



2021

VOLUME 4 | NÚMERO ESPECIAL 1

ISSN (ONLINE) 2184-3082

ERC: 127200

J

2

DOI: 10.29073/j2.v4iEspecial.421

Jornal Jurídico



ponteditora
A travessia para o conhecimento

Ficha técnica

Sede Social e Redação:

Startup Madeira - Campus da Penteada

9020 - 105 Funchal, Madeira

E-mail: geral@ponteditora.org

Telefone: 291 723 010

URL: ponteditora.org

URL (revista): revistas.ponteditora.org/index.php/j2

 facebook.com/ponteditora

 linkedin.com/in/ponteditora

 twitter.com/ponteditora

 instagram.com/ponteditora

Diretora/Editora-Chefe: Doutora Cristiane Souza Reis

Periodicidade: Semestral (janeiro, julho)

Propriedade: Ponte Editora, Sociedade Unipessoal, Lda.

NIPC: 514 111 054

Composição do Capital da Entidade Proprietária:

10.000€, 100% detido por Ana Leite, Doutoranda.

Gestão/gerência (não remunerada): Eduardo Leite, Ph.D.

ISSN (online): 2184-3082

ERC: 127200

EDITORIAL

É com imensa satisfação que apresentamos a toda a comunidade acadêmica a presente edição especial, que vem congrega trabalhos importantes dentro da temática do Compliance.

São trabalhos advindos do Congresso Ibero-americano de Compliance, Governança e anticorrupção - CIACGA 2020, que fora organizado pelo Instituto Ibero-americano de Compliance (IIAC).

Assim, o CIACGA 2020 surgiu com o propósito de fomentar atualizações e percepções mais recentes e urgentes nas áreas de Governança, Compliance e Anticorrupção, visando às melhores práticas da atualidade para a mitigação de riscos e prevenção de crises e teve sede na cidade do Porto, Portugal, mas ocorreu de forma remota, nos dias 18 e 19 de novembro de 2020, contando com renomados palestrantes da comunidade ibero-americana, cujas excelência e experiência em suas áreas de atuação possibilitaram a troca de conhecimentos - atividade fundamental para a atualização acadêmica e profissional.

Após uma larga submissão de resumos, os interessados puderam se aprofundar nas temáticas abordadas, e os artigos produzidos pelos participantes, após aprovados pela Comissão Científica, integram a presente edição.

As pesquisas aqui apresentadas se remetem às temáticas Anticorrupção, Compliance Ambiental, Compliance Contratual, Compliance Digital, Compliance na Saúde, Compliance em Instituições Financeiras, Compliance Trabalhista, Compliance Tributário, Criminal Compliance, Governança, Proteção de Dados e Outros Temas Pertinentes.

Desta forma, temos o trabalho de Paula Landim Nazaré, intitulado *Compliance Trabalhista: Uma Nova Força Para O Direito Do Trabalho*, apresentando como uma nova forma de atuação dentro da área laboral e também como prevenção de acidentes de trabalho e exploração indevida da mão-de-obra.

De seguida, apresentamos o trabalho *A Importância De Um Procedimento De Investigação Interna De Compliance Para O Negócio*, de autoria de Karine Aparecida de

Oliveira Dias Esler, que nos traz a importância da investigação interna dentro de uma empresa e da criação de uma cultura de integridade corporativa.

O texto de Kamila Fonchezatto Panisson, denominado *O Criminal Compliance: Uma Análise Das Condições De Possibilidade Na Realidade Jurídica E Penal-Empresarial Brasileira*, vem nos trazer a relevância da prevenção e controle de fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e desvios de conduta ética, para além de ilícitos penais praticados contra a empresa, tudo a fim de garantir condutas íntegras e responsáveis pelas organizações.

O artigo seguinte denomina-se *The Blockchain Technology And Tax Compliance: Possibilities And Potentials For Use*, de autoria de Henrique Franceschetto, que visa apresentar as potencialidades do uso da tecnologia blockchain no Compliance Tributário.

Já Fernanda U. Pereira e Laura B. Werlang apresentam a Comunicação e Treinamento como ferramentas de um programa de compliance trabalhista, que visa analisar o quinto pilar de um programa de compliance, que se trata da comunicação e treinamento.

A Efetividade Da Lei Geral De Proteção De Dados E Seus Reflexos Nos Direitos Fundamentais é o texto que se segue, que tem por objetivo explorar aspectos que dizem respeito à forma como os avanços tecnológicos afetam a eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados.

Seguimos com o texto de Marcos Pedroso Neto, intitulado *Governança Corporativa, Resgate Histórico E Relacionamento Com O Compliance*, objetivando clarificar os conceitos apresentados.

As autoras de *A Qualidade Dos Programas De Compliance Das Empresas Listadas No Novo Mercado Brasileiro* trouxeram as experiências do grupo de pesquisa, tendo por alvo apresentar a discussão acerca da (in)capacidade das medidas de compliance de impactar a organização das empresas.

O texto *A Proposição Do Compliance Na Saúde Pública Como Diretriz À Busca Da Efetivação De Recursos* traz a preocupação com a utilização dos recursos destinados à saúde pública e as condutas inapropriadas que infelizmente são, às vezes, praticadas.

O Compliance Ambiental: Uma Análise Crítica Ao Projeto Lei 5442/2019, apresenta o compliance ambiental sob o olhar do Projeto/lei em questão, abordando mudanças climáticas, desastres ecológicos e direito fundamental em relação ao meio ambiente, desenvolvimento sustentável, bem como o conceito de sustentabilidade, sendo

fundamental para a compreensão da responsabilidade social com a implementação de gestão responsável socioambiental pelas empresas e corporações.

Após, apresentamos o artigo intitulado *Como a transformação digital oriunda da Covid - 19 tem afetado o direito fundamental à privacidade no contexto da proteção dos dados pessoais?*, onde os autores dão primazia ao direito fundamental da privacidade neste contexto atual em relação à proteção dos dados pessoais.

A Adequação Dos Cartórios À LGPD A Partir Do Provimento N.º 23/2020, Do Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo, de autoria de João, Rodrigo de M. Stinghen, vem analisar o mencionado Provimento para a melhor aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados.

O artigo seguinte, intitulado *A Autorregulação Assistida Como Premissa À Simetria Do Sistema De Open Banking Com As Políticas De Compliance* examina as diretrizes de alinhamento que obtém condutas dissociativas do eixo normativo estatuído pela autoridade regulatória.

Eduardo Adolfo Ferreira traz-nos o paper sobre *A Aplicação Da Lei Anticorrupção Nos Casos De Implementação De Um Compliance De Papel* que visa verificar a aplicabilidade do artigo 7.º, VIII, da Lei n. 12846/2013, por meio da observação da eficácia e validade dos programas de Compliance anticorrupção.

A Corrupção No Poder Executivo Do Serviço Público Federal: Responsabilização Administrativa De Agentes Públicos Federais Civis pretende mapear os casos de corrupção praticados por agentes públicos civis do poder Executivo do Governo Federal brasileiro no período de 2016 a 2018, com base em punições administrativas.

A seguir, temos o artigo *A Necessidade De Regulamentação Apropriada Dos Padrões De ESG No Território Brasileiro: Uma Análise Comparativa Com A Regulamentação Europeia*, que apresenta uma análise comparativa entre a regulamentação europeia e a brasileira acerca dos padrões do *Environmental, Social and Governance* – ESG – ou Ambiental, Social e Governança.

Seguimos com o texto *O Conceito De Domínio Como Fonte De Responsabilização Criminal Do Administrador: Breves Considerações Sobre A Aplicabilidade Do Dever De Garantidor E A Teoria Do Domínio Do Fato Dentro Das Empresas* que visa estabelecer um denominador comum entre o conceito de domínio e de controle exercido pelo administrador ou dirigente dentro de uma empresa.

Governança Corporativa E Concessão De Crédito é o artigo que visa verificar o alcance e a utilidade das boas práticas de governança corporativa na atividade de concessão de crédito por instituições financeiras e suas adequações no âmbito de modelos de empreendimentos de *fintechs* de crédito.

Seguimos com o artigo intitulado *As Decisões Do Supremo Tribunal Federal Em Matéria De Ordem Tributária E A Consequente Insegurança Jurídica Instalada*, de autoria de Isabel D. N. Siciliana e de Vinícius D. de Faria, pretendendo analisar a possível ocorrência de prejuízos para a construção de uma eficaz política para fortalecimento do pacto entre a Fazenda Pública e o contribuinte, para além de influenciar no comportamento de adimplemento voluntário das obrigações fiscais.

Definindo Tecnologia Regulatória (Regtech) é o *paper* que visa explorar a complexidade da Regtech, vindo a propor uma conceituação.

De seguida, apresentamos o trabalho de Claudiery B. D. Correia e de Marcelo Benacchio, intitulado *Compliance Trabalhista: Realidade Das Novas Relações De Trabalho*, que objetiva analisar a importância do compliance trabalhista como estratégia para minimizar o passivo trabalhista da empresa.

A Importância Da Integridade Contratual No Agronegócio objetiva esclarecer questões sobre o avanço do mercado brasileiro do agronegócio, visando o cumprimento das diversas regras internacionais para a integridade da origem do produto.

Seguimos com o artigo *O Papel Organizacional Dos Programas De Compliance Na Implementação Da Proteção De Dados A Partir Da Lei Geral De Proteção De Dados*, que traça os principais aspectos legais que se inter-relacionam com os programas de compliance.

Tiago O. de Castilhos traz-nos o artigo intitulado *Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019): Entre Acertos e Tropeços* que visa analisar os avanços e retrocessos oriundos da inovação legislativa consubstanciada na Lei n.º 13.964/2019, verificando se é possível aumentar o controlo para que haja a diminuição do espectro que a corrupção pode alcançar.

Canais De Denúncia E Investigações Internas No Compliance Eleitoral E Partidário é o artigo que encerra esta edição especial e visa estabelecer parâmetros para a estruturação dos canais de denúncia e analisar como serão aplicados os pilares no âmbito eleitoral e partidário.

Desde já, agradecemos aos apoiadores do CIACGA 2020, bem como a todos aqueles que fizeram parte deste evento precursor.

Esperamos que a presente leitura seja uma oportunidade de partilha de experiências de investigação e que possa contribuir para estabelecer contatos entre profissionais e acadêmicos da área.

Boa leitura!

Organizadores

Cristiane de Souza Reis

Fabiana Guerra Machado Vecchio

Fabrizio Bon Vecchio

Revisão

Cristiane de Souza Reis

Fabrizio Bon Vecchio

Francis Rafael Beck

Francisco Rudnicki Martins de Barros

Karine Aparecida de Oliveira Dias Eslar

Leandro Vilella Cezimbra

Luiz Filipe de Andrade Neves Braghirolli

COMPLIANCE TRABALHISTA: UMA NOVA FORÇA PARA O DIREITO DO TRABALHO

*LABOR COMPLIANCE: A NEW STRENGTH FOR
LABOR LAW*

Paula Landim Nazaré

Faculdade Damásio, Brasil

paulinha.landim@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho abordará o tema referente ao Compliance Trabalhista e a força que este vem dando para o Direito do Trabalho, tendo em vista, que com ele surge uma nova opção não só de atuação na área trabalhista para os advogados, mas também, de auxílio na prevenção de acidentes de trabalho e da exploração indevida do trabalhador, algo infelizmente corriqueiro em nossa sociedade, e que pode causar sérios danos ao empregado e prejuízos ao empregador. O cumprimento do Compliance ajuda o empregador a ter certeza de que está de fato seguindo a Lei, e passando essa garantia para os consumidores que cada vez mais buscam produtos de empresas que tenham responsabilidade social, esse é exatamente o objetivo da pesquisa, demonstrar o quão vantajosa esta nova força é, e que todos saem ganhando, inclusive a sociedade, pois trabalhadores que têm seus direitos garantidos são cidadãos melhores, menos estressados, etc. O tema é de suma importância, tendo em vista ainda ser algo novo e que precisa ser expandindo para que mais pessoas o conheçam, e vivenciem também todos os seus benefícios nas esferas trabalhista e social. Por isso a necessidade de demonstrar que com a adesão a este, toda a sociedade sai ganhando e a empresa ainda mais, pois passa um grau de confiança maior para seus consumidores, e com isso, as principais conclusões que podemos tirar sobre esse assunto, é que ainda há muito que se estudar a respeito do tema, bem como, que a adesão ao Compliance Trabalhista ainda não tem a força que deveria ter, tendo em vista os benefícios que traz.

Palavras-chave: Compliance; Trabalho; Empregador.

Abstract

This paper will address the topic of Labor Compliance and the force that it has been giving to Labor Law, considering that with it comes a new option not only for lawyers to act in the labor area, but also to help in the prevention of work accidents and the undue exploitation of the worker, something unfortunately common in our society, and that can cause serious harm to the worker and damage to the employer. Compliance helps the employer to be sure that he is in fact following the law, and passing this guarantee to consumers, who increasingly seek products from companies that have social responsibility. This is exactly the goal of this research, to demonstrate how advantageous this new force is, and that everyone wins, including society, because workers who have their rights guaranteed are better citizens, less stressed, etc. The theme is of utmost importance, considering that it is still something new and that it needs to be expanded so that more people get to know it, and also experience all its benefits in the labor and social spheres. This is why it is necessary to demonstrate that by adhering to it, society as a whole gains and the company gains even more, because it passes on a greater degree of confidence to its consumers. Therefore, the main conclusions that we can draw about this subject is that there is still much to be studied on the subject, as well as that adherence to Labor Compliance does not yet have the force that it should have, considering the benefits that it brings.

Keywords: Compliance; Job; Employer.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo demonstrar a força que o *Compliance* Trabalhista dá ao Direito do Trabalho, não só no que tange a ampliação da área de atuação para os profissionais atuantes na esfera trabalhista, mas principalmente em relação à cobrança de zelo por parte do empregador em relação a sua imagem, o que reflete diretamente na proteção ao trabalhador, que passa a ter garantido, por exemplo, um ambiente adequado de trabalho, e a ser respeitado como deveria, bem como passa a existir maior respeito à legislação.

Demonstrar também que o *Compliance* Trabalhista vai muito além de melhoria na imagem da empresa perante seus consumidores, que cada vez mais buscam consumir produtos que advenham de empresas que tenham compromisso social, não só em relação à origem da matéria prima, mas também em relação ao trato para com seus funcionários, pois não se pode mais, por exemplo, admitir que ainda hoje grandes empresas se utilizem do trabalho análogo a escravo como forma de mão de obra, ainda que se escondendo por de trás de empresas terceirizadas, como muito acontece, permanecendo assim impunes e atuando normalmente.

O *Compliance* Trabalhista tem exatamente esse objetivo, além de outros é claro, demonstrar para as empresas que o trato digno para com seus funcionários é uma das principais alternativas para alavancar seu crescimento em relação aos consumidores, e com isso faz com que as determinações legais, seja da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, da Constituição Federal de 1988, ou de outras normas que se referem a proteção dos trabalhadores, sejam, de fato, atendidas por estas acarretando no bem do trabalhador.

Almeja-se demonstrar, além dos benefícios trazidos pelo *Compliance* Trabalhista, que são inúmeros, também que este pode vir a ser, se já não o é, um precioso alicerce para o Direito do Trabalho.

2. Compliance

De início vale esclarecer que *Compliance* significa estar em conformidade, ou seja, as empresas estarem em conformidade tanto com o ordenamento jurídico, quanto com valores éticos, e sociais, no que tange as suas atividades, podemos dizer que é uma forma da empresa andar corretamente dentro daquilo que a sociedade espera, em relação as suas atividades, com respeito ao meio ambiente, sociedade, direitos humanos, direitos trabalhistas, dentre outros, o que se torna de grande valia dentro da esfera trabalhista, que por anos vem sendo tão prejudicada e que atualmente vem sofrendo mais ataques. Nesse contexto a FEBRABAM ensina:

Risco de *Compliance*

É o risco de sanções legais ou regulatórias, perdas financeiras ou danos reputacionais, bem como de medidas administrativas ou criminais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais e regulamentares, normas de mercado local e internacional ou decorrentes de compromissos assumidos por meio de códigos de autorregulação, padrões técnicos ou códigos de conduta.¹

Assim, podemos caracterizar o *Compliance* como uma forma da empresa se prevenir contra eventuais atitudes que se caracterizem como sendo incompatíveis com o ordenamento jurídico, em qualquer uma de suas ações, sejam elas internas ou externas, pois pode causar prejuízos a quem está diretamente ligado a ela, como seus empregados, ou indiretamente, como quando causa danos ambientais, por exemplo, nesse contexto, a prevenção é sempre o melhor remédio, que inclusive pode vir a sair bem mais barato.

O *Compliance* de uma maneira geral visa exatamente à prevenção desses danos, seria a junção de ações preventivas no todo da empresa, para tanto sendo feito um estudo e análise de todas as atividades, setores, etc., da mesma, para que se possa evitar infrações legais e sociais por parte desta. Nesse sentido Fabrício Lima Silva e Iuri Pinheiro nos ensinam:

O *compliance* pode ser definido como princípio de governança corporativa que tem por objetivo promover a cultura organizacional de ética, transparência e eficiência de gestão, para que todas as ações dos integrantes da empresa estejam em conformidade com a legislação, controles internos e externos, valores e princípios, além das demais regulamentações do seu seguimento.

O objetivo é bastante ambicioso, não se restringindo à implantação de mecanismos de *compliance*, mas também na mudança da cultura corporativa e do clima organizacional.²

O *compliance* pode ser definido como princípio de governança corporativa que tem por objetivo promover a cultura organizacional de ética, transparência e eficiência de gestão, para que todas as ações dos integrantes da empresa estejam em conformidade com a legislação, controles internos e externos, valores e princípios, além das demais regulamentações do seu seguimento.

¹FEBRABAM - Federação Brasileira de Bancos. Guia boas práticas de compliance, São Paulo: 2018. Disponível em: www.febraban.org.br. Acesso em 10 mai. 2021. p. 7.

² SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. Compliance Trabalhista. Disponível em: <https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020. p. 9.

O objetivo é bastante ambicioso, não se restringindo à implantação de mecanismos de *compliance*, mas também na mudança da cultura corporativa e do clima organizacional.³

Podemos inclusive dizer que o *Compliance* tem um objetivo inovador, se comparado ao sistema de visão empresarial que temos tido até então, o qual nunca se importou com critérios como ética, transparência, e muito menos respeito à legislação, que são fundamentos do *Compliance*, e que há muito tempo já deveriam ser observados em nossa sociedade.

Com isso, podemos dizer que o intuito do *Compliance* é exatamente o de enaltecer a aplicabilidade correta da legislação, seja a trabalhista, a ambiental ou outra que se aplique a empresa em questão, assim como, o andar ético da empresa, trazendo uma visibilidade benéfica a mesma em relação à sociedade que passa a enxergá-la com outros olhos, pois a obediência a legislação é uma das melhores formas de se demonstrar ética e respeito ao próximo e a sociedade, uma vez que a lei determina como deve ser o trato social.

No mais, ainda sobre *Compliance*, vale mencionar que sua implantação é algo simples e fácil de fazer, que não requer muito, sendo inclusive barata se comparada aos benefícios que trará a empresa, como a possibilidade de prevenir a ocorrência de danos que podem lhe custar milhões, sobre a implantação Fabrício Lima Silva e Iuri Pinheiro ensinam:

Para implantação dos programas de *compliance*, algumas medidas podem ser adotadas, dentre as quais citamos:

- Mapeamento/Gestão de riscos;
- Implantação do código de conduta;
- Realização de treinamentos;
- Abertura de canais para apuração de desconformidades;
- Aplicação correta de medidas disciplinares.
- Auditorias;

O programa de *compliance* deve estar integrado ao sistema de gerenciamento de riscos, com o mapeamento de todas as legislações e regulações às quais a empresa esteja sujeita, contemplando ações de mitigação envolvendo riscos de fraude, corrupção e infração à lei.⁴

³ SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. *Compliance Trabalhista*. Disponível em: <https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020. p. 9.

⁴ SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. *Compliance Trabalhista*. Disponível em: <https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021. p. 11.

