

**INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) E INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU (IDPEE), DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

GUILHERME AFONSO DE OLIVEIRA DA ROCHA REIS

**CRIMINAL COMPLIANCE: UMA RAZÃO CUSTO
BENEFÍCIO**

**SALVADOR
2015**

**INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) E INSTITUTO DE DIREITO PENAL
ECONÓMICO E EUROPEU (IDPEE), DA FACULDADE DE
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

GUILHERME AFONSO DE OLIVEIRA DA ROCHA REIS

**CRIMINAL COMPLIANCE: UMA RAZÃO CUSTO
BENEFÍCIO**

Trabalho científico apresentado ao “INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM) e ao INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÓMICO E EUROPEU (IDPEE), DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, como requisito final para obtenção do título de Pós-graduação em Direito Penal Econômico.

Prof. Dr. Leandro Sarcedo

SALVADOR
2015

RESUMO

O presente trabalho, intitulado *Criminal Compliance: uma razão custo benefício*, tem por escopo demonstrar as benesses existente para empresas que adotam ações preventivas através de programas de *compliance* criminal. Para tanto, parte-se de uma análise ainda que superficial da evolução política/econômica mundial, buscando demonstrar a alternância entre regimes econômicos liberais e regulados. Em seguida, passa-se a esclarecer a origem dos programas de *compliance*, demonstrando assim o surgimento deste novo viés: *criminal compliance*. Dando continuidade ao trabalho, passa-se a discorrer sobre a estruturação dos programas de *compliance*, a fim de expandir a compreensão dos leitores no que se refere aos parágrafos seguintes, principalmente ao dissertar sobre a legislação brasileira. Assim sendo, inicia-se uma breve explanação sobre duas legislações nacionais que tratam sobre o tema proposto. Terminados os sucintos comentários sobre a lei de lavagem de capitais e a lei anticorrupção, passa-se à análise do tema central, que é a identificação de uma relação entre os benefícios e os custos existentes com a adoção de programas de *criminal compliance*. Desta forma, a pesquisa demonstra que processos judiciais ou investigatórios trazem um forte abalo econômico para a atividade empresarial e que, portanto, medidas preventivas traduzidas nestes programas de *criminal compliance* são fortes ferramentas para combater os prejuízos advindos da criminalidade empresarial.

Palavras-chave: Criminal compliance; custos e benefícios; compliane.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: A ORIGEM	5
ESTRUTURAÇÃO GERAL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.....	8
BREVES NOTÍCIAS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	10
LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS.....	11
LEI ANTICORRUPÇÃO	14
UMA RELAÇÃO CUSTO X BENEFÍCIOS PARA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>	18
CONCLUSÃO.....	22
REFERENCIAS	24

INTRODUÇÃO

Tratar sobre um tema correlato ao Direito Penal Econômico, sem se ater diretamente à seara financeira, é o mesmo que dissertar sobre Direito Penal sem ter como base a sua espinha dorsal, ou seja, a pena.

Atualmente, vive-se em uma forma complexa de relações socioeconômicas cujo reflexo é bastante observado no estágio hodierno do desenvolvimento capitalista globalizado. Desta forma, se torna cristalina a insuficiência de pesquisas unidisciplinares quando o tema a se tratar é relacionado à prática de condutas delituosas no seio da atividade econômica, pois evidencia-se a importância dos reflexos econômicos oriundos daquelas condutas.

Nesta esteira, o presente trabalho tem como objetivo fulcral o estudo do *Criminal Compliance*, como forma de auto-regulamentação regulada pelo Estado, levando-se em conta a razão existente entre os custos e os benefícios para a adoção destes sistemas de controle/gestão de riscos penais no âmbito empresarial.

Almejando alcançar este desiderato, o trabalho científico inicia-se com uma análise do termo *compliance*, trazendo em seguida um breve esboço histórico demonstrando assim a origem do *Criminal Compliance*. Seguindo o roteiro, o texto nos trás uma ideia da estruturação geral dos programas de *compliance*, a fim de delinear os contornos daqueles sistemas.

Findo este introito, passa-se a uma breve análise de duas legislações brasileiras que trazem a baila o tema, quais sejam a lei de lavagem de capitais e a nova lei anticorrupção. Demonstradas as exigências legais do arcabouço jurídico brasileiro, passa-se à fase final de exame de uma hipotética razão existente entre os custos e benefícios da adoção empresarial de sistemas de *compliance*, inclusive para empresas que não possuem obrigatoriedade na adoção destes programas, semeando assim a importância social e jurídica destas implementações, uma vez que boa gama dos delitos empresariais tem grande reflexo na economia nacional/mundial.

BREVE ESCORÇO HISTÓRICO: A ORIGEM

Advindo do verbo inglês *to comply*, que significa “cumprir, satisfazer, corresponder a, obedecer, estar de acordo”¹, *compliance* traz a ideia de programas ou sistemas cuja finalidade é assegurar o cumprimento de normas reguladoras de um determinado setor. Estes programas e sistemas têm como objetivo a mitigação dos riscos atrelados aos deveres legais/regulatórios, assim como a própria reputação empresarial, a qual se perfaz através do cumprimento de diretrizes e regulamentos internos e externos.²

Importante ainda lembrar que este conceito de *compliance* iniciou-se na seara econômica e aos poucos foi transplantado para o direito, primeiramente empresarial, referindo-se à observância e cumprimento de normas, não necessariamente de natureza jurídica.³

Assim o sendo, pode-se considerar o termo *compliance*, em linhas gerais, como prevenção de riscos de responsabilidade das empresas em virtude do desrespeito a normas legais.⁴

No entanto, há que se fazer uma esclarecedora menção a respeito do termo *compliance* utilizado na literatura brasileira, o qual vem sendo compreendido quase que absolutamente como governança corporativa. Neste aspecto, Saavedra traz preciosas lições ao referir que:

No Brasil, *compliance* tem sido compreendido, de um lado, apenas como parte da implementação das “boas práticas” da *corporate governance*. Nesse caso, *compliance* é entendido como um “mandamento ético”, o qual deveria melhorar o relacionamento da empresa com os *stakeholders* e com o mercado (2). Por outro lado, no âmbito das Ciências Criminais, o significado desse conceito para o Direito Penal e para a Criminologia e os reflexos do seu desenvolvimento para a política criminal ainda não foram devidamente explorados. A exceção digna de nota fica por conta dos debates acerca dos chamados “deveres de *compliance*”, discutidos como um dos aspectos dos crimes de lavagem de dinheiro (3). Ademais, o debate internacional sobre *criminal compliance* parece ser totalmente desconhecido no Brasil. Com o presente artigo, pretende-se apresentar, muito brevemente, alguns aspectos desse novo ramo de pesquisa das Ciências Criminais.⁵

¹*Comply*. In: Dicionário de inglês Michaelis online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=comply>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010.

