

Por Carla Rahal Benedetti (*)

Prestes a terminar 2014, relembro aqui alguns fatos ocorridos que tiveram o instituto do *compliance* como centro dos debates jurídicos no Brasil.

Para relembrar: a *Securities and Exchange Comission* (SEC), agência reguladora do mercado de capitais dos Estados Unidos, promoveu investigações em várias empresas americanas na década de 1970, questionando pagamentos feitos a funcionários públicos, políticos ou partidos políticos estrangeiros.

Após alguns escândalos, como o caso da *Enron* e *Worldcom*, houve um aumento considerável de investigações, surgindo a *Lei Sarbanes-Oxley* (SOX) e *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que culminou na necessidade de as empresas americanas implantarem programas de compliance para prevenir a corrupção.

Na década de 1990, quando o Brasil passou a ter destaque no campo internacional, deu-se a exigência de uma política de transparência, que partiu, principalmente, dos Estados Unidos.

Para tanto, o Brasil se tornou signatário, dentre outras convenções, da *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais*, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 1997).

Embora sempre tenham existido regras de compliance em normas de cunho administrativo em todos os setores (Banco Central, Coaf, CVM etc.), sob o aspecto legal, e na área penal, o compliance no Brasil surge com a *Lei de Lavagem de Dinheiro* (Lei 9.613/1998) — timidamente, a meu ver — sendo suas regras de compliance destinadas apenas às instituições financeiras e a elas equiparadas.

Em 2002, o Parlamento do Reino Unido, alinhando-se às mesmas exigências internacionais de combate aos crimes financeiros e econômicos, cria o *Proceeds of Crime Act 2002*, chegando, finalmente, ao chamado *UK Bribery Act 2010*, que possui jurisdição universal em relação às empresas que operam com o Reino Unido.

Entre nós, a Lei de Lavagem de Dinheiro sofreu importantes alterações pela Lei 12.683/2012, que incluiu, desta vez, verdadeiros deveres de *compliance* nos artigos 10 e 11, sem utilizar o termo compliance, ampliando o rol de pessoas físicas e jurídicas indicadas no artigo 9º, com a finalidade de identificar, disciplinar e aplicar penas administrativas às atividades ilícitas praticadas nos termos dessa lei. Optou o legislador em subsumir estes deveres apenas como mandamento normativo-legal objetivo.

Com nítida influência das convenções internacionais e objetivando alinhar-se com a OCDE, o Brasil apresenta, finalmente, uma lei específica de combate à corrupção: a Lei 12.846/2013.

Em artigo publicado no site *Migalhas*, logo após a entrada em vigor da chamada Lei Anticorrupção, ou, como prefere o ex-controlador-geral da União, Jorge Hage Sobrinho, Lei da Empresa Limpa, mencionei que ela trouxe situações que, por meio de suas antinomias, geram a temida e odiosa insegurança jurídica, o que dificulta sua aplicabilidade.

Mencionei também que pontos muito favoráveis surgiram com a Lei Anticorrupção, tal qual a exigência legal e indutiva do legislador para a adoção de uma postura ética destinada ao empresariado que opera no Brasil, pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeiro, público ou privado, e a implantação de programas de integridade e ética, os chamados *Programas de Compliance*.

Em relação às antinomias, ainda é cedo para sabermos, pois o Judiciário não teve a oportunidade de se pronunciar a respeito. Já no que toca à adoção de uma real postura ética por parte do empresariado brasileiro, urge a ação das empresas em consolidar ou instituir mecanismos próprios e efetivos para colocá-la em prática por meio do *compliance*.

Com isso, concretiza-se a exigência normativa do *compliance*, ainda que de maneira indutiva. A Lei não obriga a empresa a ter um núcleo de *compliance*, mas o sugere, para efeito de mitigação de pena, no artigo 7º, inciso VIII da referida Lei.

Contrariando aqueles que, por uma razão ou outra, não deram credibilidade ou não apoiaram o instituto do *compliance*, dentre as considerações que serão levadas para efeito de aplicação de pena no artigo 7º da Lei, o legislador o coloca em um patamar de relevante benefício.

A Lei se refere ao desenvolvimento de um trabalho robusto de *compliance*, sob pena de sofrer a empresa a aplicação de uma dura penalidade, excessiva, vale dizer, sem possíveis flexibilizações. Eis o preço a se pagar pela ausência de adesão a um programa decompliance (*risk assessments*).

Ainda que ausente de regulamento federal, como exige a própria Lei no artigo 7º, parágrafo único, entrou em vigor no dia 29 de fevereiro de 2014, e está em plena vigência, embora nem todos os estados e municípios brasileiros tenham uma regulamentação própria — o que deixa as empresas inseguras na direção de sua governança corporativa.

De fato, foi a Lei Anticorrupção que consagrou formalmente o instituto do *compliance* no Brasil, mesmo que já estivesse entre nós desde o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro, de 1998.

Sem querer entrar no mérito propriamente de atuação jurídica no campo tributário, mas tomando-o como exemplo, importante dizer que as sociedades empresariais no Brasil não somente amargam o dever de recolher os vultosos tributos a elas inerentes, mas também, e principalmente, enfrentam grande dificuldade em atender a todas as imposições do Poder Público.

Além do arsenal legislativo a ser cumprido na faceta tributária, dentre outras, não é incomum se perderem na direção de uma gestão corporativa pela ausência de informação relacionada a leis de natureza penal.