O programa de *compliance* deve estar integrado ao sistema de gerenciamento de riscos, com o mapeamento de todas as legislações e regulações às quais a empresa esteja sujeita, contemplando ações de mitigação envolvendo riscos de fraude, corrupção e infração à lei.⁵

Podemos ver assim, que a implantação do mesmo não é algo que exija muito em relação à parte técnica, talvez a maior dificuldade esteja na mudança da forma de pensamento das pessoas que fazem parte da empresa, uma vez que arraigado o pensamento no sentido de se obter lucro acima de tudo, inclusive da dignidade do próprio ser humano, torna-se um pouco mais difícil a inserção do *Compliance* na esfera trabalhista, mas nada que não possa ser mudado com o esforço.

Afinal, conforme as sábias disposições da FEBRABAM: “A Alta Administração deve estabelecer as diretrizes da atividade de *Compliance* na Instituição e disponibilizar os recursos necessários, além de disseminar a cultura de *Compliance* pelo exemplo”⁶. Se isso for absorvido passaremos a ter empresas mais humanizadas.

Assim, se superada a maior dificuldade em relação ao *Compliance*, que é justamente a mudança da forma de pensamento dos empresários, o restante é fácil. E no final todos saem ganhando, o trabalhador que terá seus direitos respeitados, o empregador que passa a ser visto com bons olhos pela sociedade e o próprio Direito do Trabalho que ganha um apoio.

14

3. *Compliance* trabalhista e a força dada ao direito do trabalho

O *Compliance* cumpre um papel de extrema importância em relação a matéria trabalhista, uma vez que as empresas que querem estar em conformidade legal, devem estar em conformidade com a legislação trabalhista, o que acarreta um benefício imenso ao trabalhador que passa a ter seus direitos garantidos por completo, o que até hoje não vemos acontecer, muito pelo contrário, vemos um grande número de empresas desrespeitando as leis trabalhistas, algumas de forma escancarada e outras se escondendo por de trás de artifícios sórdidos para praticar a exploração indevida do trabalhador. Para a FEBRABAM:

O Programa de *Compliance* é composto de políticas, procedimentos e planejamento de atividades que visam fortalecer as Instituições direcionando as ações para a condução dos negócios de forma adequada, em relação ao cumprimento das leis e regulamentações, questões de ética e conduta,

⁵ SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. *Compliance Trabalhista*. Disponível em:

<https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2021. p. 11.

⁶ FEBRABAM - Federação Brasileira de Bancos. *Guia boas práticas de compliance*. São Paulo: 2018. Disponível em: www.febraban.org.br. Acesso em 10 mai. 2021. p. 7.

aspectos concorrenciais e socioambientais, contratos com terceiros, normas contábeis, entre outros.⁷

Assim, a partir de agora, para se adequarem ao *Compliance*, as empresas terão de fazer valer os ditames legais, deixando de fazer coisas que infelizmente são corriqueiras quando o assunto é Direito do Trabalho, como, por exemplo, não anotar a Carteira de Trabalho do empregado, não pagar horas extras que foram efetuadas, dentre outras ilegalidades, para cumprirem com os requisitos estipulados por este na esfera trabalhista.

Terão de agir legalmente, deixando de passar por cima de direitos do trabalhador, e passar a garantir esses direitos, o que, no entanto, também lhes trará lucro, uma vez que os consumidores atualmente vêm buscando cada vez mais consumir produtos de empresas com ética e responsabilidade social, assim as empresas que não se adequarem a isto acabarão por perder espaço no mercado. Nesse sentido Fabrício Lima Silva e Iuri Pinheiro aduzem:

A postura de tentativa de precarização das relações trabalhistas é totalmente contrária aos princípios de governança corporativa e integridade.

Nesse contexto, surge a demanda pela implantação de abrangentes programas de governança corporativa e *compliance*, com o objetivo principal de influenciar o desenvolvimento da cultura de conformidade e garantia de condições equitativas de concorrência no mercado global.

Além disso, mesmo em se tratando de empresas que não estão inseridas em mercados globais, é necessária a conscientização de que o capital humano é um importante pilar das organizações e que o descumprimento da legislação trabalhista, além de poder gerar grandes passivos financeiros, pode prejudicar o clima organizacional, com altos índices de absenteísmo, interferindo na produtividade, ocasionando problemas interpessoais e prejuízos para imagem e reputação da empresa.⁸

Podemos assim, ver que a coisificação do ser humano feita até então pelas grandes, e também pelas médias e pequenas empresas, deixará de ser tão lucrativa quanto aparenta, bem como, que terá de acabar, pois vai ao sentido contrário ao que determina o Princípio da Governança Corporativa e Integridade, bem como das exigências consumeristas.

⁷ FEBRABAM - Federação Brasileira de Bancos. Guia boas práticas de compliance. São Paulo: 2018. Disponível em: www.febraban.org.br. Acesso em 10 mai. 2021. p. 8.

⁸ SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. Compliance Trabalhista. Disponível em: <https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020. p. 17.

Inclusive, algumas empresas visando isso, já vêm buscando se adequar à ética em suas relações, o que engloba atendimento adequado a legislação. Reforçando isso Christian K. de Lamboy, Giulia G.A. Pappalardo RISEGATO e Marcelo de Aguiar Coimbra ensinam:

Durante muito tempo, o princípio que orientou a conduta das empresas foi a maximização do lucro. Se cada um perseguisse o seu próprio interesse, no livre jogo dos interesses dos diversos agentes econômicos, o resultado seria maior eficiência produtiva e, com isso, uma elevação da riqueza nacional e do bem-estar geral. A função da empresa consistiria somente na elevação do bem-estar dos sócios ou acionistas e o seu único compromisso perante a sociedade seria o aumento da sua lucratividade.

Nas últimas décadas, verificou-se o esgotamento desta visão de mundo com o florescimento de uma nova cultura corporativa na qual a ética passou a ser considerada como fator relevante nas decisões empresariais e das organizações em geral. Este movimento pela ética nas organizações, iniciado já no século XII nas cidades de Hanse na Alemanha como conceito de “*ehrbarer Kaufmann*”. Sobretudo, a partir da metade dos anos 80, nos EUA, espalhou-se por todo o mundo, atingindo, mais recentemente, o Brasil.⁹

No entanto, podemos dizer que essa adequação feita por algumas empresas ao longo dos anos, tomando uma posição mais voltada para o social, seguindo parâmetros éticos, e buscando menos o lucro excessivo obtido de forma antiética, vem ocorrendo até o momento de forma lenta, lentidão essa, com a qual a sociedade atual não está mais sendo conivente, e cada vez pressiona mais para que as empresas se adéquem as legislações que lhe são pertinentes, principalmente no que tange ao respeito para com o meio ambiente.

Isso faz com que as empresas se encontrem em um momento decisivo para a aceleração da adequação as legislações que as regem, e isso não só em matéria ambiental, mas também trabalhista, pois a população também não aceita mais ações como o uso da mão de obra escrava, por exemplo, e outras formas desumanas de exploração do trabalhador, vindo inclusive, a sabotar marcas que se utilizam desses métodos desumanos de exploração. Por isso a necessidade de adequação a legislação trabalhista que tanto é infringida, e de readaptação da visão empresarial, voltando-se para a ética e as boas práticas produtivas.

Para a FEBRABAM: “Para construção de um programa efetivo, devem-se considerar as boas práticas disponíveis globalmente e adequá-las ao porte, à complexidade, à estrutura, ao perfil de risco, ao modelo de negócio e à base legal e regulatória a que a Instituição está submetida.”¹⁰

9 LAMBOY, Christian K. de. RISEGATO Giulia G.A. Pappalardo. COIMBRA Marcelo de Aguiar Coimbra. Introdução ao Corporate Compliance, Ética e Integridade. Manual de Compliance. 1. ed. Via Ética. São Paulo, 2018. p. 17.

10 FEBRABAM - Federação Brasileira de Bancos. Guia boas práticas de compliance. São Paulo: 2018. Disponível em:

Assim, as empresas terão de passar a enxergar o empregado de outra forma, não podendo mais tratar este como se fosse um objeto inanimado, uma máquina, que pode ser explorada ao máximo porque não tem sentimentos, não sente dor, não sofre física e psicologicamente, tratamento esse que inclusive, por ironia ou não, já foi demonstrado há muitos anos atrás, sendo mais precisa em 1936, no filme *Tempos Modernos* de Charlie Chaplin, filme este que demonstra claramente a coisificação do ser humano pelas empresas, e hoje, quase 100 anos após esse filme ir ao ar, ainda vivenciamos isso, o ser humano sendo tratado como uma máquina, sendo explorado ao máximo, até os limites de suas forças e depois deixado de lado sem direitos, sem qualquer consideração por parte do empregador, o que fere profundamente o quesito ético e as boas práticas esperadas por uma empresa.

Por isso, é chegada a hora de acabar com essa situação, e o *Compliance* Trabalhista é uma das saídas, tendo em vista que para se adequar a este é necessário atender as leis, as normas de saúde e segurança do trabalho, dentre outras que zelam pelo trabalhador, por isso dizer que é um grande apoio para o Direito do Trabalho, inclusive, devendo trazer este ainda mais para o campo trabalhista, pois ajuda a garantir que a desobediência que ocorre até então não ocorra mais. Nesse diapasão podemos trazer os seguintes dizeres de Christian K. de Lamboy, Giulia G.A. Pappalardo Risegato e Marcelo de Aguiar Coimbra:

O primeiro compromisso ético dos cidadãos reside no cumprimento da lei. Não simplesmente para evitar a imposição de alguma sanção, mas como um dever cívico. A cidadania não se compõe apenas por um conjunto de direitos, mas também por uma série de deveres, dentre eles o de seguir as determinações legais e o de pagar impostos. É a chamada ética da legalidade. O compromisso ético das organizações não se esgota na obediência às leis, mas começa no respeito por esse “mínimo ético”. As normas são produtos da ação democrática dos parlamentos e um mecanismo para equilibrar o interesse privado com o interesse público.

Especialmente nos países onde a confiabilidade nas instituições públicas é baixa, as empresas têm sido consideradas cada vez mais como indivíduos ao invés de meros atores responsáveis pela geração de riquezas. Atuando como um cidadão, como parte da sociedade, a empresa deve seguir a legislação.¹¹

As empresas, assim como todos os cidadãos, têm o dever e a obrigação de seguirem as leis, todos nós temos direitos, mas também deveres a serem cumpridos, e com as empresas isso não é diferente, podemos inclusive afirmar que os deveres destas são bem maiores que os das

www.febraban.org.br. Acesso em 10 mai. 2021. p. 8.

11 LAMBOY, Christian K. de. RISEGATO Giulia G.A. Pappalardo. COIMBRA Marcelo de Aguiar Coimbra. Introdução ao Corporate Compliance, Ética e Integridade. Manual de Compliance. 1. ed. Via Ética. São Paulo, 2018. p. 21.

peças físicas, uma vez que os danos que podem vir a causar são bem maiores, tanto em matéria de impactos ambientais, quanto em matéria de convívio social, pois podem interferir ainda que indiretamente na sociedade em si.

Como por exemplo, podemos citar os danos causados a saúde do trabalhador, que podem interferir no seu convívio em sociedade, impactar em atendimento hospitalar, assistência social, dentre outros. Nesse sentido diz Renan Bernardi Kalil:

O direito do trabalho é dotado de uma elasticidade normativa, uma vez que admite, simultaneamente, a existência de um padrão legal mínimo aplicável a toda a classe trabalhadora e de regras criadas entre os representantes da classe operária e dos capitalistas, acima das previsões existentes no ordenamento jurídico, e que passam a fazer parte dos contratos de trabalho dos seus representados. Em ambos os casos, trata-se de situações nas quais há concessões máximas aceitas pelo capital e conquistas mínimas que o trabalhador tem meios de obter, sendo que no primeiro caso o Estado possui um papel importante ao normatizar os avanços, enquanto no segundo, os sindicatos são os atores centrais do processo. O combate ao trabalho escravo, a partir dessa perspectiva, opera na margem inferior da referida elasticidade, com o intuito de efetivar a ordem pública mínima trabalhista.

No capitalismo, em que há uma relação indissociável entre liberdade e propriedade, o direito do trabalho tem condições de surgir somente a partir do momento em que o indivíduo é juridicamente livre para vender a sua força de trabalho para algum proprietário. A criação do direito laboral cria limitações à liberdade do empregador explorar a mão de obra. Tendo em vista que a rejeição à existência de trabalho escravo no ordenamento jurídico brasileiro tutela a liberdade e a dignidade do trabalhador, considerando as situações que caracterizam essa forma de exploração de mão de obra, pode-se apontar que no contrato de trabalho se reconhece algum grau de liberdade e de dignidade do trabalhador.¹²

18

Desta feita, vemos a importância do Direito do Trabalho, que tem como um dos seus principais objetivos, se não o principal, zelar pela dignidade da pessoa humana, uma vez que é através do trabalho que o ser humano pode ter uma vida digna, no entanto para isso, tanto o Estado quanto a sociedade devem procurar fazer com que isso se consolide, o primeiro com a elaboração de leis que protejam o trabalhador e a segunda cobrando para que estas existam, e quando existentes para que sejam devidamente cumpridas pelos empregadores, e o cumprimento fiscalizado pelo Estado, evitando ilicitudes trabalhistas.

¹² KALIL, Renan Bernardi. Ideologia, Direitos Sociais e o Combate ao Trabalho Escravo. Revista do Ministério Público do Trabalho, nº51. LTr. 2016. p. 186.

No mais, ainda podemos apontar o princípio da boa-fé, que deve estar presente nas relações trabalhistas, e segundo as palavras de Carla Teresa Martins Romar:

Este princípio abrange tanto o empregado como o empregador. No primeiro caso, baseia-se na suposição de que o trabalhador deve cumprir seu contrato de boa-fé, que tem, entre suas exigências, a de que coloque todo o seu empenho no cumprimento de suas tarefas. Em relação ao empregador, supõe que deva cumprir lealmente suas obrigações para com o trabalhador.

Assim, a boa-fé é elemento que deve estar presente não só no momento da celebração do contrato de trabalho, mas, principalmente, na sua execução.¹³

Por tudo isso, podemos dizer que o *Compliance* Trabalhista é uma força a mais para o Direito do Trabalho, uma vez que com ele diversas determinações não cumpridas até então, passarão a ser, um exemplo, é o próprio princípio da boa-fé.

4. Considerações finais

19

Diante de tudo o que foi exposto, podemos ver que o *Compliance* Trabalhista traz grandes benefícios, não só as empresas que se o cumprirem da forma adequada reduzirão de forma drástica as punições por infrações a legislações, mas também aos trabalhadores que passarão a ter seus direitos resguardados uma vez mais, e ao próprio Direito do Trabalho, que passa a ter uma força a mais como apoio, algo novo, que surge com grande impacto na sociedade atual e com grande e precisa aderência.

Embora a adesão a este não signifique a mudança por completo da forma de pensar do empreendedor, até porque isso é algo que levará tempo, já é um grande passo rumo ao progresso em relação a respeito às leis, dentre elas a trabalhista, para a qual tanto esforço é preciso de seus aplicadores para que seja cumprida, com o *Compliance* isso tende a mudar.

Por isso, de momento, uma das principais coisas a serem feitas, é levar a toda a sociedade, e principalmente aos empregados e empregadores o conhecimento sobre a existência do *Compliance* Trabalhista, e seus benefícios, para que assim este se arraigue em nosso meio, se tornando algo buscado e aplicado pelas empresas e cobrado pela sociedade.

¹³ ROMAR, Carla Teresa Martins. In: LENZA, Pedro (coord.). Direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72. (Coleção esquematizado®).

BIBLIOGRAFIA

- FEBRABAM - Federação Brasileira de Bancos. **Guia boas práticas de compliance**. São Paulo: 2018. Disponível em: www.febraban.org.br. Acesso em 10 mai. 2021. p. 7-8.
- KALIL, Renan Bernardi. Ideologia, Direitos Sociais e o Combate ao Trabalho Escravo. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, nº51. LTr. 2016. p. 186.
- LAMBOY, Christian K. de. RISEGATO Giulia G.A. Pappalardo. COIMBRA Marcelo de Aguiar Coimbra. **Introdução ao Corporate Compliance, Ética e Integridade. Manual de Compliance**. 1. ed. Via Ética. São Paulo, 2018. p. 17-21.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. *In*: LENZA, Pedro (coord.). **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72. (Coleção esquematizado®).
- SILVA, Fabrício Lima. PINHEIRO, Iuri. **Compliance Trabalhista**. Disponível em: <https://dicastrabalhistas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/Compliance-Apostila.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020. p. 9-17.

A IMPORTÂNCIA DE UM PROCEDIMENTO
DE INVESTIGAÇÃO
INTERNA DE COMPLIANCE PARA O
NEGÓCIO

*THE IMPORTANCE OF AN INVESTIGATION PROCEDURE
COMPLIANCE INTERNAL FOR BUSINESS*

Karine Aparecida de Oliveira Dias Eslar

Pontifícia Universidade de Goiânia, Brasil

karinediasadv@hotmail.com

Resumo

Uma investigação interna não é uma etapa simples dentro de uma empresa porque envolve uma infinidade de situações que devem ser pensadas e avaliadas antes do início do processo investigatório. Pode ser um instrumento importante no processo de gestão empresarial porque auxilia a tomada de decisão referente aos riscos que podem comprometer a sustentabilidade do negócio. Um dos aspectos que deve ser levado em conta é a falta/omissão de colaboração por parte daqueles que conhecem os fatos. Tal falta/omissão se dá geralmente por receio de envolvimento em situações constrangedoras e que possam comprometer colegas e o próprio colaborador, por isso, criar uma cultura de integridade corporativa pode fazer toda a diferença, para que os colaboradores tenham segurança psicológica para falarem sobre os “wrongdoings”, muitas vezes só conhecidos por estes.

Palavras-chave: investigação corporativa; cultura; transparência; integridade; eficiência.

Abstract

An internal investigation is not a simple step within a company because it involves lot of situations that must be thought and evaluated before the start of the investigative process. It may be an important tool in the business management process because it helps decision-making regarding risks that can compromise the sustainability of the business. One of the relevant aspect that needs to be considered is the lack/failure of collaboration on the part of those who know the facts. Such failure is generally due to the fear of involvement in embarrassing situations that may compromise colleagues and the employee himself, so creating a culture of corporate integrity can make all the difference, so that employees have the psychological security to talk about the "wrongdoings", often only known by them.

Keywords: corporate research; culture; transparency; integrity; efficiency.

1. Introdução

Uma investigação interna é um procedimento que visa esclarecer determinados fatos ocorridos no âmbito da pessoa jurídica, não se confundindo com a figura da investigação policial ou a instrução processual judicial.

A figura da investigação interna corporativa está vinculada a finalidade de subsidiar a tomada de decisões estratégicas, que podem ser diversas, incluindo a punição dos envolvidos, a colaboração com as autoridades, o aperfeiçoamento de processos, a promoção do ajuste dos controles internos, dentre outras medidas que visem mitigar riscos, eliminá-los e transferi-los, a depender do caso concreto.

Com surgimento nos Estados Unidos, a investigação corporativa tem como seu objetivo primordial ser utilizado com o fim de promover mecanismo de defesa diante de órgãos de controle. Lá, as investigações estão reguladas por lei e o resultado de suas avaliações podem envolver penalidades aos envolvidos no processo investigativo e geram para a organização o dever de autodeclaração.

23

No Brasil, a investigação corporativa ainda não está regulada por lei, contudo, o Conselho Federal da OAB editou provimento com regras para a atuação dos advogados nos casos de investigações corporativas (Provimento 188/2018). Tais regras não tem o condão de direcionar a forma ou o modelo de realização de uma investigação, mas sim de servir como um material de apoio a atuação do profissional do direito diante da nova realidade de mercado.

Mesmo não havendo lei específica que regulamente a investigação interna no Brasil, a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846/2013) e o seu Decreto Regulamentador (Dec. 8.420/2015), tratam da necessidade de se estabelecer procedimentos de investigações internas e canais de denúncias de irregularidades para fins de composição de um programa de *compliance* efetivo.

