de USD3,3 bilhões, e Airbus Group SE, no valor de USD2,1 bilhões.² A FCPA proíbe as empresas que emitem ações nos EUA de subornarem autoridades estrangeiras para contratos

² <https://fcpublog.com/2020/12/15/getting-to-6-4-billion-2020s-corporate-fcpa-enforcement-actions-ranked-by-size/>

Capítulo 27. A DESCOBERTA DE ATOS ILÍCITOS ESCONDIDOS ATRÁS DOS DADOS

e outros negócios com autoridades públicas. Uma análise de ações anteriores de execução de mais de 60 empresas acusadas de violação da FCPA nos últimos anos, revela algumas categorias de contas de maior risco. São elas: despesas gerais da empresa, honorários de consultoria, presentes, viagens e entretenimento, comissões e *marketing*. Tendo isso como base, as empresas deveriam fazer a avaliação dessas categorias e tipos de despesas por meio de procedimentos de *data analytics* e/ou de monitoramento de transações, em caráter prioritário.



Essas categorias de despesas faziam parte dos problemas em quase todas as empresas acusadas de violar as regras da SEC referente aos livros de registro e lançamentos contábeis. Diversas empresas foram notificadas formalmente por irregularidades em múltiplas categorias de despesas.

A inexistência de controles internos adequados é o problema mais comum para as empresas que acabaram tendo problemas com o governo. Na maioria dessas questões, a SEC também alegou violações de controle internos, com algumas empresas aparentemente sem nenhum controle. Nesse contexto, foram citadas diferentes deficiências de controle internos que poderiam ser mitigados com a aplicação de *data analytics* e monitoramento de transações, como:

- Inexistência de programa para monitorar o cumprimento dos funcionários aos regulamentos da FCPA;
- Inexistência ou inadequado procedimentos de *due diligence* de terceiros e falta de supervisão sobre relacionamento com agentes públicos estrangeiros;
- Inexistência de procedimentos de *due diligence* sobre os controles internos contábeis e programas de *compliance* anticorrupção, durante uma aquisição;
- Inexistência de autorização da gerência para transações.

27.6 Como auxiliar por meio de *Data Analytics*

As ferramentas de *data analytics* podem ser utilizadas para analisar riscos quantitativos e qualitativos de fraude e corrupção, visando o aprimoramento dos controles de uma orga-

nização. Como exemplo, no âmbito de preocupações com corrupção no setor de transportes, uma equipe de data analytics forense avaliou as informações nos diferentes sistemas de negócio do cliente, para identificar pessoas físicas de alto risco que tivessem recebido produtos e serviços gratuitos ou com desconto.

Ao comparar esses dados com um cadastro de Pessoas Politicamente Exposta (PEPs), a equipe conseguiu quantificar eventuais benefícios em potencial fornecidos a PEPs por funcionários do cliente.

Esse risco poderia ter sido facilmente mitigado com uma abordagem robusta e baseada em análise de dados e ter impedido ou reduzido significativamente a multa de USD 4,1 milhões imposta à Telefonica Brasil³ em 2019, pelo fornecimento de 194 ingressos da Copa do Mundo para 93 autoridades e de 38 ingressos da Copa das Confederações para 34 autoridades.

Além disso, uma estrutura de monitoramento de transações pode fiscalizar com maior eficácia uma área de alto risco, no longo prazo, permitindo que qualquer empresa possa identificar os benefícios concedidos a PEPs em potencial, quase em tempo real.

³ <https://www.reuters.com/article/us-telef-brasil-sec-soccer/u-s-sec-fines-t-telefonica-brasil-over-world-cup-tickets-idUSKCN1SF2FB>

27.7 As melhores práticas para a identificação de má conduta

A primeira etapa para alavancar o uso de *data analytics* exige que a empresa entenda todas as fontes de dados à sua disposição (incluindo dados gerados internamente e dados de terceiros), bem como as eventuais restrições que possam existir para tais fontes. Essa etapa é extremamente importante para assegurar que a empresa tenha acesso a informações relevantes, principalmente em organizações grandes ou multinacionais, as quais podem estar baseadas em uma variedade de sistemas distintos.