³ *Ibidem*.

⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Pena**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

⁵ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011.

Apenas para introduzir o tópico proposto, necessário lembrar certos aspectos e episódios da economia global, os quais se iniciam com o fim da primeira guerra mundial. A época era declarada como a maior potência econômica mundial os Estados Unidos da América, que até o ano de 1929 teve sua economia evoluída em proporções geométricas, baseando-se na política do livre comércio, no qual se acreditava que o mercado por si só se regulava.⁶

Porém, em 24 de outubro de 1929 iniciou-se a maior crise financeira norte americana que culminou com a quebra da bolsa de Nova Iorque. Além da superprodução agrícola e a diminuição do consumo, um dos elementos identificados como causador da crise financeira foi exatamente a política do livre comércio. Sob a presidência de Roosevelt, em 1933 foi elaborado o *New Deal*, cuja concepção se voltava para a necessidade de intervenção e regulação estatal sobre o desenvolvimento da atividade econômica.⁷

Surge assim o modelo de bem estar social ou *welfare state*, que se ampliou pela Europa ocidental disseminando a necessidade da intervenção estatal na economia. No entanto, vislumbrando não ser o modelo mais adequado, o estado de bem estar social começou o seu declínio com o rompimento pela Inglaterra no governo de Margareth Thatcher. Iniciava-se assim o ideário neoliberal cujo ponto fulcral era a necessidade da desregulamentação da atividade econômica com o desiderato da livre circulação de recursos e mercadorias, exatamente o que foi proposto por Ronald Regan nos Estados Unidos da América. Nasce assim a mitologia neoconservadora de Regan, ressurgindo o pensamento de que a atividade econômica é capaz de se autorregular.⁸

Seguindo a década de 80, o desenvolvimento tecnológico impulsionou o processo de globalização econômica, tornando o mercado financeiro volátil. Neste contexto é que surgiram os grandes escândalos financeiros que se basearam em fraudes contábeis, culminando com a crise dos subprimes ou derivativos. Renasce então a centelha da intervenção estatal na economia, sob uma terceira forma, qual seja a da auto-regulamentação regulada ou forçada, termo este proposto pelo professor Ulrich Sieber⁹ ao se referir aos programas de *compliance*.

⁶ BACKHOUSE, Roger E. **História da economia mundial**. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

⁷ *Ibidem*.

⁸ MELLO FILHO, Marcelo Soares Bandeira de. **A economia política do governo Regan**: Estado neoliberal, tributação e gasto público federal nos Estados Unidos da América entre 1981 e 1988. 2010. Dissertação. (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

⁹ SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tradução Manuel A. Abanto Vásquez. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo;

Feita esta pequena introdução política econômica, voltemos ao tema do nascedouro dos programas de *compliance*, cujo marco inicial pode se considerar a Conferência de Haia de 1930, na qual ficou estabelecida a fundação do *Bank for International Settlements (BIS)*, cujo objetivo central era a cooperação entre os bancos centrais. Ato contínuo, em 1960, já findo a utilização das antigas *blue sky laws*, a *Securities and Exchange Commission* encabeçou um movimento orientando a contratação de *compliance officers* para a confecção de procedimentos internos de controle, treinamento pessoal e monitoramento de atividades suspeitas.¹⁰

Em 1974, com a insolvência do *Bankhaus Herstatt* na Alemanha¹¹, surge o Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, criado pelos responsáveis pela supervisão dos Bancos Centrais dos países integrantes do G10, sediado no Banco de Compensações Internacionais situado na Basileia – Suíça. No mesmo sentido se deram os Acordos de Capital da Basileia I¹² (julho de 1988), II (junho de 2004)¹³, III¹⁴ (2009/2010), cuja finalidade geral era o estabelecimento de orientações mercadológicas para a manutenção da saúde financeira do mercado internacional.

Como se pode perceber do quanto relatado até aqui, o instituto do *compliance* teve como pedra de toque as instituições financeiras que detinham a necessidade de uma primorosa regulamentação. Em sequência, outros setores seguiram a orientação, como no caso das telecomunicações, atingindo até mesmo entidades do terceiro setor como as empresas de capital fechado e aberto, e ainda as entidades públicas.¹⁵

Nesta esteira, analisando o cenário internacional percebe-se que após os ataques terroristas em 2001, além dos escândalos de governança corporativa e fraudes contábeis, a exemplo do Banco Barings, Enron, WorldCom e Parmalat, além da atual crise financeira mundial, com a vasta divulgação dos casos de corrupção envolvendo autoridades públicas e desvios de recursos do terceiro setor, ficou evidente a necessidade de se expandir

MARTIN, Adan Nieto (Org). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Banch, 2013.

¹⁰ BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. **Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/08.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

¹¹ Sobre a História da Regulamentação Bancária vide: <http://www.bb.com.br/portalbb/page3,136,2549,0,0,1,8.bb?codigoNoticia=8615&codigoMenu=208&codigoRet=6050&bread=4_1_1> .

¹² Definiu os mecanismos para mensuração do risco de crédito e estabeleceu a exigência de capital mínimo para suporte de riscos.

¹³ Este acordo teve um enfoque mais flexível para exigência de capital, mas por outro lado fortaleceu a supervisão bancária estimulando uma maior transparência na divulgação de informações ao mercado.

¹⁴ Com a crise financeira, este acordo veio para reavaliar os anteriores, a fim de identificar um meio para solvabilidade dos bancos.

¹⁵ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

esta forma de auto-regulamentação regulada pelo estado, como regramentos éticos e legais de conduta,¹⁶ uma vez que era necessário o resgate da credibilidade das corporações.

A estas técnicas de co-regulação se deram o nome de programas de *compliance*, cujo conteúdo pode variar muito, no entanto, no presente trabalho iremos nos ater ao viés criminal, cuja desenvoltura se dá para a prevenção de delitos praticados contra e a favor das empresas.¹⁷ Em outras palavras, cada tipo de atividade empresarial está relacionada a diferentes riscos normativos, e quando esta gestão de riscos concentra-se na área criminal pode-se falar em *criminal compliance*, que nada mais é do que políticas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal¹⁸.