Assim como nos Estados Unidos, a investigação interna utilizada no Brasil também visa munir a organização de informações, subsídios e instrumentos capazes de promover sua defesa perante órgãos públicos ou agências reguladoras, caso haja necessidade, prover o ajuste interno de situações e circunstâncias que fugiram ao controle da organização, punir responsáveis, enfim, subsidiar decisões gerenciais e estratégicas do negócio.

Diferentemente do que está previsto nos Estados Unidos, as autodeclarações não são obrigatórias no Brasil, cuja legislação entende que “ninguém está obrigado a produzir prova contra si

mesmo”¹⁴, contudo, é cada vez maior o número de empresas que, ao tomarem conhecimento de ilícitos ocorridos em suas organizações, buscam a autodelação espontânea como meio de prevenção e colaboração para o endereçamento de ações lesivas aos cofres públicos, objetivando, com isso, a obtenção de vantagens nas negociações e acordos firmados com as autoridades públicas.

A proposta desse artigo é oferecer ao leitor o entendimento elementar do universo da investigação interna por meio da tomada de ações e decisões que gerem o levantamento de dados e informações capazes de operacionalizar e materializar a denúncia até o alcance do seu objetivo: a obtenção da realidade fática.

Ao buscar pela realidade fática, a investigação interna corporativa, assim como na investigação judicial ou policial, proporcionará aos envolvidos a análise dos acontecimentos e a solução do problema.

No caso da investigação corporativa, a solução chegará por meio de um relatório final de investigação, o qual será avaliado por um colegiado/comitê de ética, quanto às sugestões trazidas pelo documento.

24

No caso judicial ou por meio de um encaminhamento do caso ao Poder Judiciário competente, a solução do caso se dará por meio de resolução do caso no âmbito civil ou penal, mediante a prolação de uma sentença pelo juiz competente.

Dessa forma, tanto o jurisdicionado, no caso da Administração Pública, quanto o *stakeholder*, no caso da iniciativa privada, receberão uma solução.

Além de uma solução, a apuração dos fatos e acontecimentos no âmbito corporativo proporcionarão o entendimento de como está o andamento das estratégias do negócio, do grau de aderência das pessoas às normativas internas, a perspectiva de mitigação dos riscos, os passos para promoção da melhoria de controles internos e procedimentos, permitindo, enfim, um melhor gerenciamento das atividades do negócio e elevando o grau de governança corporativa.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em <http://www.lfg.com.br> 26 janeiro. 2010.

2. O estabelecimento de uma cultura de integridade

O primeiro passo para entender que uma investigação interna visa determinar de forma plena e crível a averiguação de fatos considerados potenciais prejuízos aos negócios corporativos e promover o levantamento das circunstâncias que possam ter levado a execução de condutas impróprias ou ilícitas é uma boa estratégia para a introdução da cultura de integridade corporativa.

Nesse sentido, é necessário mudar o entendimento da cultura pejorativa “do dedo duro”¹⁵ e demonstrar a todos que a colaboração para um ambiente de trabalho saudável e transparente valorizará a todas as partes interessadas no sucesso do negócio.

Conhecer quais foram as circunstâncias, quem estava envolvido, e se houve uma violação às leis ou às políticas internas corporativas fazem das investigações internas meios de avaliação independente e analítica de situações que podem envolver a proteção dos interesses da empresa e dos seus acionistas, além de promover a prevenção e detecção de má conduta, gerando um círculo virtuoso capaz de incentivar os colaboradores nesse monitoramento comportamental.

25 Com o intuito de gerar a expectativa de cumprimento não somente por obrigação, mas por um sentimento de pertencimento e de proteção coletiva, a figura do “dedo duro” deve ser substituída pela figura do colaborador comprometido com aquilo que é correto.

Uma vez que o objetivo de um programa de *compliance* é comprometer a todos com o exercício daquilo que é correto, “o comprometimento organizacional é, sem dúvida, o segredo do sucesso de qualquer empresa. Isso porque o maior ativo de uma organização são as pessoas. São os colaboradores que estão por trás das conquistas, lucros e resultados. Profissionais comprometidos e engajados com as metas e objetivos corporativos, empenham-se e se dedicam mais e, conseqüentemente, produzem com ainda mais qualidade.”¹⁶

Dessa forma, ao ser criada uma identidade cultural em que o comprometimento pode ser entendido como o vínculo existente entre uma organização e um colaborador, vínculo este no qual ambas as partes estão imiscuídas, por meio do estabelecimento de objetivos claros e transparentes, em participar dos assuntos relacionados e vinculados às mesmas, conseguir-se-á

¹⁵ Significado de Dedo-duro. Substantivo masculino. Aquele que diz o que não deveria ser dito; quem entrega alguém, traido a confiança dessa pessoa; Delator: indivíduo que denuncia a responsabilidade de alguém sobre alguma coisa. Adjetivo: Diz-se de quem trai a confiança de alguém ou diz o que não era para ser dito. Fonte: <https://www.dicio.com.br/dedo-duro/>. Acesso: 07/01/2021 às 15:16 horas.

¹⁶ Fonte: <https://www.ibccoaching.com.br/porta/rh-gestao-pessoas/quais-5-tipos-comprometimento-organizacional/>. Acesso em 07/01/2021 às 15:27 horas.

fazer com que a figura do “dedo duro” seja facilmente substituída pela figura do “colaborador comprometido”.

O desafio, no entanto, está em encontrar uma zona de conforto quando se fala em comprometimento organizacional, uma vez que para formação de um “colaborador comprometido” é necessário que o mesmo acredite nos valores que a empresa está propondo, sem o qual, não haverá engajamento e não haverá o entendimento de que a organização necessita manter-se informada sobre o que está acontecendo, a fim de promover os ajustes necessários.

Como senão bastasse, além disso, tanto a vontade quanto a disposição do “colaborador comprometido” em continuar contribuindo para a melhoria do negócio também estará vinculada à credibilidade que o programa de *compliance* atingirá. Nesse sentido, faz-se necessário garantir a não retaliação e a confidencialidade ao “colaborador comprometido”.

O uso dessa terminologia (colaborador comprometido) em substituição ao “denunciante de boa fé” se dá por entender que o termo “denunciante” pode ser interpretado de forma pejorativa e reforçar a figura do “dedo duro” e com isso, afastar o caráter de colaborativismo perseguido pela instituição que dispõe de um canal de denúncias e do estabelecimento e procedimentos de investigação interna, conforme orientado pela Lei Anticorrupção Brasileira.

Dessa forma, contar com o comprometimento vindo dos colaboradores não é algo simples, mas sem sombra de dúvidas, alcançar esse objetivo ajudará a organização atingir os resultados almejados, por isso a efetivação de um programa de *compliance* confiável, somado a canais de denúncias e investigações independentes e idôneas apontam para bons indícios de estabelecimento de uma cultura corporativa sustentável.

Em assim sendo, o fomento à cultura de integridade deve ser uma constante na organização e deve contar com o apoio, exemplo e comprometimento da alta administração.

3. A Investigação

Uma boa investigação identifica fatores que podem comprometer a saúde reputacional da organização, além de contribuir para com o resultado finalístico do programa de *compliance*, que é criar uma cultura de conformidade e integridade no ambiente corporativo.

Cada vez mais as investigações internas estão tomando relevância no cenário corporativo e de *compliance* e o debate sobre o tema, com discussão acerca das técnicas investigativas, da forma de conduta dos agentes de *compliance* e daqueles que conhecem os fatos, bem como, quanto à

eficiência do procedimento investigativo ainda é escasso e necessita entrar na pauta dos programas e dos operadores de integridade – *compliance officer's*.

Nesse diapasão, a investigação interna deve contar com um procedimento e um planejamento pré-definidos, que contenham prazos; responsáveis pela apuração da denúncia; instância responsável pela elaboração do relatório; instância julgadora do conteúdo relatado; conclusões e *report* necessário às instâncias superiores.

Dentro de uma empresa, cujas atividades envolvem uma infinidade de situações que devem ser pensadas e avaliadas antes do início do processo investigativo, ter um documento que estabeleça os passos de uma investigação interna, bem como a forma de condução da mesma, as instâncias responsáveis, previsão de punições, formação de equipe, aplicação de penalidades, se faz absolutamente necessário e imprescindível ao êxito do processo investigatório e conseqüentemente, à tomada de decisões dele decorrentes.

O sistema de investigação interna deve conter um canal de denúncias, uma política anti-retaliação e mecanismos que garantam a confidencialidade das informações coletadas e dos depoimentos colhidos, a fim de propiciar uma sequência lógica e concatenada de fatos e atos que possam refletir a realidade dos acontecimentos até a tomada de decisão.

27

A denúncia de atitudes ou condutas suspeitas de violações não deve ser encarada como um procedimento em si mesmo, sem definição prévia da gravidade do risco que envolve o problema. A denúncia pode ocasionar o *start* da investigação e pode levar a organização a uma investigação interna extenuante, cara e muitas vezes inconclusiva.

Por isso é que ao receber uma denúncia, a organização deverá avaliar o contexto da mesma e mensurar o grau de risco que os fatos narrados podem alcançar acaso não haja o desenrolar de um procedimento sério que vise a apuração da ocorrência. Qualquer deslize nessa mensuração pode comprometer a reputação, abalar a credibilidade e a perenidade do negócio de forma insustentável.

Na grande parte das vezes, no entanto, as denúncias se dão com base em fatores comportamentais, de cunho relacional, mas não sem menos relevância, uma vez que podem comprometer o gerenciamento empresarial, a entrega do resultado e, por fim, colocar em situação de constrangimento toda uma equipe de trabalho.

Certa vez, em uma experiência profissional para uma empresa, constatou-se que a mesma praticava *bullying* com os colaboradores do comercial, quando estes não alcançavam a meta de

vendas, a equipe sofria uma penalidade que consistia em permanecer todo o mês seguinte com uma tartaruga sobre a mesa.

Esse tipo de constrangimento encontra-se relacionado ao assédio moral, uma das formas mais comuns de violência no ambiente de trabalho, mas diversos tipos de assédios que comprometem a produtividade do colaborador também são comumente praticados, e são, geralmente, os maiores casos de denúncias no ambiente corporativo.

Quando o colaborador se sente seguro, se manifesta quanto a esse tipo de conduta, provocando a ocorrência de denúncias aos canais de ética/denúncias.

As grandes fraudes corporativas e escândalos de corrupção ainda são minoria dentro das organizações, e quando cometidas, geralmente envolvem o alto escalão. Assim sendo, parte dos colaboradores que conhecem acerca de tais fatos não se vêm comprometidos em colaborar, a fim de não se exporem desnecessariamente.

O problema é que as grandes fraudes cometidas pelo alto escalão das organizações¹⁷ possuem um enorme impacto na reputação das organizações, o que pode impactar sobremaneira os negócios empresariais.

28

As médias e pequenas fraudes, geralmente, de responsabilidade de gerentes e supervisores, muitas vezes contam com a participação de subordinados despreparados e submissos, razão pela qual, quando o colaborador operacional conhece dos fatos, decide não denunciar porque pode se ver envolvido.

É justamente essa ausência de comprometimento em denunciar que pode comprometer a sustentabilidade do negócio.

Nesse sentido, a criação de mecanismos de controle, fiscalização e inserção de uma cultura sólida de denúncias e de investigações internas, colaborarão para um ambiente de trabalho saudável e transparente, valorizando todas as partes interessadas no sucesso empresarial.

4. Objetivo da investigação

A proteção dos interesses da empresa e dos seus acionistas é o principal objetivo de se ter um procedimento de denúncias e de investigação bem desenhados.

¹⁷ Fonte: <https://tiinside.com.br/20/10/2020/o-envolvimento-de-executivo-de-alto-escalao-em-fraudes-corporativas/>. Acesso em 07/01/2021 às 16:50 horas.

Além de promover a prevenção, mitigação dos riscos e detecção de má-conduta, gerando um círculo virtuoso capaz de incentivar os colaboradores nesse monitoramento, o programa de *compliance* bem estruturado tem o papel fundamental de gerar a expectativa de cumprimento não somente por obrigação, mas por um sentimento de pertencimento e de proteção coletiva.

Nesse sentido, as investigações corporativas estão tomando relevância porque as mesmas representam uma forma eficiente de mensuração dos programas de integridade.

Com a realização de uma boa investigação é possível identificar fatores que demonstrem a aderência ao programa e às regras e normas empresariais.

O evento investigatório promove o levantamento de informações que tem o condão de auxiliar, impedindo de que novos casos similares aconteçam, bem como, de extirpar condutas inadequadas de forma definitiva.

Uma investigação interna visa, então, a apuração de condutas indevidas dentro de uma organização, a fim de proteger um patrimônio maior, qual seja, a própria existência da empresa, uma vez que fatos e atos ilícitos e em desacordo com as leis e normativas estabelecidas para o negócio podem envolver uma infinidade de situações que podem prejudicar de forma incomensurável a reputação, a viabilidade e a sustentabilidade da organização, comprometendo, com isso, a vida útil e a saúde empresariais.

Ao ter tantas questões colocadas sob risco, a Alta Administração deveria pensar e se posicionar no sentido de contemplar antecipadamente, questões envolvendo ética, *compliance* e ESG¹⁸.

5. Conclusão

Percebe-se no cotidiano de implantação de um programa de *compliance*, que as empresas têm exercido um enorme esforço para atender a alta demanda de abertura de procedimentos de investigações internas que muitas vezes não demonstram relevância conclusiva que possa gerar valor ao negócio.

São “picuinhas”, desejos de vingança ou de efetivação de justiça própria, as quais não contribuem em nada para o crescimento do negócio. Em razão disso, os profissionais devem estar atentos à mensuração e qualificação das denúncias, bem como, devem atentar-se para o levantamento de informações preliminares antes da condução de entrevistas e coleta de provas.

¹⁸ Environmet, Social and Governance Ambiental, Social e Governança.

A depender do caso, da disponibilidade dos colaboradores e da complexidade da investigação, as empresas têm experimentado um histórico de alto volume de investigações que acabam sendo inconclusivas ou prejudicadas, muitas vezes por falta de entendimento da relevância da atuação do profissional ou da área de *compliance* ou ainda em razão da falta de comprometimento do colaborador em denunciar ou auxiliar substancialmente a apuração dos fatos.

O ato de denunciar ainda gera desconforto entre os colaboradores que preferem silenciar-se a exporem-se, o que compromete a realização da investigação e a análise e reporte dos resultados que dela se adviria.

Nestes casos, tanto a empresa quanto toda a equipe ficam prejudicadas pela ausência e receio de envolvimento em situações constrangedoras e que possam comprometer colegas e o próprio colaborador.

Tal circunstância perpetua situações de prejuízos potenciais para as empresas e é por isso que o evento investigatório deve levar em conta a disponibilidade de comprometimento dos colaboradores, a mensuração dos riscos e a complexidade do processo de investigação que será realizado, sob pena de não atingir o seu objetivo.

Contudo, ainda que o cenário ainda seja desfavorável, os negócios corporativos buscam promover cada vez mais o levantamento das circunstâncias que possam ter levado a execução de condutas impróprias ou ilícitas, a fim de buscar a inserção da integridade corporativa na agenda definitiva de suas empresas.

De outra sorte, é fato que uma boa investigação identifica fatores que podem comprometer a saúde reputacional da empresa, além de contribuir para com o resultado finalístico do programa de *compliance*, que é criar uma cultura de conformidade e integridade no ambiente corporativo.

A tarefa não é fácil. Quando se fala em um treinamento acerca do canal de denúncias e de investigações internas, é visível o desconforto e a desconfiança dos colaboradores quanto ao tema.

Somente com o estabelecimento de uma cultura corporativa será possível mudar o cenário do pejorativo “dedo duro”, “denunciante”, “X9” e demonstrar a todos que a colaboração para um ambiente de trabalho saudável e transparente valorizará a todas as partes interessadas no sucesso do negócio.

- ASSI, Marcos. *Compliance – A excelência na prática*. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.
- ASSI, Marcos. **Compliance: Como implementar**/Marcos Assi; com a colaboração de Roberta Volpato Hanoff. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>. Acesso em: 16 fev. 2021.
- ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias. Como avaliar a efetividade de um programa de compliance. *In*: SOUZA, Jorge Munhós de; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org). **Lei anticorrupção e temas de compliance**. Salvador: Juspodium Editora, 2017. p. 493-508.
- ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias. Ética como diferencial competitivo e as consequências da conduta antiética. *In*: BRAGA, Renialdo; SOUZA, Filipi (org). **Compliance na saúde, presente e futuro de um mercado em busca de autorregulação**. Salvador: Sanar Editora, 2016. p. 97-107.
- ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias. Ética, Compliance, Transparência e Sustentabilidade – o que podemos esperar do futuro enquanto trabalhamos o presente com as armas que temos hoje. *In*: LAMBOY, Christian K. de (coord). **Manual de Compliance**. São Paulo: Editora Via Ética, 2018. p. 109-118.

O CRIMINAL COMPLIANCE: UMA
ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE
POSSIBILIDADE NA REALIDADE JURÍDICA
E PENAL-EMPRESARIAL BRASILEIRA

*CRIMINAL COMPLIANCE: AN ANALYSIS OF POSSIBILITY
CONDITIONS IN BRAZILIAN LEGAL AND CRIMINAL-
BUSINESS REALITY*

Kamila Fochezatto Panisson

Fundação Getúlio Vargas, Brasil

kami.panisson@gmail.com

Resumo

Com a criação das regras de compliance, surge também o seu viés penal, conhecido como criminal compliance. O presente trabalho versa sobre o instituto do criminal compliance, o qual busca a prevenção e o controle a fraudes, corrupção, lavagem de dinheiro e desvios de conduta ética, bem como de possíveis demandas penais contra a empresa (para ordenamentos que possibilitem isso), a fim de manter uma imagem íntegra e transparente dos atos e condutas internos da instituição. A pesquisa busca responder o seguinte problema: no sistema jurídico penal brasileiro, um instituto inovador em sua totalidade de características e preceitos, como o criminal compliance, afigura-se uma realidade? O objetivo da pesquisa é identificar a possibilidade de aplicação do criminal compliance no direito penal-empresarial brasileiro, levando em consideração os atuais percalços que o instituto enfrenta para sua efetivação. A justificativa do presente estudo se faz premente na medida em que é mundialmente repugnada a falta de integridade e ética das instituições financeiras e, diante disso, a busca por uma governança corporativa eficaz se torna necessária. A hipótese que se parte na pesquisa é a de que cada vez mais são exigidas condutas íntegras e responsáveis pelas organizações, inclusive no Brasil. A metodologia aplicada ao estudo foi qualitativa, de caráter teórico-bibliográfico, guiada pelo método fenomenológico-hermenêutico, onde a pré-compreensão, que antecede a compreensão/interpretação/aplicação, dará sentido ao resultado da pesquisa na qual o investigador está diretamente ligado. Como conclusão da pesquisa, resultou que é notável a dificuldade encontrada pela doutrina e pela jurisprudência em inserir o criminal compliance no ordenamento jurídico-penal empresarial brasileiro, pois apesar do instituto preconizar um ideal de prevenção e posterior mitigação para ordenamentos que permitem a responsabilização penal da pessoa jurídica, inexistem leis penais que o consagrem de forma efetiva no Brasil. Assim, apenas o compliance, através de práticas internas de governança corporativa de adesão voluntária, acaba sendo aplicado no ordenamento brasileiro. Enquanto as premissas do criminal compliance seguem apenas na teoria, com aplicação prática indireta e discreta na prevenção de delitos empresariais no sistema jurídico penal brasileiro.

Palavras-chave: Compliance; Criminal Compliance; Direito Penal Brasileiro; Direito Empresarial Brasileiro.