A empresa também deve realizar auditorias periódicas para ajudar a garantir a integridade dos dados, no sentido de verificar se eles estão completos e precisos, e para garantir que existem controles internos suficientes para evitar alterações ou exclusões não documentadas. Com essa base, a empresa pode então apurar, da mesma forma que uma agência reguladora também provavelmente fará, a forma como essas fontes podem ser melhor empregadas, usando *data analytics* para aprimorar o programa de *compliance* da empresa.

O departamento de compliance poderá também avaliar a possibilidade de aplicar *data analytics* no contexto de suas avaliações de riscos ou de gaps e para fortalecer os controles preventivos e detectivos. Como exemplo, é possível utilizar um

modelo de *data analytics* para testar os limites de uma política sobre horas e despesas ou para identificar alterações significativas nas despesas incorridas por categoria ou por fornecedor contratado. Após a identificação de uma área com potencial alto risco, é possível utilizar modelos adicionais de *data analytics*, que ajudam a apurar o efeito que este risco poderá ter sobre os negócios.

Uma avaliação baseada em dados ajuda a identificar as áreas de alto risco para avaliar o monitoramento de pré-incidentes, sendo esta uma importante etapa na detecção de atos ilícitos em potencial. O departamento de *compliance* poderá também avaliar o uso de exames preditivos com metas específicas, como parte de seu programa de monitoramento, visando identificar transações potencialmente suspeitas, como as que envolvam corretoras ou autoridades estrangeiras, praticamente em tempo real. Isso exige um ciclo contínuo de feedback, de tal forma que as transações suspeitas sejam identificadas e os modelos de dados subjacentes passem por um refinamento contínuo, ensinando assim o sistema a descobrir ainda mais sobre o que é confirmado como problemas potenciais.

Após a identificação de um ato ilícito em potencial, a respectiva investigação pericial (forense) também pode ser aprimorada com *data analytics*. Em muitos casos, a utilização de uma abordagem automatizada baseada em dados pode substituir os processos de análise manual que seriam, de outra forma,

limitados por restrições de tempo e de recursos. Essas ferramentas de *data analytics* incluem a utilização de *dashboards* e visualizações em painéis dinâmicos, que irão expor modelos e fatores atípicos que podem esclarecer uma suspeita ou alegação de ato ilícito. Alcançar um resultado claro de análise de tendências é crucial para entender a abrangência do ato ilícito potencial e para elaborar um plano de ações que sirva para testes detalhados das transações.

Um fator importante é que as ferramentas de *data analytics* também podem auxiliar no processo de seleção de amostras, permitindo que o usuário navegue de forma mais rápida e eficiente por grandes quantidades de dados, para localizar as transações que atendam a determinados critérios. Novamente, essa etapa é um elemento-chave para a integridade, portanto, os profissionais de *compliance* precisam fazer seleções com a ciência que serão informações preliminares, as quais serão submetidas a investigações adicionais para atingir a total cobertura do potencial ato ilícito. Os profissionais de *compliance* são frequentemente responsáveis pela supervisão das áreas de riscos auditadas por outros setores da empresa (financeiro ou auditoria interna, por exemplo). O monitoramento de transações e *data analytics* podem ajudar a quebrar esses parâmetros, para permitir uma comunicação eficaz entre funções diferentes.

Após uma investigação, deve ser feita uma análise da causa raiz, além de avaliação e aprimoramento dos controles

internos, como forma de defesa contra uma violação ou infração similar no futuro. O procedimento de *data analytics* pode ser aplicado novamente nesta fase, para uma análise profunda do gap original de controle que permitiu a ocorrência do ato ilícito, e em seguida para assegurar medidas corretivas suficientes com aprimoramento dos controles e testes.

Uma aplicação interessante de *data analytics* é a capacidade de “olhar para trás”. Essa técnica torna possível apurar se o mesmo ato ilícito teria ocorrido sob diferentes conjuntos de circunstâncias. Como exemplo, uma empresa pode testar se uma nova cláusula em sua política de apontamento de horas e despesas teria prevenido ou detectado a ocorrência de um esquema de fraude em despesas. Uma análise desse gênero forneceria ao departamento de *compliance* uma visão esclarecedora sobre a eficácia de uma política em fase de minuta e sobre processos de auditoria e monitoramento, antes de gastar tempo e recursos na disseminação das exigências para todos os setores da empresa como um todo.