Em consequência, é comum o empresário adotar medidas e tomar decisões quase que às cegas, e, que, entretanto, não o desoneram de responsabilidade na hipótese de ser possível evitar o dano.

O que ocorre, porém, é que no campo penal, o trabalho de um *compliance officer*, sem contar com a expertise de um advogado criminalista, pode deixar uma lacuna que amplia sobremaneira o risco da incidência de atuação do Direito Penal em todos os setores de uma organização. Eis a contribuição valiosa do *criminal compliance*.

Isso implica dizer que a cultura empresarial brasileira deve deixar de atuar de maneira reativa ao Direito Penal e passar a atuar de maneira preventiva.

O trabalho de *criminal compliance* é tão importante para a sociedade empresarial quanto o planejamento tributário e as próprias regras internas de ordem estrutural do compliance.

A decisão de contratar o trabalho de um *criminal compliance* é indubitavelmente um avanço da governança corporativa que reconhece e analisa os seus riscos sob a ótica do Direito Penal contemporâneo, que vem sendo francamente utilizado no campo empresarial. A realidade não comporta um discurso de resistência.

Na verdade, por meio de suas instituições, tal qual o Ministério Público, a Polícia e a Receita Federal, o poder estatal não mede esforços para investigar, processar e punir aqueles indivíduos

que, por uma razão ou outra, acompanhando o exemplo utilizado, não honram a excessiva e desproporcional obrigação tributária. Seja pessoa física ou jurídica.

Enquanto os tributos, taxas e normas a eles pertinentes se alteram com certa frequência, a depender de que lado sopra o vento, as normas penais que visam proteger bens (jurídicos) de natureza tributária ou econômica são genéricas, ou no mínimo dependem de outra que a complemente, denominada no meio jurídico de “norma penal em branco”.

A Lei 8.137/90 determina constituir crime contra a ordem tributária o não pagamento ou o pagamento a menor de tributo ou contribuição social e qualquer acessório, sem especificar quais são eles, embora determine mediante quais condutas podem ocorrer.

O que se quer dizer, consiste no fato de que a pessoa, destinatária de normas, que não estiver em conformidade tributária, já está, segundo a lei em apreço, no campo da incidência penal, sendo cabível, em tese, a atuação do Direito Penal.

A problemática existente e que deságua no campo da experiência empresarial, por razões óbvias, é que o Estado não consegue colocar em prática uma política criminal conforme o Direito Penal, o que, além de desmoralizá-lo e transferir a responsabilidade de contribuir com a investigação de crimes à sociedade, propõe uma governança estatal persecutória randômica para manter-se no domínio do poder. O lema é: “Na dúvida, denuncie”.

Certamente, nestes casos, o objeto central do controle estatal é o recolhimento do tributo. Se recolhido antes do oferecimento da denúncia pelo representante do Ministério Público, não há crime; dependerá de que lado sopra o vento.

Portanto, o Direito Penal está a atuar no controle tributário e econômico, cuidando do recolhimento dos valores “não depositados”. Isto é um fato, contemporaneamente inquestionável.

Até mesmo por questões de culturas mercadológicas transnacionais, as sociedades ditas de médio e grande porte, vêm aderindo à contratação de um trabalho de *compliance*, que difere da auditoria e da *due diligence*, como muitos pensam. Estes são procedimentos utilizados e fazem parte dos chamados “pilares” para a realização de um trabalho adequado de *compliance*.

Também objetivando ter operações comerciais com empresas internacionais, as sociedades empresariais brasileiras ditas macro empresas, já vêm aderindo à contratação de um trabalho de *compliance* há algum tempo. Resta agora, que as empresas nacionais, pequenas, médias e grandes, ainda que não operem no mercado internacional, ajam para o enfrentamento desta questão para se adequarem à nova realidade empresarial, o que inclui as sociedades de advogados. É importante deixar claro que o valor a ser investido será sempre proporcional ao tamanho e volume de ativos da empresa. Não há um modelo único de um *Programa de Compliance*.

O *compliance* é um instituto de conformidade e integridade ética, e caberá agora ao Judiciário o seu acolhimento, atribuindo o seu real valor, porque não se pode esquecer que o Direito é um fenômeno decisório e a conformidade ou não com critérios sobre “o que” e “a quem” é devido, é o problema central do aspecto material da Justiça.

É justamente a partir de conflitos sociais que se dá o ponto de partida para as normas serem inseridas no ordenamento jurídico.

A mudança de paradigma da cultura empresarial brasileira urge, vez que atua, basicamente, como já mencionado, de maneira reativa e não preventiva, potencializando danos muitas vezes irreparáveis.

O objetivo do *criminal compliance* é prevenir tanto a prática de crimes no interior da empresa como a possível responsabilidade penal de seus dirigentes.

A decisão de contratar um trabalho de *compliance* e *criminal compliance* é indubitavelmente um avanço da governança corporativa que reconhece e analisa os riscos de navegar para qualquer lado em que o vento sopre. Ao empresário, a partir de janeiro de 2015, caberá capitanear e segurar o timão para navegar em águas tranquilas ou revoltas.

(*) Carla Rahal Benedetti é advogada criminal, presidente da Comissão de Criminal Compliance do Iasp, mestre e doutora em Direito Penal pela PUC-SP.

Fonte: [Consultor Jurídico](#), em 27.12.2014