Abstract

With the creation of compliance rules, criminal bias also arises, known as criminal compliance. This paper deals with the institute of criminal compliance, which seeks to prevent and control fraud, corruption, money laundering and deviations in ethical conduct, as well as possible criminal demands against companies (for legal orderings that allow), in order to maintain a righteous and transparent image of the institution's internal acts and conduct. This research aims to answer the following problem: in the Brazilian criminal justice system, an innovative institute in all its characteristics and precepts such as criminal compliance, can it be a reality? The goal of the research is to identify the possibility of applying criminal compliance in Brazilian criminal law, taking into consideration the current obstacles that the institute faces for its effectiveness. The justification of the present study is pressing since the lack of integrity and ethics of financial institutions cause worldwide repugnance and, in view of this, the search for effective corporate governance becomes necessary. The starting hypothesis is that upright and responsible conduct is increasingly required, including in Brazil. The methodology applied to the study was qualitative, of theoretical and bibliographical character, guided by the phenomenological hermeneutic method, where pre-understanding, which precedes understanding/interpretation/application, is going to give meaning to the research result in which the researcher is directly connected. As a conclusion of the research, it resulted that the difficulty found by doctrine and jurisprudence in inserting criminal compliance in the Brazilian corporate criminal legal order is notable. Even though the institute professes an ideal of prevention and subsequent mitigation for legal systems that allow criminal liability of legal entities, there are no criminal laws that effectively consecrate it in Brazil. Thus, only compliance, through internal corporate governance practices of voluntary adhesion, is applied in Brazilian law, while the premises of criminal compliance remain only in theory, with indirect and discreet practical applications in the prevention of corporate crimes in the Brazilian criminal justice system.

Keywords: Compliance; Criminal Compliance; Brazilian criminal law; Brazilian Corporate Law.

1. A era da autorregulação regulada: o surgimento do *compliance*

A palavra *compliance* tem origem do verbo inglês *to comply*, que, em um sentido amplo, significa executar, cumprir, obedecer, observar, satisfazer aquilo que foi imposto. Por consequência, agir em *compliance* nada mais é do que o dever de cumprir algo, estar em conformidade, assegurar a lei externa e interna, as regulamentações, os códigos de conduta e as práticas de boas maneiras. Para Rotsch¹⁹, o *compliance* é uma capacidade de aprendizagem em “conformidade com o Direito” (*gesetzmäßig*).

Com o *compliance* surge a chamada “responsabilidade social corporativa”, a fim de dar mais concretude à ideia de as empresas adotarem valores éticos nas suas políticas, estabelecendo assim relações respeitadas em seu entorno social, desde o cumprimento de certas políticas de ordem laboral, até a observação dos direitos humanos e a preservação da imagem empresarial²⁰.

35

Ante a intervenção das corporações nos diversos setores sociais essenciais gerando novos riscos, fez-se necessário um mecanismo de controle como o *compliance*, para que, a partir disso, as empresas consigam que suas ações não tenham consequências danosas ou que possam, em geral, reduzi-las ao máximo.

O *compliance*, como instituto, é um princípio vigente em cada um dos ordenamentos jurídicos estatais, segundo o qual as empresas e seus órgãos internos devem operar harmonicamente com o Direito²¹. O instituto, em outras palavras, serve para auxiliar o Estado e o Direito Penal a controlar a criminalidade corporativa²², seja pela demanda social por boa governança corporativa²³, seja para sanear o sistema público dos atos corruptos.

A notoriedade do instituto passou a ser mundial, ocasionando o surgimento de diversas regulamentações e legislações internacionais que expressamente abordam o tema, muitas vezes prevendo severas penalidades pela não observância de políticas de *compliance*, tanto para a pessoa jurídica, quanto para os gestores, diretores e colaboradores envolvidos²⁴. O Brasil tem

19 ROTSCHE, Thomas. Criminal Compliance. Barcelona: InDret, 2012. p. 615.

20 GARCIA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 16-17.

21 ROTSCHE, Thomas. Criminal Compliance. Barcelona: InDret, 2012. p. 615.

22 NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.22.

23 Destaca-se os ensinamentos Nieto Martín sobre a boa governança corporativa, para quem: “El segundo afluente de los programas de cumplimiento es el gobierno corporativo, término que tiene una definición tan ambigua como el compliance, pero que representa un principio de carácter constitucional de la empresa, Básicamente la idea del buen gobierno es ‘luchar’ contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, generando, al igual que em los sistemas democráticos un sistema de checks and balances y herramientas de control del ‘pueblo’ – shareholders y stakeholders – sobre los gobernantes administradores”. (NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 24).

24 Em 1930, na Conferência de Haia, com o propósito de proporcionar a cooperação entre os Bancos Centrais, tem-se o primeiro

dado atenção ao tema recentemente, tendo em vista os escândalos de corrupção, aclamando o fortalecimento no controle desta, haja vista que, hoje em dia, o agente corrupto divide o lugar na cobrança por consequências e responsabilizações adequadas por parte da sociedade com a empresa envolvida em práticas de corrupção²⁵.

Assim, o *compliance* passou a ser uma medida pela qual a lei é observada internamente, de forma que a empresa assegure o cumprimento das regras vigentes para ela e para seus colaboradores, que as violações sejam descobertas e que os infratores sejam punidos, prevenindo assim, o cometimento de atos penalmente relevantes dentro da corporação.

Para Martín²⁶, a melhor forma de otimizar a tarefa de controlar a criminalidade corporativa e colaborar com a iniciativa público-privada, é através da introdução da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Assim, uma organização propriamente defeituosa, ou até mesmo não virtuosa, constituiria o núcleo da responsabilidade ou culpabilidade, que seria combatido pelo *compliance* através do cumprimento normativo, onde se disponibilizaria aos administradores e diretores das empresas o poder legítimo para estabelecer medidas de controle da criminalidade empresarial.

36

Nesse sentido, o *compliance* funciona frente um modelo de “autorregulação regulada”²⁷, uma vez que o controle de riscos provenientes das empresas não é eficaz por um intervencionismo estatal direto na administração empresarial, tampouco se pode deixar que a empresa tenha exclusivo critério para se regular.

A autorregulação regulada desempenha uma função proveitosa em relação à intervenção estatal, haja vista que as empresas conhecem melhor os pormenores das técnicas e especificidades da economia atual, otimizando as primordiais regulações jurídico penais²⁸.

marco regulatório de desenvolvimento do compliance, através da fundação do Bank International Settlements (BIS), na Suíça. Em 1960, a Securities and Exchange Commission (SEC), nos Estados Unidos, orientou as empresas americanas a contratarem compliance officers. Em meados de 1970, para fortalecer o sistema financeiro através de boas práticas institucionais, é criada a figura do Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, pelos Bancos Centrais integrantes do G10. Já no século XX, em função dos escândalos de fraudes cometidas por grandes empresas americanas, foi promulgada a Sarbanes-Oxley Act (SOX), que estipulou a intervenção estatal na definição de programas de cumprimento normativo nas empresas, o que obrigou as empresas a controlarem a corrupção através de ferramentas de compliance. Fatos como os atos terroristas dos Estados Unidos da América; os incontáveis escândalos de governança corporativa; as fraudes contábeis de grandes empresas, bem como a crise financeira mundial, contribuíram para a consolidação do compliance na sociedade empresarial, além de impulsionarem a base de regulamentações internacionais que passaram a abordar o tema: o Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), Dodd-Frank Act, UK Bribery Act, protocolos de compliance da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e os conhecidos, Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e o Sentencing Guidelines, que servem como base para diversas regulamentações sobre o tema.

25 AYRES, Carlos Henrique da Silva; DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro. Temas de Anticorrupção e Compliance. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 170.

26 NIETO MARTÍN. Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 21.22.

27 O modelo da autorregulação regulada assegura a possibilidade da empresa controlar-se internamente, através da aplicação e adaptação às diretrizes legais definidas pelo Estado, porém sem a intervenção estatal direta. Para Saad-Diniz e Silveira é “um estímulo à empresa não cometer ilícito, autogerindo-se para tanto”. SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

28 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

Assim, a autorregulação regulada permite que as empresas adotem, por meio de uma coordenação com os poderes políticos, certas normas de comportamento de acordo com a normativa legal vigente e se assegure de auto averiguar o efetivo cumprimento, para, enfim, prevenir determinadas infrações normativas.

2. O enfoque penal do compliance: o criminal compliance

Justamente pela necessidade de prevenir o cometimento de crimes corporativos, fez-se essencial criar um enfoque penal para o *compliance*, conhecido como *criminal compliance*. Dito instituto seria a conveniência que o Direito Penal encontrou para utilizar a autorregulação empresarial a fim de alcançar determinados fins, através de condições empresariais para incorporação de sistemas de cumprimento normativo, haja vista possíveis sanções penais previamente impostas.

Segundo Denis Bock²⁹, o *criminal compliance* se ocuparia “da questão da responsabilidade empresarial, isto é, das medidas que a direção empresarial, no marco de seu dever de supervisão, deve adotar para evitar as infrações de deveres jurídico-penais por parte de seus empregados”.

37

O *criminal compliance* é um sistema de cumprimento normativo, que procura assegurar a observância específica de uma normativa jurídico penal por parte dos membros de uma empresa. Para Garcia Caveró³⁰, o *criminal compliance* é uma das melhores formas de evitar que a atividade empresarial execute fatos penalmente relevantes, e ainda, auxiliaria na detecção dessas atividades, prevenindo para que estas não mais ocorram. Ou seja, o *criminal compliance* é o instituto penal do *compliance*, que busca evitar riscos de responsabilidade penal e, segundo Saad-Diniz e Silveira³¹, “pode ser utilizado como instrumento de reforço, evidenciando uma infração de dever presente”.

Enquanto autorregulação regulada, o *criminal compliance* resultaria em uma ética empresarial eficiente, a fim de evitar fatos delitivos, como, por exemplo, a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo, delitos contra a livre concorrência, delitos contábeis e tributários, delitos ambientais, ente outros³².

p. 119.

²⁹ “[...] la cuestión de la responsabilidad empresarial, esto es, de las medidas que la dirección empresarial en el marco de su deber de supervisión debe haber adoptado para la evitación de infracciones de deberes jurídico-penales por parte de sus empleados”. BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilancia en la empresa. Traducción a cargo de Ivó Coca Vila, In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). **Compliance y Teoría del Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 107.

³⁰ GARCIA CAVERO, Percy. **Criminal Compliance**. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p.55.

³¹ SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119-120.

³² SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.). **Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann**. São Paulo: LiberArs. 2013. p. 70.

A responsabilidade social da empresa estaria de acordo com o previsto pela autorregulação regulada. Assim, para Saad-Diniz e Silveira³³, quanto mais se agir de acordo com a autorregulação regulada, “mais sobreviverá um estímulo à mesma, na forma de criação e implantação de mecanismos de autorregulação e de auto-organização em nítido detrimento de uma heterorregulação”.

Diante disso, programas de *compliance*, códigos de condutas e treinamentos de boa governança e ética para todos os colaboradores demonstraria explicitamente a condição da empresa ante o cometimento de delitos. E isso poderia ser mais efetivo, caso o ordenamento jurídico possibilitasse a inserção do *criminal compliance* como forma de mitigar penalidades, ou até mesmo afastar, caso houvesse algum tipo de responsabilização – penal ou administrativamente – à empresa.

Isso porque, o *criminal compliance* implica que toda a implementação do *compliance* internamente – através de código de conduta, definição de padrões e procedimentos internos, mapeamento de riscos, canais de denúncia, ciência de responsabilização judicial – seja eficiente e esteja alinhada com a legislação vigente, de forma que, todos os agentes tenham conhecimento das consequências internas e externas de seus atos enquanto representantes de uma empresa. Justamente por essa razão, o *criminal compliance* só se faz efetivo quando há a possibilidade de responsabilização direta da empresa ou dos seus colaboradores envolvidos.

38

A otimização da relação do *compliance* com o Direito Penal se dá através da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Logo, a principal característica do *criminal compliance* seria a necessidade de antecipação da responsabilidade penal, que simplesmente não pode ser prevista com a segurança necessária³⁴.

Necessário sublinhar que, para o *criminal compliance*, o delito empresarial consistiria em não se autorregular eficazmente. Coca Villa³⁵ entende que a culpabilidade empresarial representa uma deficiência de fidelidade ao Direito, através de uma cultura empresarial de não cumprimento com o Direito, gerando um defeito organizativo, conhecido como “o injusto”. Assim, o injusto decorrente de uma organização defeituosa superaria o risco permitido. Por isso, os programas de *compliance* acabam sendo um elemento fundamental para determinar se uma organização empresarial criou ou não um risco permitido. Da mesma forma, estes programas, ou melhor

33 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

34 ROTSCH, Thomas. *Criminal Compliance*. Barcelona: InDret, 2012. p. 9.

35 COCA VILA, Ivo. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SANCHÉZ, Jesús María; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, 2013. p. 64.

dizendo, estar de acordo com eles, consiste em importante indício de uma cultura empresarial em conformidade com a legalidade, o que configuraria a culpabilidade empresarial.

Para Gómez-Jara Diéz³⁶, os programas de *compliance*, no âmbito penal, qual seja, o *criminal compliance*, possuem uma dupla natureza: determinam o injusto e co-determinam a culpabilidade.

Assim sendo, o *criminal compliance* observa a norma legal – especificamente penal – para a prevenção de delitos ou uma atenuação da responsabilidade penal³⁷. Isso repercute no sistema jurídico-penal de duas formas: gerando uma redução do número de infrações penais produzidas na empresa; e a fidelização ao Direito, vez que, ocorrendo o fato delitivo, deve-se influir os critérios de imputação penal, e até eventual sanção, seja ela atenuada ou mitigada³⁸.

O instituto penal do *compliance* se dá através do controle, proteção e prevenção do ilícito, mas também através de uma possível transferência da responsabilidade penal, como prova de inocência. Ocorrendo o crime, e tendo a empresa um programa efetivo, seria possível demonstrar que agiu em *compliance*, e assim poderia minimizar os riscos de responsabilidade penal da própria organização, seus órgãos internos e seus empregados.

39

Em ordenamentos que criam responsabilizações penais efetivas por crimes empresariais, o *criminal compliance* se apresenta como mecanismo único de defesa e ética da empresa. Países como Reino Unido, Itália, Japão e Austrália permitem que a empresa que possuir um programa de *compliance* efetivo seja excluída da responsabilização penal da pessoa jurídica. Já nos Estados Unidos e outros países, a pena é abrandada. Ou seja, estar em *criminal compliance* em algumas realidades, concede um efetivo benefício penal, haja vista a existência de responsabilização da pessoa jurídica.

Contudo, surgindo um benefício pelo *compliance*, conseqüentemente surgiria a possibilidade de penalização ou agravamento pelo *non-compliance* – que é quando a empresa não conta com um programa de *compliance*, ou, se conta, ele não é efetivo, adequado, bem incorporado. Isso ocorre na Espanha, que penaliza empresas que não estão em *criminal compliance*.

No âmbito da responsabilidade penal da empresa, o *non-compliance* possui dupla relevância: é um referencial para a imputação penal, mas também pode ser o causador da sanção penal. Para

36 GOMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español. In: SILVA SANCHEZ, Jesús María; PASTOR MUNÓS, Nuria. El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma. Madrid: La Ley, 2011. p. 70.

37 Sieber entende que a prevenção de criminal compliance é efetiva se analisar a influência específica da empresa na conduta dos trabalhadores, se é relevante dentro da empresa, se há respeito aos valores éticos, assim como a cultura organizativa que esta possui e a exigência aos padrões de compliance. (SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.). Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs. 2013. p. 96).

38 GARCIA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014. p. 57.

Bacigalupo³⁹, o tema tomou tamanha proporção pela incorporação, em diversos países, da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pela repercussão dos programas de *compliance* em relação à chamada “culpabilidade organizacional” e pela possibilidade de atenuação da pena considerando a efetividade de tais programas. Ou seja, o *non-compliance*, enquanto modelo de autorresponsabilidade empresarial, pode gerar penalizações, seja em âmbito penal ou administrativo, tanto para a pessoa jurídica, quanto para a pessoa física, a depender do país.

Assim sendo, o *criminal compliance* cuida da inserção de uma política que diminua os riscos de danos advindos dos crimes empresariais, através da fiscalização de operações, sendo essencial para manter uma empresa dentro da legalidade, bem como sua própria integridade e a de seus diretores e colaboradores, haja vista os benefícios penais que tal instituto pode trazer. O *non-compliance*, por sua vez, é a insegurança que os operadores empresariais devem começar a temer para fins de garantir a integridade da corporação.

3. A realidade do *criminal compliance* no Brasil

As empresas, ao fazerem negócios, tanto nacional ou internacionalmente, passaram a buscar informações sobre índices de corrupção e exigir políticas de *compliance*, como forma de segurança negocial e manutenção da boa governança (pois ao fazer negócio com empresa que possui políticas de *compliance*, a empresa mantém a sua integridade também).

No Brasil, a conscientização sobre *compliance* é mais conhecida como “*compliance* anticorrupção”, tendo em vista as recentes mudanças legislativas e a atenção que o Brasil tem recebido a nível mundial no âmbito dos negócios.

Para Saavedra⁴⁰, o *compliance*, no Brasil, tem sido implementado como a boa prática da *corporate governance* nas empresas brasileiras, sendo compreendido como um mandamento ético, que melhoraria o relacionamento da empresa com seus interessados e com a sociedade.

Em contrapartida, as noções de *criminal compliance*, ainda que não sejam efetivas da forma que deveriam, ou seja, ainda que não tragam benefícios penais para quem implementou tal estrutura, estão discretamente inseridas no ordenamento.

Ao longo dos anos, os princípios de *compliance* apareceram de forma indireta na legislação brasileira. A primeira Lei que traz minimamente noções de *compliance* e *criminal compliance* é a

39 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y derecho penal*. Navarra: Arzadi, 2011. p. 78.

40 SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCRim*, São Paulo, v. 18, n. 218, jan. 2011. p. 11-12.

Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 12.683/12⁴¹), de 2012, que passa a exigir a manutenção de mecanismos de controle de informações internas e comunicação de operações financeiras, a fim de prevenir crimes. Ainda, responsabiliza administrativamente quem a descumprir.

No entanto, a Lei de Lavagem de Dinheiro não foi suficiente para garantir a efetividade do *compliance* com noções de *criminal compliance* no Brasil. Assim, em 2013, com base nas tendências internacionais contra a corrupção, é promulgada a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013⁴²), passando a permitir a responsabilização objetiva, administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional e estrangeira. Também, a Lei passou a autorizar que a empresa se valha de políticas de *compliance* e anticorrupção para diminuir em 4% eventual multa administrativa.

Saad-Diniz e Silveira⁴³ explicam que a Lei Anticorrupção é muito semelhante à Lei Espanhola nº 15/2003, quando cria uma responsabilidade, ainda que na esfera administrativa e civil, para a pessoa jurídica, e que tal responsabilização não exclui a dos dirigentes ou administradores ou qualquer pessoa envolvida no ilícito, individualmente.

Na sequência, surge o Decreto-Lei nº 8.420/2015⁴⁴, que regulamentou a Lei Anticorrupção, e traz, pela primeira vez, a necessidade de programas de integridade (programas de *compliance*) e refere como tais programas serão aplicados na prática.

Em suma, quanto à prevenção, a legislação brasileira trouxe deveres e obrigações, em âmbito administrativo e civil, bem como deveres de informação por parte dos responsáveis pelo controle de operações suspeitas. É possível verificar influência do *criminal compliance*, como ele é conhecido e utilizado em outros países, em alguns pontos da legislação brasileira, mas ainda não há como afirmar que de fato existe no Brasil.

O instituto não recebeu a devida relevância no Brasil, uma vez que não há certeza sobre as consequências jurídico-penais que o *criminal compliance* traz para a realidade empresarial brasileira.

41 BRASIL. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12683.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

42 BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12846.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

43 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183-184.

44 BRASIL. Decreto-Lei nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 19 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em 20 dez. 2020.

Nota-se a evidente confusão acerca do tema no cenário pátrio, sob inúmeros pontos de vista. Isso ocorre porque o *criminal compliance*, no tocante à autorregulação, faz sentido num viés de possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, o que não acontece no cenário nacional.

No Brasil, a única possibilidade de imputar à pessoa jurídica uma pena é quando esta comete crime ambiental, sendo que a utilização de tal responsabilização gera desconforto na questão de aceitação por parte dos operadores do Direito⁴⁵. Nos demais casos, a responsabilização da pessoa jurídica segue somente em âmbito administrativo e civil.

Diante disso, tendo em vista as evidentes limitações quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, o termo *criminal compliance* ainda não conseguiu consagrar o seu lugar no ordenamento jurídico-penal-empresarial brasileiro.