Neste sentido, surgem as primeiras legislações frontalmente direcionadas ao tema, a exemplo do ACT-FCPA, a Lei *Sarbanes-Oxley* em 2002 nos EUA, como a precursora em estabelecer diretrizes para barrar ações lesivas ao sistema financeiro americano, e o *Anti Bribery Act* de 2011, oriundo do Reino Unido. Por sua vez no Brasil surgem duas legislações que trazem em seu bojo notícias sobre este novo modelo de proteção regulada pelo estado, mas exercida pela própria empresa.

ESTRUTURAÇÃO GERAL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

No intuito de possibilitar uma maior compreensão das exigências legais feitas nos já citados diplomas que integram o ordenamento jurídico brasileiro (lei anticorrupção e lei de lavagem de capitais), passa-se aqui a esboçar uma estrutura geral dos programas de *compliance*, os quais em regra não possuem um arcabouço predefinido.¹⁹

Neste sentido, pode-se considerar como passo inicial a elaboração de um regramento ético²⁰, também chamado de código de conduta, cuja finalidade precípua é elencar os princípios gerais que orientam a empresa em função do mercado, além de estabelecer os deveres e obrigações de todos aqueles que compõem a empresa. Frise-se aqui

¹⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁷ SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tradução Manuel A. Abanto Vásquez. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTIN, Adan Nieto (Org). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

¹⁸ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; CASTRO, Rafael Guedes de. **Criminal compliance**: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a19599d637c08bdc>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

¹⁹ BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. **Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/08.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

²⁰ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010.

que o pilar básico de todo este código de conduta é a adoção de uma postura positiva preventiva pelas empresas.²¹

Ainda no bojo deste Código ético, deverá ser criada a função do *compliance officer*. Neste ponto, as empresas poderão optar pela criação de um único *compliance officer*, cuja atribuição poderá ser dada a uma pessoa ou órgão com função de regular e supervisionar as condutas das empresas, a fim de que estas sigam o princípio fundante da instituição, ou criarão diversos *compliance officer's* para cada setor da empresa, sendo todos eles subordinados a um *compliance officer central* denominado *chief compliance officer*.

Outra estrutura importante é a que se refere ao monitoramento da atividade empresarial por parte do *compliance officer*, a qual, aliás, deverá ser efetiva sob pena de não ser considerada as benesses legais conforme será apresentado nas breves lições sobre o sistema jurídico brasileiro. Neste mesmo sentido, deverá ser formado um eficiente canal de denúncias anônimas, feitas pelos colaboradores das instituições que descubram ilegalidades, fraudes ou até mesmo meras irregularidades em seus setores.

Da mesma forma, segue o processo de formação e capacitação dos diretores, colaboradores e funcionários, a fim de arraigar a axiologia empresarial daquela determinada instituição. Por fim, por se tratar de um sistema normativo, não poderia faltar o preceito secundário, qual seja a sanção. A mera constatação de uma fraude ou ilegalidade empresarial não é atitude suficiente para se manter a saúde financeira das empresas, portanto, ao se falar em gestão de riscos, tem-se que a criação de planos de ações reacionárias às atividades danosas é elemento de suprema importância²².

Por este motivo, é que diversos autores retratam a necessidade de se conceder autonomia específica ao *compliance officer*, não o devendo confundir com o departamento jurídico das empresas, uma vez que não raro existirão divergências entre ambos.²³ Assim sendo, importante frisar que o setor de *compliance* deve se posicionar ao lado dos diretores empresariais, diferente do que ocorre com o setor jurídico, pois perante aquele, a mesa diretora deverá seguir os regramentos principiológicos estabelecidos no código interno empresarial.

²¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de *compliance*. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, a. 19, n. 226, p. 13, set. 2011.

²² DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

BREVES NOTÍCIAS SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As atividades empresariais que englobam os setores ambientais, financeiros, tributários dentre outros, possuem um elevado risco normativo penal²⁴, motivo pelo qual o poder legislativo brasileiro vem cada vez mais se preocupando com elaboração de leis que contemplem esta nova política protecionista, baseada na auto regulação regulada.

A este respeito, Bacigalupo já em 2001 dizia que toda esta nova técnica desenrolada na Europa deveria dentro em breve ser implantada nos países latino americanos por força da globalização do mercado mundial.

Es de suponer que esta nueva perspectiva, que comienza a ser desarrollada em Europa y que no puede ser considerada como definitivamente acabada, será también necesaria en los países latinoamericanos, cuyos sistemas jurídicos se inspiran en La cultura jurídica europea, y en los que también operan empresas europeas. Por lo pronto, La citada Ley chilena sobre La responsabilidad de las personas jurídicas regula extensamente los aspectos referentes a la prevención de infracciones de relevancia penal o administrativa.²⁵

A guisa de exemplificar pode-se observar o conteúdo descrito na nova lei de Lavagem de Capitais (lei nº 12.683/12 – 9613/98)²⁶, na qual traz nos meandros dos seus artigos uma série de deveres de cumprimento para pessoas físicas e jurídicas. Outrossim, a atual lei anticorrupção (lei 12.846/13)²⁷ que traz inúmeras sanções para as pessoas jurídicas, além de estabelecer a necessidade de controles internos.

Imperioso ainda esclarecer, que o poder público possui três formas de imposição de programas de prevenção criminal: fixando regramentos de conduta interna para empresas de diferentes setores, determinando a cooperação compulsória com os órgãos competentes para persecução penal ou tornando vinculantes os códigos de conduta das empresas.²⁸ No entanto, prudente relembrar que estas formas de políticas criminais preventivas delegadas às empresas, jamais poderão ferir aspectos constitucionais como o

²⁴ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

²⁵ *Ibidem*, p.32.

²⁶ BRASIL. Lei 9613, de 3 de março de 1998. Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁷ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei anticorrupção. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

²⁸ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; CASTRO, Rafael Guedes de. **Criminal compliance: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a19599d637c08bdc>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

devido processo legal, o direito a não auto incriminação²⁹, o livre exercício econômico, a função privativa de polícia e outros.

Outro aspecto fundamental a se trazer a baila, é a questão da responsabilidade jurídica penal das pessoas jurídicas. Mister se faz afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro não possui a figura ampla da responsabilidade penal da pessoa jurídica, se restringindo apenas para os delitos ambientais, em que pese já existir um projeto de ampliação destas responsabilizações penais (projeto 236/12).

LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS

No ano de 2012 a lei 9613/98³⁰ conhecida com lei de lavagem de capitais sofreu uma alteração pela lei 12.683/12³¹ a qual estabeleceu deveres de *compliance* destinados a específicas instituições, as quais possuem características especiais, conforme estabelece os artigos 9 a 13 da referida lei.

Nesta esteira, inicia-se o artigo 9º daquela lei com a determinação indireta dos destinatários das obrigações estabelecidas nos artigos que o seguem. Esta determinação é feita através de um rol de atividades que em regra se referem à administração de recursos ou que tratam de vultosas quantias de valores.

Por sua vez, os artigos 10, 10-A e 11 estabeleceram os deveres de atenção e cooperação sob pena de responsabilização administrativa, sem prejuízo de uma eventual responsabilização criminal. Desta forma, os artigos 10 e 10-A trouxeram o dever de identificação e catalogação da clientela, além da necessidade de manutenção e atualização dos registros. Ou seja, as instituições englobadas pelo artigo 9º deverão: I) identificar seus clientes e manter um cadastro atualizado de acordo com as instruções das autoridades competentes. II) manter o registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas. III) adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com

²⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere:** cultura do controle e política criminal atuarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>> . Acesso em: 21 nov. 2014.

³⁰ BRASIL. Lei 9613, de 3 de março de 1998. Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

³¹ BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei de Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 10 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

o porte e volume de operações, que permita atender às exigências do artigo 11. IV) cadastrar e manter este cadastro atualizado perante o órgão regulador ou fiscalizador, e na ausência destes, perante o COAF. V) atender às requisições do COAF na forma definida por aquele órgão, cabendo a ele apenas a preservação do sigilo das informações prestadas.³²

Já o artigo 11 traz as exigências de comunicação compulsória de movimentações financeiras ao COAF. Assim o sendo, I) dispensarão especial atenção às operações que, de acordo com as instruções emanadas pelas autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios de crimes previstos na lei em comento, ou com ela tiver relação. II) deverão comunicar COAF, abstando-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, até mesmo àquela a qual se refira a informação, no prazo de vinte e quatro horas, a proposta ou realização. III) deverão ainda comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade, ou, inexistindo, ao COAF, na forma e condições por eles estabelecidas, a inocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas de acordo a redação do item II.³³

Sobre estas exigências aqui descritas Rios nos traz uma valiosa reflexão a despeito:³⁴

Seguinte aspecto, talvez de maior relevância nessa problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu se ampliada quando se ela estabeleceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir lavagem de dinheiro. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar a busca de um ‘equilibrado compromisso’ depende de não assumir posturas extremadas de colaboração das particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional.

Conforme visto até aqui, a lei pende de regulamentação através da emissão de normas e diretrizes por órgãos fiscalizadores e reguladores tais como BACEN, CV, e outros.³⁵

Ademais, conforme já dito anteriormente, uma questão importante é entender a amplitude do preceito secundário das normas legais aqui ditadas. Isto é, quais são as consequências legais para o descumprimento de um dos citados deveres de *compliance*. O

³² BRASIL. Lei 9613, de 3 de março de 1998. Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 7 jan. 2015.

³³ *Ibidem*.

³⁴ RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico: Advocacia e Lavagem de Dinheiro: Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal**. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010. p.53

³⁵ LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

artigo 12 inicia o capítulo Da Responsabilidade Administrativa determinando que às pessoas que se adequem ao artigo 9º e que deixarem de cumprir as obrigações estampadas nos artigos 10 e 11, serão aplicadas cumulativamente ou não, as sanções de advertência, multa pecuniária variável, inabilitação temporária pelo prazo de até dez anos para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

De outro lado, examinando a lei de lavagem em sua completude, ficará evidente a inexistência de sanções de caráter eminentemente penal para o descumprimento de uma daquelas obrigações de *compliance*. Exatamente por isso, alguns autores como Daniel Barbosa³⁶ e Saavedra³⁷, entendem que a responsabilização penal em função do descumprimento das regras de *compliance* poderiam se dar através da aplicação da lei dos crimes contra o sistema financeiro, obviamente através de aplicação casuística.

Neste sentido, há quem entenda que o descumprimento de algumas regras de *compliance* possam se subsumir a tipos legais constantes da lei 7.492/86³⁸, a exemplo da gestão fraudulenta de instituição financeira, operação de instituição financeira sem a devida autorização ou obtida mediante fraude entre outros.

Diante de tudo quanto foi narrado até aqui, quatro pontos polêmicos podem causar dúvidas aos leitores. O primeiro deles refere-se à função de garante do *compliance officer*. Este tema possui profundas raízes nos dogmáticos parâmetros da legislação brasileira, e por isso demandaria um maior detrimento para uma análise do tema, razão pela qual não se pretende tornar este trabalho palco para discussão. No mesmo sentido, temos a questão da criação dos “testas de ferro” legalizados, isto é, sendo o *chief compliance officer* o responsável geral para se evitar atividades ilícitas, estaríamos diante de uma forma de blindagem dos verdadeiros responsáveis pelas atividades criminosas? Em virtude da complexidade dos questionamentos, e não devendo ceder a análises primárias, é que deixaremos tal indagação para os próximos trabalhos.

³⁶ BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de *compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). **Curso modular de Direito Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010. p. 491-509

³⁷ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.13, n.75, p. 22-30, ago./set. 2012.

³⁸ BRASIL. Lei 7492, de 16 de junho de 1986. Crimes contra o sistema financeiro. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 de junho de 1986. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm>. Acesso em: 7 jan. 2015.

Outra questão importante trata-se da realidade econômica empresarial brasileira para a adoção destes sistemas de *compliance*. Sobre este ponto, será tratado em parágrafos vindouros, trazendo a relação custo benefício de implementação destes programas.

Por fim, temos ainda que salientar a questão da administrativização do direito penal, aliado à roupagem administrativa sancionadora para leis penais. Este é sem dúvida um dos pontos mais controvertido e ainda pouco abordado pela doutrina. Desta forma, será feita no próximo capítulo uma básica explanação a este respeito.