27.8 Conclusão

As empresas não podem se permitir negligenciar a utilização de *data analytics*. Ao contrário das abordagens tradicionais de *compliance* e auditoria interna - que podem ser ineficazes durante condições de trabalho remoto - uma

abordagem baseada em dados ajuda a identificar e a concentrar recursos em sinais de alerta para evitar problemas maiores no futuro. Além disso, a utilização de *data analytics* oferece exatamente o tipo de “sistemas de supervisão” eficazes e suficientemente sofisticados que os agentes reguladores apreciam ver implantados. E o mais importante: as ferramentas de *data analytics* podem ajudar as empresas e seus consultores jurídicos a conduzir investigações com mais eficiência, permitindo que os profissionais concentrem seu tempo em áreas de risco identificadas e endereçando questões sobre potenciais atos ilícitos para reduzir os níveis gerais de violação de *compliance*.

Referências Bibliográficas

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro; VELLOSO, Raphaela Satie Nawa. Whistleblowing: subsídios para seu uso como instrumento de combate à corrupção e aperfeiçoamento de programas de compliance. In: CARVALHOSA, Modesto Souza Barros; KUYVEN, Luiz Fernando Martins (org.). Compliance no Direito Empresarial: volume 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Cap. 10. p. 219-238.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Legal Policy & Research Unit and Legal Practice Division. Whistleblower Protections:: a Guide. Londres: 2018. Disponível em: <https://www.ibanet.org/LPRU/whistleblowing.aspx>. Acesso em: 7 jul. 2020. P. 19

GRUPO PÚBLICO. SUNDFELD, Carlos Ari;

PALMA, Juliana Bonacorsi (org.). Como viabilizar programas públicos de reportantes contra corrupção no Brasil? São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2020. 257 p. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29411>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de

não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2. ed., Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019;

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. O respeito à constituição federal na aplicação retroativa do ANPP. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2. ed., Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismo de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In.: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de (Orgs.). Acordo de não persecução penal. 2. ed., Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CATAPANI, Márcio Ferro. Títulos públicos: natureza jurídica e mercado. Quartier Latin, 2014.

CAVALI, Marcelo Costenaro. Manipulação do mercado de capitais: fundamentos e limites da repressão penal e

administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura; COPOLA, Marina. Artigo 2º. In: CODORNIZ, Gabriela; PATELLA, Laura (coord.). *Comentários à lei do mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

HORVICH, Alan. *Possession Versus Use: Is There a Causation Element in the Prohibition on Insider Trading?* *The Business Lawyer*, vol. 52, ago. 1997.

LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. *Mercado de capitais & “insider trading”*. São Paulo: RT, 1982.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. *Crime de manipulação do mercado de capitais*. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). *Temas de direito empresarial e societário contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOSQUERA, Roberto Queiroga. *Os princípios informadores do direito do mercado financeiro e de capitais*. In: MOSQUERA, Roberto Queiroga (coord.). *Aspectos atuais do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999.

NAJJARIAN, Ilene Patrícia Noronha. *Das ações de sociedades anônimas como originadoras de outros valores mobiliários*. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Viviane Muller; CAVALI, Marcelo Costenaro; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. *Insider trading: normas,*

instituições e mecanismos de combate no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

ROXIN, Claus. Autoria y dominio del hecho em derecho penal. Trad. 7. ed. alemã. Joaquín Cuello Contreras e José Luiz Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ANDRADE FILHO, João Pereira de; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados. Revista PARAHYBA JUDICIÁRIA, Seção Judiciária da Paraíba, v. 11, n. 11. João Pessoa, 2018.

MEIRA, Marcos; VALIM, Rafael. A segurança jurídica nos acordos de leniência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/marcos-meira-rafael-valim-seguranca-juridica-acordosleniencia>. Acesso em 25/11/2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. In: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorruptao-brasileira>. Acesso em 25/11/2020.

SANTOS, Kléber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TAMASAUKAS, Igor Sant´Anna. Acordo de leniência anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2020.

ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

Comunicação Não Violenta. In: Estudos de Comunicação e Relações Corporativas. ABERJ - Edição 105, ano 29, 2020. Disponível em: <https://www.aberje.com.br/revista-ce-105/>

SCHERER, Aline. O ano da Comunicação Não Violenta. In: Estudos de Comunicação e Relações Corporativas. ABERJ - Edição 105, ano 29, 2020, p. 50-55. Disponível em: <https://www.aberje.com.br/revista-ce-105/>

AVELAR, Leonardo Magalhães. A figura do whistleblower no Direito Penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/opiniao-figura-whistleblower-direito-penal>. Acesso em: 16.12.19.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3 ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

BANISAR, David. Whistleblowing: International Standards and Developments. Estados Unidos: World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C., 2011.

BARCELOS, Daniel Ribeiro. Incentivos ao

whistleblowing. A proteção do reportante na política de combate à corrupção no Brasil. 2019. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo.

BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Acordos Administrativos no âmbito dos Precatórios Requisitórios Judiciais: um estudo dos modelos adotados por entes federados à luz do consensualismo. 2019. 345 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BELTRAME, Priscila Akemi; SAHIONE, Yuri. “Informante do bem” ou whistleblower: críticas e necessários ajustes ao projeto. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6320-Informante-do-bem-ou-whistleblower-criticas-e-necessarios-ajustes-ao-projeto. Acesso em 12.12.19.

CABRAL DE MONCADA, Luiz S. Autoridade e Consenso na Teoria do Acto Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Justificativa aos extintos Projetos de Lei n. 4.850-A/2016 e 3.855/2019. Medida 11. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5ADEF99F9099294DE6FF38216C5DD4DB.proposicoesWebExterno2.codteor=1510406&filename=Avulso+-PL+4850/2016. Acesso em 04.12.19.

CARNAES, Mariana. Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. Whistleblowing no ambiente corporativostandards internacionais para aplicação no Brasil. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (coords). Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Acordos de leniência – recomendações da OCDE. O Estado de São Paulo. 15 fev. 2019. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,acordos-de-leniencia-recomendacoes-da-ocde,70002721980>>. Acesso em: 23.01.20.

Por uma norma geral de acordos administrativos para ilícitos corporativos. Consultor Jurídico. 2 out. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-out-02/leniencias-questao-norma-geral-acordos-ilicitos-corporativos>>. Acesso em: 23.01.20.

BERTOCCELI, Rodrigo; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otávio. Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CENTER, Ethics Resource. Inside the mind of a whistleblower. A supplemental report of the 2011 national business ethics survey. Disponível em: <https://www.corporatecomplianceinsights.com/wp-content/uploads/2012/05/inside-the->

mind-of-a-whistleblower-NBES.pdf. Acesso em 08.01.20.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o Direito. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005.

CONTI, José Mauricio. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

DEBBASCH, Charles. *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?* In: MÉLANGES, René Chapus. *Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 2002.

JORGE, André Guilherme Lemos. *Inquérito civil: contraditório e ampla defesa – sobre a efetividade dos princípios constitucionais*. 1ª ed. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

FRANZOLOSO, Alexandre Gonçalves (coord). *Proposições ao Pacote Anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública (PI 881/2019 e PI 882/2019)*. Disponível em: <https://marciowidal.files.wordpress.com/2019/05/proposic3a7c3b5es-ao-pacote-anticrime-2019.pdf>. Acesso em 04.01.20.

INTERNACIONAL, Transparência. *International principles for whistleblower legislation*. 2013. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation. Acesso em: 04.01.20.

Speaking up safely. Civil society guide to whistleblowing. 2013. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/speaking_up_safely_civil_society_guide_to_whistle

blowing_MENA. Acesso em: 04.01.20.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LATIMER, Paul; BROWN, A. J. Whistleblower Laws: International Best Practice. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/143859790.pdf>. Acesso em 09.01.20.

LIMA, Mariana Sciesleski de. Fundamentos para uma Administração Pública dialógica. Revista Perspectiva, Erechim, v. 34, n. 126, p. 73-84, junho. 2010.

MACHETE, Pedro. Estado de Direito Democrático e Administração Paritária. Coimbra: Almedina, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Luiz Faria. O “informante do bem” (whistleblower) no projeto “anticrime” do governo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-12/luiza-martins-informante-bem-projeto-anticrime>. Acesso em 04.12.19.

MELO, João Ozorio de. Perseguir colaborador da Justiça nos EUA dá 10 anos de cadeia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/eua-gastam-us-10-milhoes-ano-protecao>

testemunhas. Acesso em: 09.12.19.