Isso é confirmado quando se analisa a incipiente jurisprudência penal que aborda o tema. O caso mais notório que tratou do *compliance*, usando a noção de *criminal compliance*, foi a Ação Penal 470 MG, conhecida como “Mensalão”. Essa ação teve início em 2012, e, após um longo período, houve a condenação por corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, peculato e evasão de divisas de diversos gestores e responsáveis de instituição financeira brasileira. No Acórdão⁴⁶ da referida Ação Penal, há discussões sobre a noção e função de *compliance*, bem como sua repercussão no momento de averiguar a culpabilidade por parte de quem tinha o dever de agir em *compliance* na instituição. Ainda, menciona a responsabilidade criminal dos principais dirigentes do Banco Rural, ante a participação em atos de fraude.

42

Além do notório caso da Ação Penal 470 MG, o *compliance* tem aparecido de forma discreta nos tribunais brasileiros, mais como uma busca por informações éticas, do que pela verdadeira essência que possui o instituto. Contudo, o *criminal compliance* segue inutilizado por parte do Judiciário Criminal brasileiro, seja por falta de legislação penal que conduza aos Tribunais uma discussão sobre o tema, seja por falta de aplicabilidade do instituto na prática empresarial nacional

Para as empresas brasileiras, estar em *compliance* agrega valor reputacional ao negócio, e algum benefício na seara administrativa. Ainda, evitam-se riscos empresariais, ou seja, impactos financeiros ante a não conformidade, riscos à imagem e reputação das empresas, queda no valor de ações, perda de clientes, e, até mesmo, demonstração de arrependimento e busca pela ética.

45 SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 470 MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3256147&tipoApp=RTF>. Acesso em: 20 dez. 2020.

Diante disso, percebe-se que a adoção de medidas de *compliance* e *criminal compliance* segue voluntária por parte dos empresários, uma vez que não há resposta judicial para tal situação, bem como não há leis penais específicas para fins de implantação de uma cultura de *compliance*, que gere mitigação ou benefícios criminais, seja para a pessoa jurídica, seja para a pessoa física responsável pela integridade corporativa.

A busca pela adaptação por parte do Brasil à realidade mundial no controle da corrupção através de mecanismos efetivos de *criminal compliance* é a segurança que o povo brasileiro espera. Assim, se consolidará o entendimento de Bülte⁴⁷, para quem: “a exigência de cuidado gera também segurança”.

4. Considerações Finais

Diante do presente estudo realizado, notável é a dificuldade encontrada pela doutrina e pela jurisprudência em trabalhar o *criminal compliance*, bem como inseri-lo em nosso ordenamento jurídico-penal. De modo geral, parece que, apesar do surgimento de tal instituto preconizar um ideal de prevenção e posterior mitigação para ordenamentos que permitem a responsabilização penal da pessoa jurídicas, ao se trazer tal instituto para o ordenamento brasileiro, ele acaba por ser ineficaz.

43

Ainda que seja possível encontrar legislação que aborde o tema, no Brasil, o *compliance* acaba como uma política de implementação de boas práticas para a empresa que atua em conformidade, sendo mais um mandamento ético, do que uma ação de prevenção criminal. No Brasil, o *compliance*, em duras palavras, é utilizado para melhorar a relação da empresa com *stakeholders* e a sociedade, enquanto o *criminal compliance* inexistente, ante a impossibilidade de responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Em relação a isso, uma vez que a única possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica no Brasil é na seara ambiental, para os empresários, segue voluntária a adoção de uma estrutura de *compliance*, tendo em vista que não se tem regulamentada a dimensão penal que o *criminal compliance* pode alcançar num ordenamento jurídico como o do Brasil. Também nesse sentido é a jurisprudência penal do Brasil, que cita o instituto, conceitua o *compliance* e suas funções éticas e de boa governança, mas não aplica benefícios ou responsabilizações penais pela existência ou não de políticas de *compliance*.

47 BÜLTE, Jens. Rechtspolitische und Strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance. In: DANNECKER, Gerhard; LEITNER, Roman (Hr.). Handbuch der Geldwäsche-Compliance für die rechts- und steuerberatenden Berufe. Wien: Linde, 2010. p. 136.

Entende-se que, para que o *criminal compliance* venha a ser efetivo em um ordenamento penal como o do Brasil, seria necessária uma lei que beneficiasse penalmente quem aderisse a tais políticas ou condenasse/agravasse a pena para aquele que não aderisse. De tal forma, o diretor ou responsável, pessoa física, implantaria um programa de *compliance* efetivo na sua empresa e, posteriormente, ante uma eventual condenação, valer-se-ia de tal estrutura como forma de demonstrar que agiu com o dever de garante que lhe era exigido. Assim, o *criminal compliance*, considerando as limitações e possibilidades do ordenamento jurídico-penal brasileiro, passaria a ser uma ferramenta fundamental e obrigatória, pois traria frutos na seara criminal para o negócio.

Conclui-se que o *compliance* é um novo ramo do Direito Empresarial que está em ascensão mundial. O *criminal compliance*, tendência do Direito Penal Empresarial, pode ser uma medida efetiva no controle da corrupção, desde que o sistema gere benefícios penais pela adesão das políticas preconizadas pelo *compliance*.

No Brasil, a realidade permanece confusa. O *compliance*, cada vez mais conhecido, segue como uma medida de adesão voluntária por parte dos empresários no controle dos crimes empresariais e na busca pela boa governança corporativa. Por sua vez, o *criminal compliance* segue sem grande utilidade, haja vista a inexistência de leis penais que consagrem de forma efetiva tal instituto no ordenamento brasileiro. Contudo, sabe-se que, nos próximos anos, o Brasil terá que se adaptar à realidade penal-empresarial mundial, razão pela qual parece certo o desenvolvimento normativo e prático do *compliance* em seu aspecto penal.

AYRES, Carlos Henrique da Silva; DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro. Temas de Anticorrupção e Compliance. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Compliance y derecho penal. Navarra: Arazadi, 2011.

BOCK, Denis. Compliance y deberes de vigilancia em la empresa. Traducción a cargo de Ivó Coca Vila. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). Compliance y Teoria del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 19 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de julho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112683.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Penal nº 470 MG. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3256147&tipoApp=RTF>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BÜLTE, Jens. Rechtspolitische und Strafrechtliche Grundlagen der Geldwäsche-Compliance. In: DANNECKER, Gerhard; LEITNR, Roman (Hgr.). Handbuch der Geldwäsche-Compliance für die rechts- und steuerberatenden Berufe. Wien: Linde, 2010.

COCA VILA, Ivo. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SANCHÉZ, Jesús Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas. Barcelona: Atelier, 2013.

GARCIA CAVERO, Percy. Criminal Compliance. Piura (Peru): Universidad de Piura, 2014.

GOMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español. In: SILVA SANCHEZ, Jesús María; PASTOR MUNÓS, Nuria. El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma. Madrid: La Ley, 2011.

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; URBINA GIMENO, Iñigo Ortiz de (eds.). Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. Barcelona: InDret, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. Boletim IBCCRim, São Paulo, v. 18, n. 218, jan. 2011.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução por Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, William Terra et al. (org.). Direito Penal Econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs. 2013.

THE “BLOCKCHAIN” TECHNOLOGY AND TAX COMPLIANCE: POSSIBILITIES AND POTENTIALS FOR USE

*A TECNOLOGIA “BLOCKCHAIN” E O COMPLIANCE
TRIBUTÁRIO: POSSIBILIDADES E POTENCIAIS DE USO*

Henrique Franceschetto

Fundação Getúlio Vargas, Brasil.

henrique@henriquef.com.br

Abstract

The present work is a study that intends to address the relationship between tax compliance and the distributed ledger technology “Blockchain”, without exhausting the theme. The problem faced is to clarify and demonstrate the potentials of using this technology in order to make corporate tax compliance feasible. The potential forecasts are as relevant as the possibilities of use for the purpose of inspecting tax collection by public entities, possibilities that will also be addressed. This work has the general objective of presenting the potentials of using “Blockchain” technology in tax compliance, as well as its disruptive potential and its applicability in real cases and problems. The specific objective is to present to the scholar or professional in the tax area how much this technology can impact and transform the routine in the coming years. The method adopted was the inductive one, made operational by research in bibliographic and jurisprudential sources from physical or digital media. The justification for the research is presented precisely in the great revolutionary potential of the “Blockchain” technology for the activity of tax Compliance. The hypothesis that guided the research was that the “Blockchain” technology could, in fact, be applied efficiently and with disruptive potential in the tax Compliance sector. The study concluded by the validity of the hypothesis, being that some of its main conclusions were obtained from the in-depth analysis of basic concepts related to the analyzed technology, as well as presented fiscal problems that could in fact benefit from the use of this technology, and, still, concrete cases in which it has already been applied in Brazil. This study also presents potential applications of this technology to the area of tax compliance based on research and publications produced by the largest accounting and tax auditing firms in the world, which reinforces the validity of the hypothesis. The topic addressed is extremely current, since one is just beginning to see these possibilities in concrete, and also due to the recent launches of systems in Blockchain by the Brazilian tax inspection.

Keywords: Blockchain; Digital ledger technology; Tax compliance; Tax inspection.

Resumo

O presente trabalho se traduz em um estudo que pretende abordar a relação entre o Compliance tributário e a tecnologia de livro-razão distribuído “Blockchain”, sem esgotar a temática. O problema enfrentado é o de esclarecer e demonstrar os potenciais de uso desta tecnologia para o fim de viabilizar-se a conformidade fiscal empresarial. Os potenciais antevistos são tão relevantes quanto as possibilidades de uso para fins de fiscalização da arrecadação tributária por parte dos entes públicos, possibilidades estas que também serão abordadas. Este trabalho tem o objetivo geral de apresentar os potenciais de uso da tecnologia “Blockchain” no Compliance tributário, bem como seu potencial disruptivo e sua aplicabilidade em problemas e casos reais. O objetivo específico é o de apresentar ao estudioso ou profissional da área fiscal e tributária o quanto esta tecnologia poderá impactar e transformar a sua rotina dos próximos anos. O método adotado foi o indutivo, operacionalizado pela pesquisa em fontes bibliográficas e jurisprudenciais provenientes de meios físicos ou digitais. A justificativa para a pesquisa se apresenta justamente no grande potencial revolucionário da tecnologia “Blockchain” para a atividade do Compliance tributário. A hipótese que norteou a pesquisa foi a de que a tecnologia “Blockchain” poderia ser, de fato, aplicável com eficiência e com potencial disruptivo no setor do Compliance tributário. O estudo concluiu pela validade da hipótese, sendo que algumas de suas principais conclusões foram obtidas a partir da análise aprofundada de conceitos básicos relacionados à tecnologia analisada, bem como também apresentou problemáticas fiscais que poderiam de fato se beneficiar do uso desta tecnologia, e, ainda, casos concretos nos quais a mesma já vem sendo aplicada no Brasil. Este estudo também apresenta potenciais aplicações desta tecnologia para a área do Compliance tributário a partir de pesquisas e publicações produzidas pelas maiores firmas de auditoria contábil e fiscal do mundo, o que reforça a validade da hipótese. O tema abordado é extremamente atual, uma vez que se está apenas começando a ver tais possibilidades de maneira concreta, e também em razão dos recentes lançamentos de sistemas em Blockchain pela fiscalização tributária do Brasil.

Palavras-chave: Blockchain; Livro razão distribuído; Compliance tributário; Fiscalização tributária.

1. Blockchain technology – generalities and concepts:

Essential to understanding the potential of Blockchain technology in the tax area is to understand what this technology actually consists of. In simple terms, Blockchain is a networked system made up of securely chained blocks that always carry content in them that have a similar nature to a “fingerprint” (called in the language of the coding as “hash”). In the case of the Bitcoin cryptocurrency, for example, the most famous application of Blockchain technology, this content is a financial transaction. The great genius here lies in the fact that the subsequent block of the chain will always contain the “fingerprint” of the previous block, added to their own content, and with these two pieces of information will generate its own “fingerprint”, following so forth, successively, in a kind of “chain”. That's Blockchain!⁴⁸

Blockchain technology creates a safe, robust and transparent ledger. It is a cryptography-based protocol whose application technique is profoundly revolutionary. Conceived and launched in conjunction with its Bitcoin application in 2008, the technology does not depend on mutual trust between its users to be effective. Thus, it does not require an intermediary to the verification of transactions made within the system and brings the same reliability. Blockchain, for these reasons, has the potential to replace trusted intermediaries by placing powerful network consensus mechanisms in place, with incentives for interconnected machines to verify the authenticity of transactions carried out on the content base (this incentive may vary depending on the application technology).⁴⁹

50

In a paper entitled “Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud” published by Boston University, the researchers made the following reflection: imagine a data transfer between users located in Poland and Russian users, investigating an international fraud. Could it be assumed that both sides would have unwavering mutual trust? Would they be willing to give access to the other country on their tax databases, protected by fiscal secrecy, of their own taxpaying citizens? If access was given, would it be possible to be absolutely sure about the reliability of the data? However, with Value Added taxation, for example, recorded in a “shared ledger”, Russia could participate in the registrations as easily as any country in the jurisdiction of the European Union. Trade between countries would be treated in the same way as trade between member countries of the European Union. If consensus were reached on the validity of a block of transactions, the information contained therein would be fully reliable. Blockchain technology

⁴⁸ **O que é blockchain:** indo além do Bitcoin. Available in: <<https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁴⁹ AINSWORTH, Richard T. SHACT, Andrew. **Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud.** Boston University School of Law. Law & Economics Working Paper No. 16-41. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2853428>. Access in: 09 oct. 2020.

extinguishes the need for a centralized repository of information, as it is totally stripped of any basis related to trust between the components of the network. In short, Blockchain allows individuals without any special trust relationship to work together without having to go through the scrutiny of a “neutral” central authority. In simple terms: it is a “machine for generating confidence”⁵⁰.

An example of its application would be to sign a lease for a property by integrating a smart contract (“smart contract”) in Blockchain with a smart lock. “In the blockchain world, Airbnb was born dead, because it needs an intermediary.” These were the words of Ronan Damascus, who is Microsoft’s chief technology officer. With this new technology, it is enough for the person to unlock the lock, which automatically part of the amount related to the rent can be immediately transferred to the account of the property owner!⁵¹

51

It is also worth noting that the storage of the information contained in the blocks components of the “current” serves both to confirm the transactions recorded there as well for the ratification of all the information contained in all the blocks previously generated - all from the “fingerprint” quoted at the beginning of this topic. In block no. 100, for example, the confirmation (“hash”) of block no. 99 will be inserted, and in this, that of block no. 98, and so on, until block no. 0 (block-genesis) is reached.⁵²

According to Ronaldo Lemos, one reason to be enthusiastic about technologies based on the Blockchain protocol is that they are inexpensive, and therefore offer an opportunity for real innovation, not only in the private sector, but also in the public sector.⁵³

Due to its characteristics, the technologies that are becoming known by the term “Distributed Ledger Technologies” (of which Blockchain is the greatest exponent), have the potential, for example, to help governments collect taxes, distribute benefits social security, register real estate deeds and basically guarantee the integrity of government records and services, according to a report by the UK’s Chief Scientific Adviser (GCSA).⁵⁴

⁵⁰ AINSWORTH, Richard T. SHACT, Andrew. Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud. Op. Cit.

⁵¹ O que é blockchain: indo além do Bitcoin. Available in: <<https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁵² ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4ª Revolução Industrial: Análise econômica da destruição criativa da economia disruptiva. Available in: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8363>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁵³ Tendências para sistemas microgrids em cidades inteligentes: uma visão sobre a blockchain. Available in: <<http://www.sbpo2017.iltc.br/pdf/169695.pdf>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁵⁴ STANLEY-SMITH, Joe. **Blockchain and tax**: What businesses need to know. International Tax Review. 9/12/2016, p33-33. 1p. Available in: <<http://www.internationaltaxreview.com/Article/3573467/Blockchain-and-tax-What-businesses-need-to-know.html>>. Access in: 09 oct. 2020.

In conclusion of this topic, see two analogies that portray well what Blockchain technology is: it is like a big ledger (where all the accounting movements of a company are registered) that is shared by all those who participate in the system, and in which all transactions are recorded irreversibly. It is the immutable and organized record in chronological order of all compiled and validated transactions that occurred on the network. It is generally public, unique and shared in a synchronized way by the participants. In a second analogy, in the words of Michael Merz, it can be said that a blockchain network is like a “coral reef in which only the last millimeters represent active biomass, the rest is just a dead image from the past, accessed only on rare occasions to check historical data”⁵⁵

This perception is already becoming common. At the 2017 World Economic Forum, more than 800 executives and technology experts were asked when they believed that a particular "turning point" would happen: when would a government be seen to collect taxes with Blockchain? The date that seemed most correct for the average would be in the year 2023. However, 73% of the interviewees stated that this would only happen in 2025. All these expectations were out of date, since the world saw China launch a system for this purpose in 2018!

52

2. Tax challenges that demonstrate some possibilities of blockchain technology

2.1 Difficulties in tax classification of goods

One of the biggest difficulties in the world's tax system is the correct classification of the goods with which business operations are carried out. The complexity is so great that some have even defined this science as "merceology". The correct classification of the tax classification guarantees the correct tax burden for the asset in question, and as a consequence, any error that occurs in it will result in overpayment or underpayment of any consequent tax.⁵⁶

The screw example is widely used to demonstrate the complexity of the tax classification system. See it in the words of Fábio Rodrigues de Oliveira⁵⁷:

Using some search engine at TIPI or TEC with the word "screw", we will have 9 codes that mention this term as return. Of these, the code 7318.14.00 is cited

⁵⁵ **Tendências para sistemas microgrids em cidades inteligentes:** uma visão sobre a blockchain. Available in: <<http://www.sbpo2017.iltc.br/pdf/169695.pdf>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁵⁶ **A complexa ciência da Classificação Fiscal de Mercadorias e o clássico exemplo do parafuso.** Available in: <http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=221745&key=4508828>. Access in: 10 jan. 2021.

⁵⁷ **A complexa ciência da Classificação Fiscal de Mercadorias e o clássico exemplo do parafuso.** Available in: <http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=221745&key=4508828>. Access in: 10 jan. 2021.

as an example, whose description is "Perforating screws". Could we just use that code? What if we chose the code 7318.12.00, which has the position "Other wood screws"?

Bearing in mind that our screw is not perforating and will not be used on wood, it does not seem that these classifications are the most appropriate. Therefore, we need to know a little more about our product, and in this sense, we will verify that it is a screw to be used in aircraft. We could then use a more generic code, 3926.90.90, whose description is "Bolts and nuts".

But if this screw will be used in aircraft, wouldn't it be the case to analyze chapter 88, which deals with aircraft, space devices and their parts? After all, won't the screw be a part of the aircraft? In this chapter we will not find the screw specifically, but we have the code 8803.30.00, the description of which is "Other parts of airplanes or helicopters".

Apparently, nothing would prohibit using this classification, however, analyzing NESH, we will find that this chapter comprises the parts and accessories recognizable as exclusively or mainly intended for the vehicles it encompasses. This is not the case with our screw, which also serves other purposes.

Perhaps it is better to return then to the screw of code 3926.90.90, which is more generic. However, we would be wrong, as this product is not composed of the same material as our screw, which is made of aluminum. Thus, in view of its composition, we will verify that aluminum and its works are listed in chapter 76 and our screw, more precisely, in code 7616.10.00, which covers "tacks, nails, scapulas, screws, pins or threaded bolts, nuts, threaded hooks, rivets, keys, dowels, cotter pin washers and similar devices".

(translated from the original Portuguese)

53

Here is a situation in which a system built on a network using Blockchain technology, in a transparent reliable way, with synchronized content between all the actors involved in international trade, would be able to bring enormous benefits. Such a system would allow traders, for example, to keep their businesses constantly updated with the tax and commercial rules issued by the competent entities without the great compliance costs that such care demands today, and with almost absolute precision! Each product manufacturers could register them and grading them for tax purposes in Blockchain network once, linking it to its proper numbering, and no part of the production chain could apply to it a different rating for absolute technical impossibility, thus zeroing the error count in tax classifications, among countless other benefits that would not be possible to exhaust within the limits proposed to this text.