LEI ANTICORRUPÇÃO

Tendo como fundamento constitucional, a lei anticorrupção se baseou em um extenso rol de dispositivos que visam assegurar a moralidade administrativa a qual congrega conceitos de legitimidade política, probidade administrativa e finalidade pública.³⁹

Sob esta perspectiva, e no intuito de melhorar os mecanismos de controle dos atos que atinjam a moralidade administrativa, ou seja atos corruptivos, é que a novel lei tem como alvo os agentes privados que financiam tais práticas.⁴⁰

Em outros termos pode-se dizer que a constitucionalidade do diploma legal em exame reside exatamente na repressão de condutas praticadas por agentes privados que fomentam práticas de imoralidade por servidores do Estado, estabelecendo assim sanções e instrumentos administrativos e civis para sua persecução.⁴¹

Partindo-se para uma análise pormenorizada dos artigos constantes desta lei anticorrupção, o artigo 2º estabelece de prontidão uma responsabilidade objetiva tanto nas searas administrativa e civil, para as pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos indicados pela própria lei, sejam eles para o seu benefício e interesse ou não. Enfim, para fins de responsabilização, basta-se que se comprovem o ato de corrupção e o nexo de causalidade que ligue a uma conduta de qualquer representante das pessoas jurídicas, independentemente da comprovação de dolo ou culpa.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Veras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Forum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, n. 156, fev. 2014.

⁴⁰ É exatamente o que se denomina eficácia exógena do princípio da moralidade conforme se observa em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 85.

⁴¹ MOREIRA NETO; FREITAS, *Op.cit*, 2014.

Veda-se de uma vez a celebre alegação da ausência de *culpa in vigilando*, trazendo a necessidade definitiva de evitar o ato corruptivo. No entanto, importante frisar que esta não é uma novidade no arcabouço jurídico brasileiro, pois conforme se observa da legislação ambiental, há ali a previsão da responsabilidade objetiva.

Por outro lado, o artigo 3º prevê a responsabilização dos dirigentes, administradores ou qualquer outra pessoa que tenha concorrido para o ato ilícito de acordo com a sua culpabilidade, isto é, se agirem com dolo ou culpa grave.

Já o artigo 4º estabelece a permanência da responsabilidade da pessoa jurídica em hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Ademais, determina uma responsabilidade solidária para as entidades coligadas e consorciadas.

O capítulo II que é inaugurado pelo artigo 5º, giza os atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira, sendo estes considerados aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Neste sentido, o inciso primeiro à semelhança do artigo 333 do código penal, nos traz a ideia da corrupção ativa. Já o artigo segundo se refere ao financiamento em modo genérico de qualquer ato ilícito previsto na lei. Por seu turno, o inciso terceiro se refere à ocultação ou dissimulação dos reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados através de pessoas jurídicas e físicas interpostas. Em relação ao inciso quarto, temos um rol de alíneas que retratam condutas cuja finalidade é violar o princípio da competitividade das licitações. Por fim, o inciso quinto põe em pauta o fadado princípio da verdade real⁴², ao afirmar que dificultar a atividade investigatória ou fiscalizatória, reputar-se-á um ato lesivo.

De acordo com o artigo 6º, ficam previstas as sanções administrativas pela prática de atos de corrupção. Neste aspecto, se faz necessária uma análise perfunctória a respeito da diferença existente entre direito penal e direito administrativo sancionador, a fim de se discutir os limites quantitativos ou qualitativos que delimitam aquela fronteira.⁴³

Deste modo, o início desta discussão encontra-se na distinção entre injusto administrativo e injusto penal. Para alguns doutrinadores esta diferença é ontológica, ou seja, o direito penal tutela bens subjetivos ou bens jurídicos individualizados enquanto que

⁴² A este respeito vide REIS, Guilherme Afonso de Oliveira da Rocha. **A Verdade e os Sistemas informadores do Processo Penal:** tudo sob o enfoque constitucional. Disponível em: <<http://guilhermereis.jur.adv.br/publicacoes>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

⁴³ A este respeito importante ver as lições de GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João. A corrupção e o direito administrativo sancionador. *In*: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro Homenagem a Miguel Reale Jr.** Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

o direito administrativo não protege bens jurídicos já existentes, mas sim a desobediência de ordens emitidas pela administração pública.⁴⁴

Para outros, a diferença reside na competência dos órgãos para aplicação das sanções, além de uma dosimetria quantitativa do ato sancionatório.⁴⁵ Certo é que ambas as sanções integram o *ius puniendi* estatal, no entanto, como bem expõe Bacigalupo, nem mesmo a doutrina e jurisprudência conseguem delimitar a diferença entre os injustos, e portanto, ambos os injustos devem ser julgados sob a égide das mesmas garantias para aplicação da sanção, ou seja, o direito administrativo sancionador deve valer-se dos princípios e garantias penais.⁴⁶

La finalidad de ambas sanciones, administrativa y penal, es la misma: castigar la conducta de un sujeto que ha infringido el ordenamiento jurídico. En este sentido, a partir de la Ley de Contravenciones al Orden alemana (Gesetz uber Ordnungswidrigkeiten – OWiG) se ha elaborado una clara definición del concepto de infracción administrativa: las infracciones administrativas son delitos que el legislador pretende sancionar fuera del ámbito del Derecho penal y cuyas sanciones son impuestas, en primer término, por la Administración. (...). Según la idea tradicional las infracciones administrativas son contravenciones de bagatelas que se encuentran tipificadas en un tipo legal. Esta descripción se refiere a que el Derecho de las infracciones administrativas se encuentra junto al Derecho penal. (...). En este sentido, también resulta relevante respecto de la indiferenciación ontológica entre los injustos administrativos y los penales la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH de 21 de febrero de 1984 (el caso Oztürk), en que el Tribunal afirma expresamente que el ‘Convenio de Roma no impide a los EEMM establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas pro el derecho interno’. La sentencia hace también especial hincapié en la cuestión esencial que rodea este tema, es decir, la necesidad de que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías mínimas de su régimen jurídico. Se puede afirmar, pues, que tanto la doctrina (penal y administrativista) como la jurisprudencia no logran establecer criterios de diferenciación entre ambos tipos de injustos. Por lo tanto, lo importante es exigir la necesidad de que ambos tipos de infracciones se juzguen teniendo las mismas garantías para la aplicación de la sanción.⁴⁷

Voltando à questão das sanções elencadas na lei anticorrupção, embora formalmente intituladas de administrativas, possuem substância penal ou quase penal, pois analisando o ordenamento jurídico criminal, percebe-se que quase todos os atos ilícitos lá

⁴⁴ Tese defendida por Goldschmidt citada na obra de HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro Homenagem a Miguel Reale Jr.** Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

⁴⁶ ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n.60, p.147-207, 2012.