MELO, João Ozorio de. Whistleblower ganha recompensa de US\$ 33 milhões nos EUA. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/whistleblower-ganha-recompensa-us-33-milhoes-eua>. Acesso em: 09.12.19. Programa antifraudes dos EUA rende quase US\$ 4 milhões a delator. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-27/programa-antifraudes-eua-rende-us-milhoes-delator>. Acesso em: 09.12.19.

MOBERLY, Richard; WYLIE, Lindsey E. An Empirical Study of Whistleblower Policies in United States Corporate Codes of Ethics. In: LEWIS, David; VANDEKERCKHOVE, Wim. Whistleblowing and Democratic Values. The International Whistleblowing Research Network. Ebook, 2011.

NEAR, Janet P.; MICELI, Marcia P. Organizational Dissidence: the case of Whistle-Blowing. *Journal of Business Ethics*, 4, 1985.

NOAH, Lars. Administrative arm-twisting in the shadow of Congressional delegations of authority. *Wisconsin Law Review*, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de. Inquérito Civil Público e acordo administrativo: apontamentos sobre devido processo legal adequado, contraditório, ampla defesa e previsão de cláusula de segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). No

prelo.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: contributo de Hely Lopes Meirelles para a evolução dos acordos administrativos no Brasil. In: JUSTEN FILHO, Marçal et al. (orgs). O Direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017), defensor do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

Devido processo legal na consensualidade administrativa. In: SCHIRATO, Vitor Rhein (coord). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PORCIÚNCULA, José Carlos. Projeto Moro – o imperador não está acima dos gramáticos! Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-20/porciuncula-projeto-moro-imperador-nao-acima-gramaticos#author>. Acesso em: 09.12.19.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 146, p. 189-204, abr. 2007.

RAGAZZO, Carlos. Devemos pagar informantes de

esquemas de corrupção? Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/devemos-pagar-informantes-por-esquemas-de-corrupcao-130520
15. Acesso em 02.01.20.

RIOS, Rodrigo Sánchez; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Whistleblowing: o cidadão colaborador a partir do anteprojeto de Moraes. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/whistleblowing-anteprojeto-moraes-08062018. Acesso em: 03.01.20.

ROCHA, Márcio Antonio. Subsídios ao debate para a implantação dos programas de whistleblower no Brasil. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/536078>. Acesso em: 13.12.19.

Programa de whistleblowers não pode virar armadilha para o cidadão. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/marcio-rocha-programa-whistleblowers-nao-virar-armadilha>. Acesso em: 09.12.19.

A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial qui tam action e dos programas de whistleblower. Disponível em: http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao065/Marcio_Rocha.html. Acesso em 10.12.19.

SANTOS, Bruno Grego dos. Transação extrajudicial na

Administração Pública. Tese (Doutorado em Direito). 2015. 348 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

TONIN, Maurício Morais. Solução de controvérsias e poder público: negociação e arbitragem. Tese (Doutorado em Direito). 2016. 237 f. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e alguns dos seus mais importantes corolários. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 463-484.

CHAVES, Anna Cecília Santos. “A corrupção Privada no Brasil”, in Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 4. São Paulo, 2014, p. 231 – 259. Disponível em <https://es.mpsp.mp.br//revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/154>. Acesso em 13/12/2020.

CRESSEY, Donald J. Other People’s Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement. Glencoe: The Free Press, 1953.

CRISTO, Viviane Duarte Couto de. “Integração no combate e prevenção da corrupção na União Europeia: possibilidades e comparação com modelo brasileiro”, in Direito Internacional II. Florianópolis, 2018, p. 194 – 209. Disponível em <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/34q12098/qmjz11a6>>. Acesso em 13/12/2020.

DAVID, Décio Franco. Tratamento penal da corrupção

privada a partir de um sistema penal integral de matriz significativa. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2019. Disponível em <<https://uenp.edu.br/os-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-teses/13742-decio-franco-david-1/file>>. Acesso em 11/12/2020.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. The Global Competitiveness Report 2019. Davos, Suíça, 2020. Disponível em <http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf>. Acesso em 08/12/2020.

HOUAISS, Antonio; e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC); FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (FGN). “Tipologías de corrupción en Colombia”. Bogotá, 2018. Disponível em <<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-VIII.pdf>>. Acesso em 14/12/2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Nova Iorque, 2003. Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em 08/12/2020.