2.2 Difficulties in combating tax evasion

Tax evasion is a social reality in Brazil, and it has been so for decades. Surveys show that tax evasion generates losses to public coffers that result in a value seven times greater than the estimated loss from corruption. Among the most evaded taxes in Brazil is the so called “ICMS” (a kind of VAT tax), and the discussions around this tax tend to be of very slow evolution due to its tax competence having been granted to the States by the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. Professor Lena Lavinás, from the Federal University of Rio de Janeiro, summarizes the structure of the Brazilian tax system:

[...] it is a tragedy, regressive, stung, taxes do not go to the hands that should go. Why can't we rethink VAT, the ICMS? Because they are from the states. Taxes and measures that could favor progressivity are not possible, due to our federative nature.⁵⁸

(translated from the original Portuguese)

By registering in a safe, immutable, transparent and detailed manner all the circulation of goods that occurred in the national territory, a Blockchain system would make tax evasion impossible, at least with regard to the loopholes left today by the deficient stock control system, for example. Sales without invoices would be easily identified, since the goods sold could be tracked even at the individual level. On the other hand, with the use of smart contracts and payment systems built on Blockchain, when the seller makes a sale via Invoice and receives the payment related to such product, the State will automatically receive the share of values referring to the taxation of circulation without the money ever being under the control of the merchant company. Thus, this type of fiscal default would tend to zero.⁵⁹

54

3. Potential uses of blockchain in the public sector and in tax compliance

As already stated above, Blockchain is a substitute for traditional archiving and control reports and also a facilitator for data matching work.⁶⁰

With regard specifically to the benefits of Blockchain for accounting, Compliance and auditing activities, one can list, for example⁶¹:

⁵⁸ **Sonegação de impostos é sete vezes maior que a corrupção.** Available in: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/sonegacao-de-impostos-e-sete-vezes-maior-que-a-corrupcao-9109.html>>. Access in: 05 jul. 2018.

⁵⁹ **Tecnologia blockchain pode mudar a forma como pagamos tributos.** Available in: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/maria-ticianara-araujo-blockchain-mudar-forma-pagar-tributos>>. Access in: 10 jan. 2021.

⁶⁰ **Blockchain and the future of accountancy.** Available in: <<https://www.icaew.com/en/technical/technology/blockchain/blockchain-articles/blockchain-and-the-accounting-perspective>>. Access in: 10 jan. 2021.

⁶¹ **Blockchain, contabilidade e auditoria: o que os contadores precisam saber?** Available in:

- The archiving of traceable audit evidence;
- The facilitation of automated audit processes;
- Secure authentication of transactions;
- Real-time monitoring of asset ownership;
- Historical record and inventory system for any asset, from raw materials to intellectual property.

(translated from the original Portuguese)

In simple terms, with regard to public agencies Blockchain could be used, according to SERPRO report⁶² (Brazilian company that offers technological solutions to the Federal Revenue), for example, to:

- Develop digital voting platforms that would enable voting in transit for all positions or even voting via a smartphone;
- Reduce bureaucracy in public registration services (birth certificate, patent, vehicle registration, etc.) and in the Brazilian notary system;
- Provide transparency and traceability to bidding processes;
- Automate the customs operation, giving more flexibility to Brazilian ports;
- Allow medical data such as medical records, prescriptions, vaccination cards, among others, to be digitalized and available to the entire network, but with access controlled by the patient.

55

(translated from the original Portuguese)

In the work “Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud” published by Boston University, researchers even point out that the European Union (EU) would be the first to adopt Blockchain technology for value added taxes, and this is explained by several reasons. Blockchain can bring a substantial increase in efficiency for charging VAT’s. It will reduce costs and at the same time build relationships of intergovernmental trust. Even more important: Blockchain can result in immediate revenue gains of around \$ 50 to \$ 60 billion euros per year in estimated losses due to fraud linked to transactions between member states of the group (MTIC - Missing Trader Intra-community Fraud).⁶³

<<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/blockchain-contabilidade-e-auditoria-o-que-os-contadores-precisam-saber.html>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁶² **Como utilizar a tecnologia blockchain no governo?** Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/como-utilizar-a-tecnologia-blockchain-no-governo>>. Access in: 10 jan. 2021.

⁶³ AINSWORTH, Richard T. SHACT, Andrew. **Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud**. Boston University School of Law. Law & Economics Working Paper No. 16-41. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2853428>. Access in: 10 jan. 2021.

It is also possible to locate institutional manifestations and impact studies of Blockchain in the tax area published by the four largest accounting and tax auditing and consulting firms in the world, the so-called “Big Four” (Deloitte⁶⁴, PWC⁶⁵, KPMG⁶⁶ and EY⁶⁷).

Deloitte, for example, in material entitled “Blockchain and its potential in taxes”⁶⁸, listed the following benefits for the application of this technology in transactions involving Value Added Taxes (VAT’s), among which the Brazilian ICMS can be included, exposing that, among other benefits, it could be seen:

- The workload for complying with ancillary obligations would be significantly reduced;
- Visualization of a company's finances immediately;
- Greater precision in the calculation of taxes due and reduction of the amount to be refunded due to undue taxation;
- The scope for fraud in value added taxes would be drastically reduced, since the same system that would enable the processing of the tax would also allow the transaction to be checked in a wide range of aspects, including with regard to the parties involved, legal and commercial context;

56

In PWC material entitled “How Blockchain technology could improve the tax system”⁶⁹ the firm presents some more in-depth reflections related to the verification of the Transfer Price. According to the company, Blockchain records transactions and could be applied to “transactional” taxes, such as “VAT’s”, for example. With regard to “transfer pricing”, in turn, technology could immutably record the decision-making process carried out when defining how the amounts would be distributed to the parties involved in the negotiation.

⁶⁴ **Deloitte** Touche Tohmatsu Limited, also known only as Deloitte, is headquartered in London, United Kingdom.

⁶⁵ PricewaterhouseCoopers, also called **PwC**, is one of the largest professional service providers in the world in the areas of auditing, consulting and other complementary services.

⁶⁶ **KPMG** was formed in 1987 with the merger of Peat Marwick International (PMI) and Klynveld Main Goerdeler (KMG) and its individual member companies.

⁶⁷ **EY** (formerly Ernst & Young) is one of the ten largest professional services companies in the world, present in 150 countries, in 728 offices, and with more than 231 thousand employees. The firm bases in London.

⁶⁸ **Blockchain technology and its potential in taxes.** Available in: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pl/Documents/Reports/pl_Blockchain-technology-and-its-potential-in-taxes-2017-EN.PDF>. Access in: 10 jan. 2021.

⁶⁹ **SCHOFIELD, Mark. How blockchain technology could improve the tax system.** Available in: <https://info.pwc.se/hubfs/Tax_matters/Pdf-filer_Tax_matters/How-blockchain-could-improve-the-tax-system.pdf?t=1520933878531>. Access in 10 jan. 2021.

4. Specific cases of blockchain application in Brazil: “bconnect” system and the “cbdc’s” – central bank digital currencies

Specifically, for Brazil, SERPRO (previously mentioned) created the first Blockchain platform aimed at the federal government, which is a cloud infrastructure for instantiating Blockchain networks and nodes in these networks.⁷⁰ According to the company, the platform offers the government agility to create and expand Blockchain networks to support numerous types of public services, reducing transaction costs and providing extra security and privacy guarantees⁷¹.

It is also worth mentioning that in the current tax system in Brazil any sale of goods must be informed in numerous components obligations of the so called “SPED” system by the seller and also the buyer, while the transport of goods from one establishment to the other has to be informed in the bill of lading (CT-e), and the ICMS currently levied (both debit and credit) must be stated in the books and statements of the State(s) involved in the operation. In this example one can envisage that if the tax system were integrated in the form of intelligent contracts in Blockchain, the condition (sale of goods) could be able, for example, to auto run the filling accessory obligations, thus avoiding that identical data having to be entered manually into the system by both the seller and the acquirer.⁷² The gain in terms of facilitating the storage and collection of Compliance tax and also the reduction of costs of assets and controlling business management, for example, would be immense.

Salutary at this time is to also mention the brand-new system “bConnect”, a blockchain network developed also by the SERPRO to the IRS of Brazil, which began to be used in October 2020 to connect the customs of Brazil, Argentina, Paraguay and Uruguay. The platform guarantees the authenticity and security of customs data shared between Mercosur countries.⁷³ The network in question begins by allowing the sharing of information from Authorized Economic Operators

⁷⁰ **Blockchain traz economia e segurança para serviços governamentais.** Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/blockchain-traz-economia-e-seguranca-para-servicos-governamentais>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁷¹ **Serpro lança plataforma Blockchain.** Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/serpro-lanca-plataforma-blockchain-2>>. Access in: 09 oct. 2020.

⁷² BICHARA, Luiz Gustavo A. S. MONTENEGRO, Rafaela Monteiro. **A relação entre blockchain e obrigações acessórias os desafios da simplificação tributária no Brasil.** Revista dos Tribunais, vol. 994/2018. Available in: <<http://www.bicharalaw.com.br/uploads/biblioteca/ee73756a6e3f9f7438afca7252d145cd.pdf>>. Access in: 05 jul. 2018.

⁷³ **Aduanas do Mercosul já estão conectadas pelo blockchain.** Available in: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2020/aduanas-mercosul-conectadas-blockchain#:~:text=0%20bConnect%2C%20rede%20blockchain%20desenvolvida,%2C%20Argentina%2C%20Paraguai%20e%20Uruguai>>. Access in 02 nov. 2020.

(OAS's), however there is already a forecast for an increase in the network to meet the sharing of information from Customs Declarations.

In the words of Sergio Alencar, tax auditor of Brazil's Federal Revenue and one of the project managers on the integration of customs Mercosur, the system will facilitate the exchange of information and help overcome classic challenges of all Customs, reshaping the culture of information exchange that still happens today through emails.⁷⁴

Therefore, in the last quarter of 2020, we may have lived a moment that was historic, with the start of the use of a system in blockchain developed by Brazil for purposes of facilitating exchanges of information on foreign trade between countries of Mercosur. It is not difficult to foresee the immense potential of such a tool if it is in fact widely implemented also to the Customs Declarations. Reflections for the purpose of facilitating tax audit (interest of the States) as well as the activities of Compliance Tax (interest of the taxpayers) would be significant.

In a complementary way to these tax audit systems using blockchain we can also see rising initiatives in several countries regarding institutionalized cryptocurrency emission. Glimpsed in a frame, the digital blockchain asset would be recognized as legal currency and greatly facilitate the activities of the national central banks, as well as they would bring major efficiency gains to them.

58

At the beginning of the year 2020, financial analysts already saw that governments and central banks were no longer managing to make their "quantitative easing" measures - that is, creating currency in order to stimulate the economy - reach those who need it. The theory (of providing liquidity to banks via quantitative easing, so that they could lend to individuals and companies) has not proved to be effective, as a good part of such values ends up being retained in the banking system itself, due to a number of reasons.⁷⁵ This phenomenon, which started after the 2008 financial crisis, became much more intense during the coronavirus pandemic in 2020.

Since then, several central banks are considering "transforming" their national currencies into cryptocurrencies, with characteristics similar to the well-known "Bitcoin".

The Central Bank of England ("Bank of England") was one of the first to address the issue, in a speech by its President in August 2019, especially motivated by the debates existing at the time about "Libra" (a private cryptocurrency project led by the company Facebook⁷⁶). In its statement,

⁷⁴ **bConnect entra em uso no início de 2020**. Available in: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/bconnect-uso-inicio-2020-blockchain-serpro>>. Access in: 02 nov. 2020.

⁷⁵ A grande mudança monetária e bancária que está por vir – está preparado? Available in: <<https://www.mises.org.br/article/3303/a-grande-mudanca-monetaria-e-bancaria-que-esta-por-uir--esta-preparado?fbclid=IwAR0GILmtxDIVGAHq3RUJXcfbXfC3G5TcC3-oUzMtWA36lgunnUXic52uM4>>. Access in: 02 nov. 2020.

⁷⁶ Libra: a criptomoeda que o Facebook quer implementar. Available in: <<https://exame.com/future-of-money/dinheiro-tendencias/libra-a-criptomoeda-que-o-facebook-quer-implementar/>>. Access in: 02 nov. 2020.

the “Bank of England” recalled the importance of regulatory standards being developed as soon as possible, to avoid having to be built after any systemic change in the sector arises.⁷⁷ The International Monetary Fund (IMF) has also been addressing the issue in an open way, having even held conferences on the subject.⁷⁸

The European Central Bank has gone even further, and has said that it is stepping up efforts to develop a digital euro⁷⁹.

In order not to become too extensive or repetitive, it is worth mentioning here briefly the existence of pronouncements by the Central Bank of Sweden⁸⁰, by the Central Bank of China⁸¹ and the Federal Reserve⁸², from the USA, all of whom are already carrying out experiments and/or studying or implementing some form of cryptocurrency to be issued. A similar scenario can also be seen in Brazil, with Economy Minister Paulo Guedes even speaking recently about it and stating that Brazil will also have a digital currency, and that the project is being studied by the Central Bank of Brazil since August 2020.⁸³

59

The implementation of a digital state currency via Blockchain, with absolute and real-time tracking, would have disruptive impacts (to say the least) on the National Tax System and on Tax Compliance activities, which will not be addressed in this opportunity due to the necessary brevity of this text.

5. Final considerations

As seen, blockchain technology has a clear disruptive character and wide application in several sectors, and should therefore be thoroughly studied in all its aspects.

This work had the general objective of presenting the potentials for using “Blockchain” technology in tax compliance, as well as its disruptive potential and its applicability in real cases and problems.

77 The growing challenges for monetary policy in the current international monetary and financial system. Available in: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/speech/2019/the-growing-challenges-for-monetary-policy-speech-by-mark-carney.pdf>>. Access in 02 nov. 2020.

78 Cross-Border Payments – A vision for the future. Available in: <<https://meetings.imf.org/en/2020/Annual/Schedule/2020/10/19/imf-cross-border-payments-a-vision-for-the-future>> Access in 02 nov. 2020.

79 ECB intensifies its work on a digital euro. Available in: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr201002~f90bfc94a8.en.html>>. Access in: 02 nov. 2020.

80 Sweden starts testing world's first central bank digital currency. Available in: <<https://www.reuters.com/article/us-cenbank-digital-sweden/sweden-starts-testing-worlds-first-central-bank-digital-currency-idUSKBN20E26G>>. Access in 02 nov. 2020.

81 People's Bank of China kicks off digital currency trials. Available in: <<https://www.zdnet.com/article/peoples-bank-of-china-kicks-off-digital-currency-trials/>>. Access in: 02 nov. 2020.

82 Payments and the Pandemic. Available in: <<https://www.clevelandfed.org/en/newsroom-and-events/speeches/sp-20200923-payments-and-the-pandemic.aspx>>. Access in: 02 nov. 2020.

83 Brasil terá moeda digital, diz Guedes. Available in: <<https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/11/4886713-brasil-tera-moeda-digital-diz-guedes.html>>. Access in 02 dec. 2020.

The specific objective was to present to the scholar or professional in the tax area how much this technology can impact and transform his routine in the coming years. The method adopted was the inductive one, operationalized by research in bibliographic and jurisprudential sources from physical or digital media

Research has shown that blockchain technology can, in fact, be applied efficiently and with disruptive potential in the tax compliance sector. The work proved and concluded that this technology has the potential to exponentially increase the level of fiscal and tax control by companies and governments and may even make it impossible tax evasion to occur or even the non-payment of taxes.

It is worth noting that blockchain as a “machine for generating confidence” is not a substitute for the state itself, but for the way in which intermediaries and the current state model have operated. Thus, some say that will be possible, through it, to reconstruct the idea of jurisdiction and the dependence of it to the state itself, as well as the notion that we currently have for territoriality.⁸⁴

⁸⁴ RIBEIRO, Gustavo Ferreira. MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. **A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança.** Available in: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>>. Access in: 09 oct. 2020.

A complexa ciência da Classificação Fiscal de Mercadorias e o clássico exemplo do parafuso. Available in: <http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=221745&key=4508828>. Access in: 10 jan. 2021.

A grande mudança monetária e bancária que está por vir – está preparado? Available in: <<https://www.mises.org.br/article/3303/a-grande-mudanca-monetaria-e-bancaria-que-esta-por-vir--esta-preparado?fbclid=IwAR0GILmItxDIVGAHq3RUJXcfbXfC3G5TcC3-oUzMtWA36lgunnUXic52uM4>>. Access in: 02 nov. 2020.

Aduanas do Mercosul já estão conectadas pelo blockchain. Available in: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2020/aduanas-mercosul-conectadas-blockchain#:~:text=0%20bConnect%2C%20rede%20blockchain%20desenvolvida,%2C%20Argentina%2C%20Paraguai%20e%20Uruguai.>>. Access in 02 nov. 2020.

AINSWORTH, Richard T. SHACT, Andrew. Blockchain (Distributed Ledger Technology) solves VAT fraud. Boston University School of Law. Law & Economics Working Paper No. 16-41. Available in: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2853428>. Access in: 09 oct. 2020.

ARAUJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. Perspectivas do Direito Tributário na 4ª Revolução Industrial: Análise econômica da destruição criativa da economia disruptiva. Available in: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8363>>. Access in: 09 oct. 2020.

bConnect entra em uso no início de 2020. Available in: <<https://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2019/bconnect-uso-inicio-2020-blockchain-serpro>>. Access in: 02 nov. 2020.

BICHARA, Luiz Gustavo A. S. MONTENEGRO, Rafaela Monteiro. A relação entre blockchain e obrigações acessórias os desafios da simplificação tributária no Brasil. Revista dos Tribunais, vol. 994/2018. Available in: <<http://www.bicharalaw.com.br/uploads/biblioteca/ee73756a6e3f9f7438afca7252d145cd.pdf>>. Access in: 05 jul. 2018.

Blockchain and the future of accountancy. Available in: <<https://www.icaew.com/en/technical/technology/blockchain/blockchain-articles/blockchain-and-the-accounting-perspective>>. Access in: 10 jan. 2021.

Blockchain technology and its potential in taxes. Available in: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/pl/Documents/Reports/pl_Blockchain-technology-and-its-potential-in-taxes-2017-EN.PDF>. Access in: 10 jan. 2021.

Blockchain traz economia e segurança para serviços governamentais. Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/blockchain-traz-economia-e-seguranca-para-servicos-governamentais>>. Access in: 09 oct. 2020.

Blockchain, contabilidade e auditoria: o que os contadores precisam saber? Available in: <<https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/blockchain-contabilidade-e-auditoria-o-que-os-contadores-precisam-saber.html>>. Access in: 09 oct. 2020.

Brasil terá moeda digital, diz Guedes. Available in: <<https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2020/11/4886713-brasil-tera-moeda-digital-diz-guedes.html>>. Access in 02 dec. 2020.

Como utilizar a tecnologia blockchain no governo? Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/como-utilizar-a-tecnologia-blockchain-no-governo>>. Access in: 10 jan. 2021.

Cross-Border Payments – A vision for the future. Available in: <<https://meetings.imf.org/en/2020/Annual/Schedule/2020/10/19/imf-cross-border-payments-a-vision-for-the-future>> Access in 02 nov. 2020.

ECB intensifies its work on a digital euro. Available in: <<https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ecb.pr201002~f90bfc94a8.en.html>>. Access in: 02 nov. 2020.

62

Libra: a criptomoeda que o Facebook quer implementar. Available in: <<https://exame.com/future-of-money/dinheiro-tendencias/libra-a-criptomoeda-que-o-facebook-quer-implementar/>>. Access in: 02 nov. 2020.

O que é blockchain: indo além do Bitcoin. Available in: <<https://tecnoblog.net/227293/como-funciona-blockchain-bitcoin>>. Access in: 09 oct. 2020.

Payments and the Pandemic. Available in: <<https://www.clevelandfed.org/en/newsroom-and-events/speeches/sp-20200923-payments-and-the-pandemic.aspx>>. Access in: 02 nov. 2020.

People's Bank of China kicks off digital currency trials. Available in: <<https://www.zdnet.com/article/peoples-bank-of-china-kicks-off-digital-currency-trials/>>. Access in: 02 nov. 2020.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira. MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. A reconstrução da jurisdição pelo espaço digital: redes sociais, blockchain e criptomoedas como propulsores da mudança. Available in: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5028>>. Access in: 09 oct. 2020.