⁴⁷ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998. p. 236-239.

elencados possuem correspondência na seara criminal ainda que com pequenas distinções, a exemplo do já citado delito de corrupção ativa.

No que se refere às sanções, a extensão e gravidade podem ser equiparadas às penais. A este respeito, podem-se comparar as sanções penais aplicáveis às pessoas jurídicas violadoras da legislação ambiental, as quais são mais brandas do que aquelas estampadas na legislação anticorrupção. Enquanto na legislação ambiental a pena mais severa relata a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, ou a proibição de contratar com o poder público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações⁴⁸, a sanção mais grave contra atos de corrupção engloba não só aqueles descritos na seara ambiental, mas também o perdimento de bens e a dissolução compulsória da pessoa jurídica, conhecida também como a pena de morte das pessoas coletivas.

Exercendo uma análise crítica da produção legislativa anticorruptiva, pode-se afirmar que a manobra exercida para não estipular as condutas ali descritas como crimes e tão pouco as sanções como penas, se deu em função de uma longa discussão existente a respeito da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Desta forma, como meio de driblar esta celeuma, o legislador optou por colocar vestes administrativas em normas penais.

Assim sendo, duas interpretações distintas podem ser dadas à lei 12.846/13⁴⁹ em que pese chegarem ao lugar comum: ou se julga como verdadeira norma penal, ou conforme lição já apresentada de Bacigalupo⁵⁰, interpretam-se as normas e sanções como administrativas, porém analisando-as sob a égide de todas as garantias penais. Neste sentido, por força do princípio penal *nemo tenetur se detegere*, jamais poderia haver uma sanção em razão do quanto exposto no inciso 5 do artigo 5º.⁵¹

Dando continuidade ao exame da lei em comento, temos em seu artigo 7º uma forma de dosimetria da sanção a ser aplicada. O importante para o presente trabalho encontra-se exatamente no inciso VIII, que nos traz a ideia da existência de programas de *compliance*, como forma de atenuação das sanções a serem impostas. Frise

⁴⁸ Artigo 22 da lei 9605/98. BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 7 jan. 2015.

⁴⁹ BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei anticorrupção. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁵⁰ BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

⁵¹ “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”.

aqui, que esta norma possui eficácia restrita à regulamentação que deverá ser editada pelo poder executivo federal, no entanto, trata-se de norma de eficácia contida e de um ato administrativo vinculado, portanto, ainda que não haja regulamentação, deverá ser aplicada.

Por fim o artigo 16 trata sobre os acordos de leniência, no qual a administração pública com fundamento no princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo com o objetivo de substituir uma conduta primariamente exigível por outra secundariamente negociável.⁵² É exatamente através da via negociável que se almeja tutelar de forma mais eficiente o interesse público primário que esta a seu cargo. O parágrafo primeiro traz os três requisitos para concessão do acordo de leniência, sendo o primeiro a manifestação inicial da pessoa jurídica, cessação imediata da participação no ato ilícito, e por fim, a assunção da participação e a cooperação plena e permanente com as investigações. Em relação a este último requisito, não há dúvida que se encontra maculado pela pecha da inconstitucionalidade.⁵³

UMA RELAÇÃO CUSTO X BENEFÍCIOS PARA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Conforme já expusemos até aqui, a responsabilização criminal das pessoas coletivas⁵⁴ é matéria bastante contestada pela doutrina e jurisprudência nacional em virtude das delimitações constitucionais, que somente autorizam no âmbito da legislação ambiental. No entanto, é através do direito administrativo sancionador e civil que se materializam as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas. Ademais, importante lembrar que apesar do direito penal não poder alcançar as pessoas jurídicas em sua totalidade, é plenamente viável a responsabilização penal dos diretores, sócios e empregados.

Neste sentido, será sempre cabível a responsabilidade criminal das pessoas físicas responsáveis pelas decisões empresariais, contanto que respeitem a pessoalidade e a subjetividade das imputações.

Ainda a este respeito, a doutrina espanhola adotou uma terceira forma de responsabilização, a qual transita entre a responsabilidade criminal e a civil, e que ficou

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Veras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Forum Administrativo**. Belo Horizonte: editora Fórum, n. 156, fev. 2014.

⁵³ A este respeito, vide *Ibidem*, p.19.

⁵⁴ Termo mais utilizado pela doutrina portuguesa para indicar pessoas jurídicas.

denominada como direito de intervenção. De acordo com Pérez⁵⁵, trata-se de um direito sancionador que se posiciona a meio caminho entre o direito público e o privado, tendo como características principais uma dosimetria sancionatória inferior ao direito penal, ao passo que também se reduz as garantias que envolvem o procedimento.

Alguns autores⁵⁶ entendem que a já citada lei anticorrupção seria uma forma de direito de intervenção, posição esta que não comungamos em virtude de se tratar de verdadeira norma penal.

Voltando ao objeto do tópico proposto, independente da natureza jurídica das normas estampadas na legislação anticorrupção e na de branqueamento de capitais,⁵⁷ o certo é que as sanções ali previstas acarretam diversos efeitos negativos e vultosos custos para as empresas. Analisando sob o viés criminal, tema proposto pelo presente trabalho, percebe-se que além dos prejuízos diretamente advindos da aplicação da pena (multa, restrição de direito, reparação de danos etc.), o processo criminal causa um estigma à imagem das empresas quase que irreparável.

A mera investigação criminal de empresas, diretores e funcionários já é suficiente para causar verdadeiro abalo econômico em seu mercado financeiro. Uma vez processado e condenado, pode-se afirmar que estes prejuízos se exponencializam principalmente pelo potencial negativo conferido pela velocidade das transmissões de informações pela mídia e rede social.

A exemplo do quanto dito aqui, podemos lembrar do caso da Escola Base de São Paulo na qual mesmo após comprovado a inocência dos sócios, a pena de morte da pessoa jurídica já havia sido decretada.⁵⁸ Trazendo o tema à atualidade, pode-se referir à crise das construtoras brasileiras que após investigação da Polícia Federal a respeito de diversas fraudes, tiveram seu potencial econômico extremamente reduzido face a um total descrédito de seus consumidores, além das restrições legais para novas contratações.