PRADO, Luiz Regis; e ROSSETTO, Patrícia Carraro. “Contributo ao estudo da corrupção delitiva entre particulares”,

in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 114/2015. São Paulo, 2015, p. 51-97. Disponível em <<http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Contributo%20ao%20estudo%20da%20corrupcao%20delitiva%20entre%20particulares.pdf>>. Acesso em 13/12/2020.

RODRIGUES, Matheus Vinícius Aguiar. “Atipicidade da corrupção privada: de lacuna normativa no combate à corrupção à (des)incentivo na adoção do compliance pelas sociedades empresariais”, in Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB), 16ª ed. Brasília, 2019. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/24364>. Acesso em 08/12/2020.

SANTOS, Renato Almeida dos; GUEVARA, Arnaldo Jose de Hoyos; e AMORIM, Maria Cristina Sanches. “Corrupção nas organizações privadas: análise da percepção moral segundo gênero, idade e grau de instrução”, in Revista de Administração (RAUSP), v. 48, n. 1. São Paulo, jan./fev./mar. 2013, p. 53 - 66. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rausp/v48n1/05.pdf>>. Acesso em 10/12/2020.

SIMÕES, Pedro; SOUZA, Flora Sartorelli de; e IKEDA, Natalia. “Motivações e efeitos da corrupção privada — que no Brasil ainda não é crime”, in Revista Consultor Jurídico. 26 de julho de 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/pedro-simoes-motivacoes-efeitos-corrupcao-privada-brasil>>. Acesso em 10/12/2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Índice de Percepção da Corrupção 2019. Berlim, Alemanha, 2020. Disponível em <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>. Acesso em 07/12/2020.

ANDRADE FILHO, João Pereira de; FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. Leniência, transparência e segurança jurídica: a vinculação ao acordo de leniência dos atores estatais colegitimados. Revista PARAHYBA JUDICIÁRIA, Seção Judiciária da Paraíba, v. 11, n. 11. João Pessoa, 2018.

MEIRA, Marcos; VALIM, Rafael. A segurança jurídica nos acordos de leniência. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/marcos-meira-rafael-valim-seguranca-juridica-a-acordosleniencia>. Acesso em 25/11/2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira. In: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/259553/a-inseguranca-juridica-das-empresas-e-os-acordos-de-leniencia-na-legislacao-anticorrupcao-brasileira>. Acesso em 25/11/2020.

SANTOS, Kléber Bispo dos. Acordo de leniência na lei de improbidade e na lei anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TAMASAUKAS, Igor Sant'Anna. Acordo de leniência

anticorrupção: uma análise sob o enfoque da teoria de redes. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2020.

"O presente livro, que celebra a 3ª edição do laboratório internacional do ComplianceLab, coordenado pelas amigas Cláudia Carneiro e Ana Fernanda Ayres, oferece ao leitor um amplo panorama sobre a atividade de compliance nos mais diversos setores. Pela reunião de profissionais diversos, com experiências distintas, oferece ao leitor uma gama de perspectivas e visões sobre essa atividade que ganha corpo e relevância no cenário jurídico nacional.

Advogados, acadêmicos, juízes e promotores discutem o tema sob diferentes visões, em um contexto de reorganização de marcos legais e institucionais no qual a preocupação de profissionais e empresas com a prevenção de delitos, ou com sua rápida detecção, tem relevância ímpar. Novas regras sobre a lavagem de dinheiro, o mercado de capitais, e uma guinada na jurisprudência que amplia os âmbitos de responsabilidade dos dirigentes empresariais, seja por ação, seja por omissão, indica a importância da adoção de mecanismos sérios e eficientes para impedir que as estruturas corporativas sejam usadas para a prática de ilícitos. (...)

As estratégias de compliance, seus contornos e desdobramentos nos diversos campos do direito merecem estudo, debate e conceituação, para que os discursos e decisões sobre a matéria saiam do lugar comum e da superficialidade, e os não poucos problemas práticos que se apresentam sejam solucionados com racionalidade e seriedade.

A heterogeneidade de temas e as distintas abordagens da presente obra vão nesse sentido, oferecendo uma visão completa e multidisciplinar sobre um tema atual e relevante, que merecia uma reflexão deste jaez, agora apresentada ao público".

Pierpaolo Cruz Bottini