SCHOFIELD, Mark. How blockchain technology could improve the tax system. Available in: <https://info.pwc.se/hubfs/Tax_matters/Pdf-filer_Tax_matters/How-blockchain-could-improve-the-tax-system.pdf?t=1520933878531>. Access in 10 jan. 2021.

Serpro lança plataforma Blockchain. Available in: <<http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/serpro-lanca-plataforma-blockchain-2>>. Access in: 09 oct. 2020.

Sonegação de impostos é sete vezes maior que a corrupção. Available in: <<https://www.cartacapital.com.br/economia/sonegacao-de-impostos-e-sete-vezes-maior-que-a-corrupcao-9109.html>>. Access in: 05 jul. 2018.

STANLEY-SMITH, Joe. Blockchain and tax: What businesses need to know. *International Tax Review*. 9/12/2016, p33-33. 1p. Available in: <<http://www.internationaltaxreview.com/Article/3573467/Blockchain-and-tax-What-businesses-need-to-know.html>>. Access in: 09 oct. 2020.

Sweden starts testing world's first central bank digital currency. Available in: <<https://www.reuters.com/article/us-cenbank-digital-sweden/sweden-starts-testing-worlds-first-central-bank-digital-currency-idUSKBN20E26G>>. Access in 02 nov. 2020.

Tecnologia blockchain pode mudar a forma como pagamos tributos. Available in: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/maria-ticianara-araujo-blockchain-mudar-forma-pagar-tributos>>. Access in: 10 jan. 2021.

63

Tendências para sistemas microgrids em cidades inteligentes: uma visão sobre a blockchain. Available in: <<http://www.sbpo2017.iltc.br/pdf/169695.pdf>>. Access in: 09 oct. 2020.

The growing challenges for monetary policy in the current international monetary and financial system. Available in: <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/speech/2019/the-growing-challenges-for-monetary-policy-speech-by-mark-carney.pdf>>. Access in 02 nov. 2020.

COMUNICAÇÃO E TREINAMENTO COMO FERRAMENTAS DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE TRABALHISTA

*COMMUNICATION AND TRAINING AS TOOLS OF A
LABOR COMPLIANCE PROGRAM*

Fernanda Ulysséa Pereira 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

fernandaulyssea@gmail.com

Laura Becker Werlang 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

laurawerlang@yahoo.com.br

Resumo

Ao implantar um programa de compliance as organizações necessitam se preocupar com a disseminação e adesão dessa cultura a toda sua estrutura hierárquica, mantendo colaboradores e alta direção em constante atualização e aprimoramento. Por possuir o compliance uma estrutura composta de nove pilares, pretende-se com o presente artigo analisar, através de pesquisa bibliográfica, o quinto pilar que é o da comunicação e treinamento aliado as práticas trabalhistas, por ser fundamental que ocorra a aproximação do compliance ao Direito do Trabalho e sua aplicação no âmbito laboral. Estar em compliance é estar em conformidade com normativas externas e internas, portanto, tais normas devem ser devidamente comunicadas a toda organização. O artigo 42 do Decreto 8.420, em seu inciso IV traz a importância dos treinamentos em um programa de compliance. A publicidade dos valores empresariais e das normas a serem seguidas por todos indivíduos em um ambiente empresarial se dá através da comunicação. O treinamento é uma ferramenta utilizada para consolidar condutas, prevenir riscos, fazendo com que todos os colaboradores absorvam a cultura organizacional da empresa. A metodologia a ser utilizada para a realização e elaboração do presente artigo, será através da coleta de dados e informações e realização de pesquisas bibliográficas, nacional e estrangeira, em livros, artigos, materiais disponíveis na internet e outras monografias e artigos públicos. Também se caracteriza como pesquisa documental, realizada a partir de leis, jurisprudências e outras normas. O método de procedimento é o monográfico, pois a pesquisa destina-se a um estudo direcionado de uma temática específica. Utilizar-se de boas ferramentas de gestão é fundamental para implementação e manutenção de um programa de compliance efetivo, tendo a comunicação e o treinamento papel importante para boa condução empresarial.

Palavras-chave: Compliance; Comunicação; Direito do Trabalho; Treinamento.

Abstract

When implementing a compliance program, organizations need to be concerned with the dissemination and adherence of this culture to their entire hierarchical structure, keeping employees and senior management in constant update and improvement. As compliance programs have a structure composed of nine pillars, this article intends to analyze, through bibliographic research, the fifth pillar, which is communication and training combined with labor practices, as it is essential that the approximation of the compliance with Labor Law and its application in the workplace. To be in compliance is to be in compliance with external and internal regulations, therefore, these regulations must be duly communicated to the entire organization. Article 42 of Decree 8,420, in item IV, highlights the importance of training in a compliance program. Advertising of business values and standards to be followed by all individuals in a business environment occurs through communication. Training is a tool used to consolidate conduct, prevent risks, making all employees absorb the company's organizational culture. The methodology to be used for the realization and elaboration of this article, will be through the collection of data and information and bibliographic research, national and foreign, in books, articles, materials available on the internet and other monographs and public articles. It is also characterized as documentary research, based on laws, jurisprudence and other rules. The procedure method is monographic, as the research is aimed at a targeted study of a specific theme. Using good management tools is essential for the implementation and maintenance of an effective compliance program, with communication and training an important role for good business management.

Keywords: Compliance; Communication; Labor Law; Training.

1. Introdução

Nos últimos anos, o Brasil passou por inúmeras modificações em seu ambiente regulatório, tendo os programas de *compliance* importante papel nessas mudanças. Os escândalos que assombraram a história da política brasileira estão passando por uma nova etapa com a entrada em vigor da lei anticorrupção nacional (Lei nº 12.846/13).

O Programa de Integridade (ou Compliance), conceituado no artigo 41, do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a lei anticorrupção nacional, possui o condão de estabelecer medidas para prevenir, detectar e remediar atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Por este motivo, cada vez mais cresce o número de empresas que buscam “estar em Compliance”, ou seja, estar em conformidade com as leis, normas e regulamentos externos e internos que impactam sua atividade diretamente.

Não existe “receita de bolo” para a implementação de um programa de compliance. É necessário pensar no tamanho, na complexidade e principalmente nos riscos da operação que cada empresa desenvolve. Tal iniciativa não se limita ao estabelecimento e a publicação de códigos de ética ou de conduta.

O decreto 8.420/15 traz uma série de requisitos para que um programa de *compliance* seja avaliado quanto a sua existência e funcionamento. Chamaremos esses requisitos de “pilares”, que nada mais são que as bases para se estruturar um sistema complexo, como é o caso do *compliance*, assegurando a integridade nas organizações. Quando se tem pilares bem estruturados, verifica-se uma mudança cultural na organização e o pilar da comunicação e treinamento possui extrema importância no desenvolvimento disso.

2. O Compliance trabalhista

Nos anos 70, por haver uma preocupação na época em relação à corrupção, os programas de *compliance* passaram a se popularizar. Na década de 90 ocorreu o surgimento do *compliance* no Brasil, com a Lei de Lavagem de Dinheiro, especificamente em 1998.

O termo *compliance* advém da “língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto”⁸⁵

85 SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal nos deveres de compliance. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, n. 226, p. 13-14, set. 2011, p. 13; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 12, n. 54, p. 93-121, jul./set., 2014, p. 119.

Souza aduz que as medidas de *compliance* nas organizações visam “assegurar que sejam cumpridas as regras vigentes para elas e para seus funcionários, bem como que eventuais infrações sejam descobertas ou noticiadas, com punição de seus autores”.⁸⁶

Com o forte impulso que o tema ganhou, o instituto do *compliance* passou a não se limitar apenas a ideia de combate à corrupção, alcançando diversas outras áreas do Direito, incluindo o Direito do Trabalho. Assim sendo, estudar a relação entre o *compliance* e as relações trabalhistas se mostra salutar para o bom desenvolvimento empresarial. Nesta linha, o conceito de *compliance* no meio corporativo:

[...] está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização. E, cada vez mais, o Compliance vai além do simples atendimento à legislação, busca consonância com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas.⁸⁷

68

Por estar relacionado as boas práticas empresariais, seguindo o entendimento exposto acima, Rosana Kim Jobim afirma que “compliance seria um novo modelo de gestão. Traduzindo-se na boa governança corporativa que vai de encontro ao abuso de poder dentro das empresas, podendo ser definida como uma ferramenta de gerenciamento de riscos de uma empresa [...]”.⁸⁸

Tomaz e Espindola aduzem que a conceituação do *compliance* é muito mais ampla do que pura e simplesmente a busca pela implementação e pelo cumprimento das exigências legais, estando, fundamentalmente, atrelado a preservação de princípios éticos.⁸⁹ Os autores ainda referem, trazendo aproximação com o significado da palavra “ética”, que os programas de *compliance* preservam a sociedade a partir da moralidade e dos valores de cada indivíduo.⁹⁰

O compliance então se apresenta como um mecanismo “voltado para a concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa, não sendo definido apenas como um instituto de simples cumprimento de regras formais, mas um instituto de alcance muito mais amplo.”⁹¹

⁸⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance.** *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 12, n. 54, p. 93-121, jul./set. 2014, p. 119.

⁸⁷ GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática.** São Paulo: 2014, 1ª edição, p. 20.

⁸⁸ JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho.** Entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.29.

⁸⁹ ESPÍNDOLA, Maria Fernanda; TOMAZ, Roberto Epifanio. **Compliance: o que é, objetivo, aplicação e benefícios.** *Revista Síntese de Direito Empresarial*, São Paulo, ano 10, n. 57, p. 9-20, jul./ago. 2017, p. 11.

⁹⁰ ESPÍNDOLA, Maria Fernanda; TOMAZ, Roberto Epifanio. **Compliance: o que é, objetivo, aplicação e benefícios.** *Revista Síntese de Direito Empresarial*, São Paulo, ano 10, n. 57, p. 9-20, jul./ago. 2017, p. 11.

⁹¹ SIQUEIRA, Felipe de Poli de; MICHELETTO, Francieli. **Compliance consumerista: uma relação de credibilidade entre a entidade**

É preciso considerar que cada organização possui diretrizes, missão, visão e valores distintos, tendo o instrumento de *compliance* a tarefa de se adaptar ao meio laboral em que executado. Leandro Sarcedo aduz “Assim, a estruturação de um *compliance programme* deve atender a uma perspectiva estratégica e, como já se disse, construída dentro da realidade negocial da companhia, abrangendo áreas tão diversas, embora igualmente importantes [...]”⁹². Nessa linha, trazendo uma aproximação do instituto do *compliance* com as relações trabalhistas, importante se faz compreender e estudar o *compliance* trabalhista.

Uma vez identificado que o *compliance* caracteriza-se pela adoção de práticas que promovem um comportamento empresarial (e de todos os elementos da complexa atividade) em conformidade com as normas internas e externas, e com um comportamento ético que não pode ficar alheio ao ramo do Direito do Trabalho, é possível afastar-se do entendimento comum de que *compliance* estaria vinculado apenas ao Direito Penal.⁹³

69

O instituto do *compliance* trabalhista pode ser definido como a “adoção de medidas para o cumprimento das leis e regulamentos relativos às relações de trabalho, o que inclui, além dos empregados da empresa, os trabalhadores autônomos e terceirizados, bem como a valorização da ética e da transparência na cultura organizacional”.⁹⁴

Trigueiro menciona que “Desse modo têm-se o *compliance* trabalhista como a aplicação adequada das leis trabalhistas, instrumentos coletivos e estatutos internos das empresas.”⁹⁵

Diversas são as práticas que podem ser aplicadas nas relações de trabalho através da implementação de um programa de *compliance*. Neste viés, Trigueiro exemplifica algumas:

Desse modo, visando adequar as relações de trabalho com seus princípios regentes é possível com base em alguns programas de *compliance* que já têm sido adotados pelas pessoas jurídicas, aplicar também nas relações de trabalho algumas medidas pertinentes, como: mapeamento e gerenciamento de riscos e vulnerabilidades existentes, buscando implementar políticas específicas voltadas aos principais riscos encontrados no meio ambiente de trabalho e no relacionamento do empregado e empregador; desenvolvimento e implementação de Políticas, Processos e Estruturas que assegurem o *Compliance*; engajamento e educação efetiva do gestor e demais agentes que

corporativa e o consumidor. Porto Alegre: Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, v. 4, n. 2, p. 71 – 87, Jul/Dez. 2018, p. 74.

⁹² SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: Editora LiberArs, 2016, 1ª edição, p. 48.

⁹³ JOBIM, Rosana Kim. **Compliance e Trabalho**. Entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p.15.

⁹⁴ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Dos Danos e dos Custos e Instrumentos de Prevenção. De acordo com a Reforma Trabalhista. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 145.

⁹⁵ TRIGUEIRO, Sheyla Martins dos Santos. **Compliance nas relações de um trabalho como instrumento de fomentação de um meio ambiente do trabalho equilibrado**. Caderno de Pós-graduação em Direito: Direito do trabalho contemporâneo / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.], Brasília: UniCEUB: ICPD, 2019, p. 72.

constituem a relação trabalhista para o estabelecimento ou reforço da Cultura de Ética e boa fé; Boas práticas na atuação do poder diretivo patronal para comunicação transparente; Implementação de Canais de Denúncia, Sistemas de Reporte, Matriz de Risco, Processos e Controles; workshops visando a apresentação de metodologias inovadoras para conscientização, formação ou transformação cultural, inclusão ou reforço da Ética e do Compliance como valores da empresa; treinamento dos gestores em temas específicos de compliance; uma atuação preventiva e contenciosa em todos os temas de compliance; o funcionamento de agente operacional efetivo, o compliance officer; inclusão de especialistas voltados a prevenção de acidentes do trabalho atos abusivos do poder diretivo.⁹⁶

Para que se tenha uma estrutura de *compliance* aplicada de forma completa, ou seja, com mecanismos de prevenção e de gerenciamento, importante a adoção de instrumentos pertencentes a um programa de *compliance*. É necessário que o empregador promova meios de instrução dos seus funcionários, como forma de estímulo e de disseminação da cultura empresarial. Para tanto, merece destaque a ferramenta da comunicação e treinamento.

3. O desenvolvimento dos programas de compliance

70

No desenvolvimento do programa de compliance, o responsável (ou responsáveis) por implementá-los, deve(m) ter em mente que o objetivo primordial é prevenir, detectar e remediar atos ilícitos que possam afetar a organização⁹⁷. Para isso, seguir um “roteiro” pode ser de grande valia.

Este “roteiro” nada mais é que desenvolver os pilares de compliance, que são: 1. Comprometimento da Alta Administração; 2. Análise de riscos (*risk assessment*); 3. Código de conduta e políticas internas; 4. Controles internos; 5. Comunicação e treinamento; 6. Canais de denúncia; 7. Investigações internas; 8. *Due Diligence*; e 9. Auditoria e monitoramento.

Esses nove pilares formam um sistema complexo, que deve ser pensado como se fossem engrenagens que, para funcionar de forma plena, uma precisa da outra. Ou seja, o programa deve estar em constante “movimento”. Além disso, é essencial contar com uma equipe (ou pessoa responsável) multidisciplinar, que consiga identificar os riscos de cada área da empresa, no intuito de mitigá-los, pois o *compliance*, ao fim e ao cabo, nada mais almeja que reduzir os riscos de uma organização, de relações negociais, etc.

96 TRIGUEIRO, Sheyla Martins dos Santos. Compliance nas relações de um trabalho como instrumento de fomentação de um meio ambiente do trabalho equilibrado. Caderno de Pós-graduação em Direito: Direito do trabalho contemporâneo/coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.], Brasília: UniCEUB: ICPD, 2019, p. 71-72.

97ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p. 27.

Para que um programa de *compliance* seja efetivo, a disseminação das regras empresariais, bem como, a divulgação de ações em que a organização está engajada, são elementos que devem ser transmitidos com clareza para todos os níveis hierárquicos que compõem a empresa, visando proporcionar para as partes atuantes na relação de trabalho um meio ambiente laboralequilibrado.

A implantação de programa de *compliance* é importante para refletir a cultura organizacional da empresa, sendo que organizações que prezam pelo cumprimento das normas, pela valorização do empregado e pela preocupação com o social tendem a transferir essa cultura aos empregados, que passam a agir da mesma forma.⁹⁸

O passo a passo da implantação deve ser documentada para comprovar ao agente fiscalizador tudo o que foi feito para tornar o ambiente negocial e de trabalho os mais íntegros e transparentes possíveis.

4. A comunicação e o treinamento

71

É necessário manter uma rotina de comunicação e treinamento para que os valores, normas, políticas e procedimentos sejam disseminados em toda a organização. Com relação aos diversos interesses existentes em todas as relações laborais, a comunicação tem papel fundamental na forma como será abordada dentro da organização, conforme explica Wagner Giovanini: “A comunicação adotará formatos, linguagem e abordagem peculiares para abranger, adequadamente, os públicos interno e externo, porquanto estes formarão diferentes grupos, de acordo com a cultura, o nível educacional e sua posição profissional [...]”.⁹⁹

Todos os membros da organização devem estar cientes das práticas de *compliance* adotadas no ambiente do qual fazem parte. A ferramenta da comunicação e do treinamento é imprescindível para a adesão e propagação das boas práticas empresariais. E esse pilar é desenvolvido diariamente, muito com o respaldo do canal de denúncias da organização, que serve de prevenção a possíveis danos a empresa. Muito dos conteúdos da comunicação e do treinamento são desenvolvidos pelas denúncias realizadas pelos colaboradores, que servem de alertas para o(s) responsável(eis) pelo *compliance*.

Nesse diapasão, é importante que haja um plano de ação de comunicação e treinamento para que se tenha foco em quais assuntos serão abordados ao longo do período a ser determinado pelo(s) responsável(eis) pelo *compliance*. Além disso, dependendo da temática a ser abordada, é

⁹⁸ MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Dos Danos e dos Custos e Instrumentos de Prevenção. De acordo com a Reforma Trabalhista. Curitiba: Juruá Editora, 2018, p. 148.

⁹⁹ GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: 2014, 1ª edição, p. 291.

importante que defina objetivos e público-alvo. Melhor explicando. Para que este pilar seja efetivo, além dos objetivos estarem claros, deve-se identificar quais conteúdos serão abordados e se é necessário classificá-los por público-alvo.

Por exemplo: é super importante que todos os colaboradores saibam qual é o canal de denúncias de uma organização e suas características, ou seja, a comunicação e o treinamento deve ser para todos, de forma ampla e geral. Porém, um conteúdo sobre procedimento licitatório, será que todos os colaboradores devem receber comunicação e treinamento sobre isso? Não seria melhor apenas aqueles que lidam com isso diariamente receber o foco do conteúdo? Parece que sim.

Dessa forma, muitos programas de compliance estruturarão seu pilar de comunicação e treinamento de *modus* a classificar grupos de pessoas para receber determinado tipo de conteúdo, com base em critérios pré-definidos.

De forma prática, a comunicação seria algo mais superficial, de forma a enfatizar, de forma, inclusive, mais contínua, a todos os colaboradores, a importância dos objetivos do compliance serem cumpridos por todos. De outro lado, o treinamento é algo mais profundo, quando se pretende enfatizar algum ponto “específico”, de maior notoriedade¹⁰⁰.

72

5. A importância da comunicação

Cada organização desenvolve seu programa de compliance com base em sua estrutura, poder aquisitivo, nicho de mercado, etc. Cada pilar deve ser assim estruturado, e não seria diferente quanto aos veículos de comunicação. Deve-se priorizar, num primeiro momento, os mecanismos que a empresa já utiliza para se comunicar internamente, como e-mails, intranet, murais de aviso, reuniões, etc. Durante a maturação do programa, pode-se pensar em outras ferramentas.

Os funcionários da organização precisam estar cientes da cultura em que estão inseridos, que devem ser éticos, coerentes em suas decisões, agir com transparência, pois se assim não for, sofrerão sérias sanções. A comunicação é de grande valia no auxílio ao desenvolvimento da cultura organizacional que, em muitos lugares, tem muito a ser modificada.