Enfim, o que se observa dos fatos nacionais e internacionais, é que as pessoas físicas ou jurídicas que submetidas a um procedimento ou investigação criminal, tem

⁵⁵ PÉREZ, Carlos Martínez-Bujan. **Derecho Penal Económico y de la Empresa**. Parte General. 3 ed., Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

⁵⁶ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; CASTRO, Rafael Guedes de. **Criminal compliance**: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a19599d637c08bdc>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

⁵⁷ Termo utilizado pela doutrina portuguesa para se referir à lavagem de dinheiro.

⁵⁸ A guiza de exemplificar, lembremo-nos do ocorrido na Escola de Educação Infantil Base no bairro da Aclimação em São Paulo. Somente após a intervenção do Ministério Público e a modificação do delegado encarregado, é que se identificou o real culpado. Entretanto, a vida dos investigados já havia acabado face a ostensiva publicação midiática.

suas imagens expostas em uma rede mundial de informações, o que certamente desperta preconceitos e prejulgamentos por aqueles que desconhecem a realidade fática dos autos. Aliada a esta “queima de imagem”, temos ainda a aplicação de medidas cautelares penais que muitas das vezes acaba inviabilizando o exercício da atividade empresarial. Neste sentido, temos as limitações de direitos, como por exemplo a impossibilidade de contratação com o poder público, bloqueio de valores, sequestro de bens entre outros.

Demonstrado estes prejuízos que são advindos dos procedimentos criminais, importante agora fazer a ponte com o objeto deste trabalho: *criminal compliance*. Frente a todos os gastos e recessões que podem ocorrer em virtude da responsabilização criminal decorrente da atividade empresarial, é que surgem as políticas de prevenção e gestão de riscos penais, denominada *criminal compliance*, cujo desiderato maior é evitar que as empresas possam ser vítimas de ações delituosas, assim como sujeitos⁵⁹ de práticas delitivas.

O *compliance* preserva a responsabilidade civil e criminal não só das empresas, mas também dos proprietários, conselheiros e executivos, ao passo que se reduz e previne erros de administração que estão diretamente atrelados aos riscos da reputação empresarial, e de todos aqueles que fazem parte da vida da organização ou com ela se relacionam.⁶⁰

No entanto, a grande questão é saber dosar os custos efetivos para a criação de sistemas ou programas de *compliance*. Desta forma, há que se manter um raciocínio que envolva não somente os custos de implantação dos programas de prevenção, assim como os prejuízos que podem ser evitados a médio e longo prazo. Ou seja, a análise a respeito do cumprimento de normas penais deve ultrapassar a seara jurídica e atingir a esfera empresarial de planejamento econômico, razão pela qual se passa aqui a tratar dos custos de implementação.

Conforme já referido na introdução deste trabalho, para um efetivo exame do tema proposto, necessário se faz uma análise interdisciplinar que envolva não só o ramo jurídico, mas também os postulados econômicos. Neste sentido, Gico Jr ensina que a Análise Econômica do Direito tem como objetivo primário o emprego das variadas ferramentas econômicas e das ciências afins, no intuito de expandir a compreensão do direito,

⁵⁹ Trata-se aqui de sujeito como termo genérico, sem importar a assunção da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

⁶⁰ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de Compliance. São Paulo: Atlas, 2010.

aperfeiçoando assim o desenvolvimento, a avaliação e aplicação das normas jurídicas e suas consequências.⁶¹

É exatamente sobre este espectro que se poderá verificar uma abstrata ou hipotética relação existente entre os custos de implantação e os impactos que podem ocorrer em virtude de demandas judiciais.⁶²

A primeira questão a se ater quando o assunto é custo do programa de *compliance*, é saber medir a complexidade do ambiente regulatório, ou seja, é dimensionar as áreas jurídicas em que a empresa transita, pontuando os riscos existentes entre a atividade empresarial e as normas reguladoras. Feito isto, tem-se a noção inicial da complexidade que estará em torno do programa de *compliance*.

A segunda etapa desta gestão de custos está no exame da amplitude física e pessoal das empresas. Isto significa que os custos variam proporcionalmente em razão da quantidade de funcionários e espaços físicos da empresa.

Feita está análise inicial, parte-se para os custos efetivos com a elaboração do código de conduta, sistemas de monitoramento / estrutura tecnológica, cursos de educação corporativa e mão de obra.

Atualmente, tem-se verificado uma dificuldade em aquilatar os reais custos de implementação e manutenção dos programas de *compliance*, em virtude de não serem considerados como um verdadeiro setor. Por esta razão, seus custos acabam sendo englobados por outras áreas da empresa. Coimbra e Manzi relatam a necessidade de uma gestão de base orçamentaria de *compliance*, ou seja, é a gestão dos custos de *compliance* que envolve governança, manutenção e não conformidade.⁶³

Passando para o outro lado da moeda, os benefícios que estes programas de prevenção podem gerar são simplesmente imensuráveis. Se elaborados de forma efetiva, e não apenas para preencher os casos de obrigatoriedade legal, os programas de *compliance* são aptos a barrar o cometimento de crimes no âmbito da corporação, assim como evitar que crimes sejam cometidos em desfavor das empresas.

Outra vantagem existente reside no aspecto publicitário da empresa. Atualmente vive-se em uma verdadeira opacidade das instituições empresariais, na qual os consumidores desconhecem a verdadeira índole principiológica daquelas pessoas jurídicas.

⁶¹ GICO JR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁶² A este respeito vide DEBBIO, Alessandra Del; MEDA; Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique. **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

⁶³ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

Desta forma, os programas de *compliance* têm sido utilizados como uma grande ferramenta de marketing empresarial, tornando-se em alguns setores a *core idea*⁶⁴ publicitária.

Ou seja, atrelar sua marca empresarial a uma ideia de correspondência normativa em um mundo altamente regulada por normas, é sem dúvida um traço forte dos benefícios destes programas.

Conforme estudo desenvolvido pela PricewaterhouseCoopers⁶⁵, que analisou países da Europa e Oriente Médio, Ásia, Oceania e América do norte, 78% daqueles entrevistados afirmaram que o *compliance* agrega valor para as empresas, enquanto que apenas 22% limitaram a resposta pela dificuldade de mensuração.

Outro importante benefício se traduz na redução dos custos secundários e não previstos, isto é, aqueles relacionados a advogados, perícias técnicas e outros. No que se refere às defesas criminais elaboradas por advogados sabe-se que os valores cobrados para o tipo de atuação são bastante elevados. Por outro lado, se contratados para prevenção tem-se um gasto infinitamente menor com honorários.

Neste sentido, Arnold Schilder aponta que em estudos referente ao valor comercial do *compliance*, cada um dólar gasto com implantação e manutenção do setor de *compliance* significa a economia de cinco dólares com custos referente a processos legais, danos à reputação e perda de produtividade.⁶⁶ Nesta esteira, outro estudo desenvolvido⁶⁷ pela *Aspen Institute* e pela consultoria *Booz Allen Hamilton* demonstrou a superioridade dos benefícios financeiros para empresas que detinham fortes valores corporativos.⁶⁸

CONCLUSÃO

Conforme se pode inferir da leitura do presente trabalho, a história demonstra uma verdadeira alternância no que tange à política econômica mundial, entre regulação e livre comércio. Atualmente, no entanto, percebe-se a criação de um novo modelo cuja aparência difere dos demais criados até o momento. Trata-se de uma forma de auto

⁶⁴ Termo utilizado para indicar, no ramo publicitário, a ideia principal.

⁶⁵ PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Compliance em Instituições Financeiras**. São Paulo: PricewaterhouseCoopers, 2006.

⁶⁶ SCHILDER, 2006 apud COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5.

⁶⁷ BIEGELMAN, 2008 apud COIMBRA; MANZI, 2010, p. 5.

⁶⁸ Para maiores informações a respeito vide The Journal Of Compliance, Risk & Opportunity. **Ethics is more than compliance**. Puna: Finsight Media, Sept. 2008. Disponível em: <<http://ethicsline.com/pdf/interview-ethics-is-more-than-compliance.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

regulação, na qual as próprias empresas passam a ter controle de uma fiscalização interna, através de um regramento próprio, que por sua vez segue diretrizes estipuladas pelo governo.

Após as inúmeras legislações alienígenas que tratam sobre o tema, chegou o momento de o ordenamento jurídico pátrio se adequar ao novo segmento da co-regulação ou auto-regulamentação regulada. Nesta esteira, conforme já discorrido, foram editadas as leis de lavagem de capitais e anticorrupção, que determinaram os primeiros deveres de *compliance*.

Em virtude dessa nova orientação legislativa, o presente trabalho tentou demonstrar uma abstrata razão entre os custos e os benefícios para criação dos programas de *compliance*, e para maior compreensão tratou de forma genérica das estruturas que os integram.

Desta forma, pontuou-se os diversos malefícios causados às pessoas jurídicas em virtude da aplicação de sanções, principalmente as de índole criminal, citando ainda exemplos da realidade hodierna. Neste sentido, pôde-se concluir que as medidas preventivas sempre são mais benéficas do que as remédiam o já ocorrido, e, portanto, em que pese ainda serem algo muito novo no Brasil, já se percebe através hipóteses estrangeiras que os programas de *compliance* são aptos a evitar o caos empresarial causado pelo cometimento de crimes, assim como a desordem econômica causada.

REFERENCIAS

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; CASTRO, Rafael Guedes de. **Criminal compliance**: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a19599d637c08bdc>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

BACIGALUPO, Silvina. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Barcelona: Bosch, 1998.

BACKHOUSE, Roger E. **História da economia mundial**. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Ferramentas velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de obrigações de *compliance*. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). **Curso modular de Direito Penal**. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010. p. 491-509.

BERTONI, Felipe Faoro; CARVALHO, Diogo. **Criminal Compliance e Lavagem de Dinheiro**. Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/08.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei de Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 10 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

BRASIL. Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei anticorrupção. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

BRASIL. Lei 7492, de 16 de junho de 1986. Crimes contra o sistema financeiro. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 de junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17492.htm>. Acesso em: 7 jan. 2015.

BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998. Sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 7 jan. 2015.

BRASIL. Lei 9613, de 3 de março de 1998. Lavagem de capitais. **Diário Oficial República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 4 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 21 nov. 2014.

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

Comply. In: Dicionário de inglês Michaelis online. São Paulo: Melhoramentos, 2009. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=comply>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

DEBBIO, Alessandra Del; MEDA; Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique. **Temas de Anticorrupção e Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GICO JR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do nemo tenetur se detegere: cultura do controle e política criminal atuarial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João. A corrupção e o direito administrativo sancionador. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro Homenagem a Miguel Reale Jr**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

HUNGRIA, Nelson. **Ilícito administrativo e ilícito penal**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8302/7076>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: CARLI, Carla Veríssimo de; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MELLO FILHO, Marcelo Soares Bandeira de. **A economia política do governo Regan: Estado neoliberal, tributação e gasto público federal nos Estados Unidos da América entre 1981 e 1988**. 2010. Dissertação. (Mestrado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Veras de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: Reflexões e interpretações prospectivas. **Revista Fórum Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, n.156, fev. 2014.

PÉREZ, Carlos Martínez-Bujan. **Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte General**. 3 ed., Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.

PRICEWATERHOUSECOOPERS. **Compliance em Instituições Financeiras**. São Paulo: PricewaterhouseCoopers, 2006.

REIS, Guilherme Afonso de Oliveira da Rocha. **A Verdade e os Sistemas informadores do Processo Penal**: tudo sob o enfoque constitucional. Disponível em: <<http://guilhermereis.jur.adv.br/publicacoes/>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

RIOS, Rodrigo Sanches. **Direito Penal Econômico**: Advocacia e Lavagem de Dinheiro - Questões de Dogmática Jurídico-Penal e de Política Criminal. São Paulo: Saraiva-GV law, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. *Compliance* na nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v.13, n.75, p. 22-30, ago./set. 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal *compliance*. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, n. 218, p. 11-12, jan. 2011.

SIEBER, Ulrich. Programa de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. Tradução Manuel A. Abanto Vásquez. *In*: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTIN, Adan Nieto (Org). **El Derecho Penal Económico en la era Compliance**. Valencia: Tirant lo Banch, 2013.

The Journal Of Compliance, Risk & Opportunity. **Ethics is more than compliance**. Puna: Finsight Media, 2008. Disponível em: <<http://ethicsline.com/pdf/interview-ethics-is-more-than-compliance.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

ZINI, Júlio César Faria. Apontamentos sobre o direito penal econômico e suas especificidades. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n.60, p.147-207, 2012.