Deve-se informar que o compliance está se desenvolvendo na empresa, que os canais de denúncias estão ativos e “operantes”, que os diretores estão comprometidos com a ética e que esperam isso de seus colaboradores. É um voto de confiança depositado em cada um. Se isso está diariamente, ou pelo menos de forma periódica, inserido no ambiente de trabalho, aos poucos

¹⁰⁰GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: 2014, 1ª edição, p. 332.

os próprios colegas de trabalho cobrarão uns dos outros pela transparência. Somos afetados diretamente pelas pessoas que estão ao nosso redor.

6. Treinamentos

Dependendo para qual grupo, inovar no método de como é e por quem é realizado treinamento é interessante, como trazer profissionais de fora da organização especializados no assunto em pauta,

O(s) responsável(eis) pelo compliance deve(m) desenvolver em seu plano de comunicação e treinamento metodologias de verificação de retenção do conteúdo abordado. Ou seja, se os colaboradores realmente apreenderam o assunto da comunicação e/ou do treinamento. De nada adianta realizar comunicações e treinamentos se no dia seguinte ninguém mais sabe do seu conteúdo ou pelo menos do mínimo. Pois talvez seja necessário realizar novamente um treinamento como, por exemplo, sobre assédio pois o canal de denúncias continua recebendo reportes de pessoas cometendo tais ilicitudes, porém sem apontar nomes. Nesse sentido:

73

Sugere-se também que os funcionários treinados sejam submetidos a uma breve avaliação de retenção dos principais conceitos transmitidos, para assegurar a efetividade mínima do mecanismo. Em regra, contar rão somente com treinamentos eletrônicos não é aconselhável. Esse tipo de mecanismo costuma ser selecionado por grandes empresas, que têm dificuldades em reunir seus colaboradores em um só espaço, a um só tempo, para explicações sobre o programa de compliance.¹⁰¹

Dessa forma, verifica-se que a comunicação e o treinamento são complementares, fazendo com que se previna atos ilícitos no ambiente de trabalho, evitando, assim, que a boa imagem e a reputação da empresa sejam comprometidas, o que inviabilizaria o andamento do negócio.

7. Considerações finais

O programa de compliance quando elaborado apenas para seguir padrões legais tende ao fracasso. É crucial que a empresa (diretores, gerentes e demais colaboradores) se comprometam com o compliance, não porque poderão ser penalizados em caso de não implementação, mas porque compreenderam a importância do compliance.

¹⁰¹ BLOK, Marcela. **Compliance e governança corporativa**: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019. p. 50.

Assim, quando o programa que é estruturado com propósitos claros e definidos, que efetivamente espera fazer a diferença dentro de uma organização, tem tudo para corroborar com o crescimento do negócio, bem como com a construção de um ambiente de trabalho íntegro e transparente.

Quanto ao pilar da comunicação e do treinamento é relevante trazer à público os temas de compliance de forma mais leve e estimulante, para que os colaboradores sintam que os assuntos, apesar de, por vezes, serem de extrema complexidade, podem ser abordados e tratados de forma simples e corriqueira.

Apesar de ser um pilar que possa ter alto gasto financeiro, é um dos que mais tornam o compliance efetivo, pois é através dele que os colaboradores compreendem a importância de ser íntegro, correto e transparentes em suas ações, tanto como funcionário de uma organização como cidadão inserido em uma sociedade democrática.

- ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p. 27.
- BLOK, Marcela. Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015. 2ª ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019
- ESPÍNDOLA, Maria Fernanda; TOMAZ, Roberto Epifanio. Compliance: o que é, objetivo, aplicação e benefícios. Revista Síntese de Direito Empresarial, São Paulo, ano 10, n. 57, p. 9-20, jul./ago. 2017.
- GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. 1. ed. São Paulo: 2014.
- JOBIM, Rosana Kim. Compliance e Trabalho. Entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- MATHIES, Anaruez. Assédio moral e compliance na relação de emprego. Dos Danos e dos Custos e Instrumentos de Prevenção. De acordo com a Reforma Trabalhista. Curitiba: Juruá Editora, 2018.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reflexões iniciais sobre o controle penal nos deveres de compliance. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, n. 226, p. 13-14, set. 2011.
- SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. 1. ed. São Paulo: Editora LiberArs, 2016.
- SIQUEIRA, Felipe de Poli de; MICHELETTO, Francieli. Compliance consumerista: uma relação de credibilidade entre a entidade corporativa e o consumidor. Porto Alegre: Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, v. 4, n. 2, p. 71 – 87, Jul/Dez. 2018.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 12, n. 54, p. 93-121, jul./set., 2014.
- TRIGUEIRO, Sheyla Martins dos Santos. Compliance nas relações de um trabalho como instrumento de fomentação de um meio ambiente de trabalho equilibrado. Caderno de Pós-graduação em Direito: Direito do trabalho contemporâneo/coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.], Brasília: UniCEUB: ICPD, 2019.

A EFETIVIDADE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*THE EFFECTIVENESS OF THE GENERAL DATA
PROTECTION LAW AND ITS REPERCUSSIONS ON
FUNDAMENTAL RIGHTS*

Vithor Assunção Sousa

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, RS, Brasil

vithorassuncao13@gmail.com

Hérica Cristina Paes Nascimento 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

hericacpnascimento@gmail.com

Valéria Cristina Garcia Cabral

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

valeriocabral_rv@hotmail.com

Dilça Cabral de Jesus 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

dilcac@gmail.com

Resumo

O estudo proposto visa explorar aspectos relacionados à forma como os avanços tecnológicos, afetam na eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tendo em vista que o maior tráfego digital motivou o aumento da disponibilidade dos dados em rede, situação esta que tem levado a um aumento da monetização da informação, que é um dos principais efeitos da era digital, e também se tem suscitado a reflexão sobre a aplicação efetiva das penalidades. O método de pesquisa utilizado é o método de revisão bibliográfica, incluindo leitura de livros, periódicos, pesquisa em sites da Internet e análise virtual dos dados. Considerando que a situação atual provocada pela pandemia tem gerado diversos conflitos relacionados ao uso indevido de dados pessoais, esta pesquisa é justificada. Além disso, a recente entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) torna necessário analisarmos suas diversas reações e consequências na sociedade digital. De acordo com a necessidade de cumprir os princípios de segurança, transparência, finalidade, responsabilização e prestação de contas, no tratamento de dados na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), torna-se imperiosa a análise acerca não só do cumprimento de tais princípios, mas também das penalidades impostas pela ausência da gestão e controle no tratamento dos dados. Notadamente, a pandemia influenciou no crescimento da virtualização da vida do ser humano, o que tem exigido uma maior exposição de dados e informações que muitas das vezes são requisitados por sites e informados de maneira involuntária, sendo até monetizados de forma indevida, não respeitando os princípios da proteção de dados. Conclui-se que para obter a proteção máxima que a LGPD pretende proporcionar é necessário um tratamento eficaz dos dados, mas nem sempre essa proteção é respeitada, pois muitos indivíduos acabam por possuir dados pessoais, mesmo dados sensíveis sobre os indivíduos. A exposição à Internet de forma não negociável pode ser prejudicial em relação aos direitos da personalidade. Portanto, no contexto do atual desenvolvimento de novas tecnologias, é de extrema importância o aprofundamento e a discussão deste tema.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Direitos Fundamentais; Digital; Penalidades.

Abstract

The proposed study aims to explore aspects related to how technological advances, affect the effectiveness of the General Data Protection Act (LGPD), given that increased digital traffic has led to increased availability of networked data, a situation that has led to an increase in information monetization, which is one of the main effects of the digital age , and reflection on the effective application of penalties has also been raised. The research method used is the bibliographic review method, including reading books, journals, searching internet sites and virtual data analysis. Considering that the current situation caused by the pandemic has generated several conflicts related to the misuse of personal data, this research is justified. In addition, the recent entry into force of the General Data Protection Act (LGPD) makes it necessary to analyze its various reactions and consequences in the digital society. According to the need to comply with the principles of security, transparency, purpose, accountability and accountability, in the processing of data in the General Data Protection Law (LGPD), it is imperative to analyze not only compliance with such principles, but also the penalties imposed by the absence of management and control in the processing of data. Nobly, the pandemic has influenced the growth of the virtualization of human life, which has required greater exposure of data and information that is often requested by websites and informed involuntarily, being even monetized, not respecting the principles of data protection. It is concluded that in order to obtain the maximum protection that the LGPD intends to provide is necessary an effective processing of the data, but this protection is not always respected, because many individuals end up having personal data, even sensitive data about individuals. Exposure to the Internet in a non-negotiable manner can be detrimental to personality rights. Therefore, in the context of the current development of new technologies, it is extremely important to deepen and discuss this theme.

Keywords: Data Protection; Fundamental Rights; Digital; Penalties.

1. A proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais

No âmbito dos direitos fundamentais a ideia de dignidade humana nasce do conceito de respeito mútuo, respeito e proteção jurídica quando as pessoas são prejudicadas ou submetidas a interferências maléficas no campo da liberdade. Essa premissa apoia uma sociedade democrática, a fim de conquistar a democracia pode-se dizer que “depende da efetividade dos direitos fundamentais e da existência de relações sociais de reconhecimento”.¹⁰²

Isso significa que o entendimento dos direitos fundamentais está relacionado ao direito de liberdade, que se aproxima do direito à proteção de violações ou interferências estatais.¹⁰³ Por conseguinte, mesmo que a Constituição Federal brasileira não exija a proteção de dados pessoais expressamente, como em algumas legislações internacionais e de direitos humanos, ela não perderá esse status por si só, principalmente em razão da proteção e privacidade de dados. Os direitos individuais têm sido fortemente reconhecidos pela sociedade e, para ver a sua liberdade manifestada de forma autônoma e livre, a sociedade necessita dessa proteção, que é dotada de todos os direitos básicos que se estabeleceram em momentos históricos anteriores.¹⁰⁴

79

Não é somente a confidencialidade dos dados em si que se pretende proteger, mas também objetiva-se conferir a garantia de uma comunicação restrita, situação que mostra que a troca de informações privadas é um direito à intimidade e privacidade do cidadão que não deve ser violado. Nessa conjuntura, os princípios da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade, da privacidade e intimidade, e do direito geral à liberdade podem esclarecer melhor a proteção dos dados pessoais, pois trata-se de direito que deve ser estritamente observado a todos os indivíduos.

De acordo com Castells¹⁰⁵, os próprios indivíduos na sociedade são os garantidores da forma como a tecnologia vai atuar, e nesse sentido de proteção de dados, observa-se:

Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as

¹⁰² WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovani. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. **Revista Direito Público**, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020. p.

¹⁰³ ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020. p. 3.

¹⁰⁴ WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovani. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. **Revista Direito Público**, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020. P. 7-9.

¹⁰⁵ CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A Sociedade em Rede**: do conhecimento a acção política. Imprensa Nacional, 2005.

tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia.

Nessa linha, pretende-se aduzir paralelamente à proteção estatal que deve ser praticada o mais rápido possível, tendo em vista a situação atual das nações e as obrigações tecnológicas que surgiram rapidamente, a força individual do cidadão conforme seus direitos individuais indisponíveis.

Sobre o tema, em relação aos dados pessoais, tanto o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (RGPD) quanto a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) estabelecem em seus artigos 4º, nº 1 e 5º, I, respectivamente, sobre informações relativas aos cidadãos, ou seja, a proteção dos cidadãos. Desta forma “o objetivo da proteção de dados não é a proteção de dados, mas dos indivíduos aos quais os dados se referem”.¹⁰⁶

Esta regulamentação obriga todos os participantes da sociedade a cumprirem as regulações mínimas, inclusive e talvez a mais importante, a administração pública deve atuar sempre como o principal agente de garantias, por ser o principal agente social com o poder de exercer esse direito. A gama ilimitada de dados dos administradores sobre os administrados os tornam controladores, ou seja, os controladores são garantidores da proteção aos direitos fundamentais.

80

2. A efetividade da LGPD para proteção dos dados pessoais na Internet

Com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos no cenário atual brasileiro, existe naturalmente uma grande espera da eficácia social (moral) da norma, ao qual aqui será encarada como sua “efetividade”.

Existe grande confusão no uso do termo ao dar a este um sinônimo que no âmbito de uma lei pode se mostrar inadequado. Grande é o esforço doutrinário para buscar conceitos e delimitar alcances necessários do termo e, por inúmeras vezes, estes se mostram restritivos ou demasiado abrangentes.

¹⁰⁶ ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020. p. 11.

Todavia, não é tarefa fácil achar a medida adequada no uso do termo quando se pretende atribuir o resultado de uma lei posta em sociedade quando dos seus efeitos e impactos gerados, em especial, da relevância atual desta, onde a proteção de dados pessoais se mostra o eixo central para reverter a vulnerabilidade do indivíduo em face das novas tecnologias.

Verifica-se pela leitura da lei e pela produção científica disponível que todos os esforços em busca da efetividade estão calcados na tentativa de disciplinar direitos, deveres, instituir responsabilidades e criar mecanismos a fim de tutelar a privacidade e os dados pessoais de cada indivíduo.

De fato, se mostra elementar que uma regulamentação seja efetiva, caso contrário, estaríamos diante de uma insegurança trazida com as inovações tecnológicas o que na atual conjuntura ter-se-ia um resultado negativo indesejável.

Nesse contexto, onde se discute a lei e as tecnologias, segundo Regina Linden Ruaro e Carlos Alberto Molinaro¹⁰⁷, necessário que a nova legislação seja colocada à prova a despeito dos riscos que esta possam apresentar:

81

Todo o risco produz uma situação de perigo, de incerteza e de insegurança, reclama, pois, um tratamento jurídico fundado na prevenção ou na precaução. Em qualquer caso reclama regulação. [...] O direito pode cooperar para a solução. Risco implica responsabilidade, responsabilidade enquanto obrigação de responder pelo dano produzido tenha este como origem causa natural ou antrópica.

Assim, cabe ao direito pensar em uma regulação que seja capaz de salvaguardar as garantias fundamentais instituídas na Carta Magna como as liberdades individuais, os direitos da personalidade e a dignidade humana.

A partir do marco regulatório sobre a proteção de dados pessoais, verifica-se possíveis estratégias a serem adotadas para garantir a privacidade dos indivíduos: a) consentimento individual, b) opção de exclusão e c) anonimização; estas que, por sua vez, nas lições de Viktor Mayer-Schonberger e Kenneth Cukier¹⁰⁸ não são taxativamente eficientes.

Assim, a adoção de políticas públicas é muito mais que uma necessidade um dever urgente e em construção para dirimir os novos caminhos a serem enfrentados pela lei.

107 RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Acoplamento entre internet e sociedade. Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 40, abr./jun. 2014.

108 MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana. Tradução Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

Pelos estudos sobre o tema, verifica-se que o atual modelo regulatório para a proteção de dados pessoais é ineficaz, a partir da concepção de efetividade (eficácia social) distinguida da eficácia jurídica vislumbrada nas lições de Sarlet¹⁰⁹:

[...] eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

De igual monta não se mostra efetivo tal modelo regulatório na definição de efetividade presente na doutrina de Luís Roberto Barroso¹¹⁰:

[...] significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. [...] a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser e o ser da realidade.

82

A LGPD tem como princípios a finalidade do tratamento, a adequação do tratamento, a necessidade do tratamento, o livre acesso dos titulares ao tratamento, a qualidade dos dados, a transparência, a segurança, a prevenção, a não discriminação e a responsabilização e prestação de contas¹¹¹. Muitos pensadores buscam na aplicação dos princípios a força fundante que possa dar a efetividade necessária quando da violação dos direitos fundamentais. Assim, não seria demasiado dizer que, até mesmos as fontes disponíveis carecem de uma revisitação conceitual frente às novas realidades que a realidade social requer.

O mecanismo objetivo que, aos olhos de seus criadores, são promotores da efetividade recai na instituição de agentes de proteção de dados pessoais, nas figuras do controlador e do operador, além da figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais. O segundo mecanismo é a criação de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), com a função principal de zelar pela proteção de dados pessoais por meio do exercício de competências normativa, deliberativa, fiscalizadora e sancionatória.

109 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

110 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

111 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

A LGPD define dois tipos de agentes de tratamento de dados pessoais: o controlador e o operador (art. 4º, inc. VI, VII e IX). Além disso, a lei define uma terceira pessoa, que fará o papel de encarregado pelo tratamento de dados pessoais (art. 4º, inc. VIII). Veja-se o teor dos dispositivos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados;

IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador;

Os agentes e o encarregado pelo tratamento de dados pessoais são figuras de controle interno das empresas, que zelarão pela proteção de dados pessoais durante o exercício da atividade empresarial.

Assim, claramente verifica-se da análise do artigo que a efetividade dos agentes e do encarregado dependerá não só da sua atuação no ambiente interno da empresa, mas também da sua atuação em conjunto com uma autoridade nacional, que fará o papel de zelar pela proteção de dados pessoais da perspectiva externa das empresas.

83

Inspirada no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu (RGPD), a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) elenca diversos princípios a serem observados no tratamento de dados pessoais, dentre eles os da segurança e da prevenção, os quais obrigam a utilização de medidas técnicas e administrativas capazes de proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, bem como, a adoção de medidas capazes de prevenir a ocorrência de dados em razão do tratamento desse tipo de dado, respectivamente (art. 6º, incisos VII e VIII).¹¹²

Esse dever geral de segurança deve orientar, inclusive os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais, os quais deverão ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos na LGPD (art. 49).

No ordenamento jurídico brasileiro há institutos jurídicos que trazem previsão quanto à proteção de dados pessoais, dentre eles o Marco Civil da Internet, aprovado pela Lei 12.965/2014, o qual estabelece princípios, além de garantias e deveres para o uso da Internet no Brasil, com diversos

¹¹² PLANALTO. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

dispositivos em relação à proteção de dados pessoais (arts. 3 II e II, 7, VII, VIII e X, 11 e 14), devidamente regulamentado pelo Decreto nº. 8.771/2016; o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990); o Decreto nº. 10.046, de 9 de outubro de 2019, o qual legitima as organizações a criarem perfis comportamentais, através de ferramentas técnicas próprias da Inteligência artificial; e, a Lei de Acesso a Informações Públicas (Lei nº. 12.527/2011), a qual contém regras sobre dados pessoais a serem articuladas sistematicamente com a LGPD e o Marco Civil da Internet.¹¹³

Ressalta-se que a LGPD inaugura um arcabouço normativo de deveres já conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro como dito alhures, entretanto trouxe uma força legal maior para tais institutos com enfoque no tratamento de dados pessoais, responsabilizando os atores envolvidos na esfera da coleta, do armazenamento, tratamento e eliminação desses dados.

A Carta Magna brasileira elegeu como um de seus princípios fundamentais a privacidade do indivíduo, primando pela proteção de sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Ocorre que, sem a devida proteção dos dados pessoais tal fundamento não pode ser garantido de forma plena, posto que a mínima exposição destes, quando não autorizada ou dimensionada a amplitude das consequências desta exposição, pode gerar danos irreversíveis.

84

Vale ressaltar que, sob a ótica constitucional, a democracia remota tornou-se um instrumento para garantir a participação do povo, assim, o sistema de governo representativo se mostra inovador e permite que o povo intervenha nas questões sociais à medida em que este se insere também no meio virtual¹¹⁴.

Essa mudança mostra que houve uma alteração real na forma das pessoas se relacionarem, especialmente devido ao desenvolvimento da globalização econômica e cultural, associada à “diminuição das distâncias proporcionada pela massificação da Internet e facilitação das comunicações em geral”¹¹⁵.

As novas tecnologias e o acesso à internet, principalmente por promoverem uma maior amplitude de ordem informacional, são capazes de oferecer significativos avanços na área da disseminação

¹¹³ MASSENO, Manuel David. A Segurança dos Dados na LGPD, brasileira: uma perspectiva europeia, desde Portugal. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 60, p. 80-103, ago. 2020. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/14819>>. Acesso em: 10 jan. 2021. doi:<https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i50.14819>.

¹¹⁴ JQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. TELEDemocRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS. **Revista em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>>. Acesso em: 14 dec. 2020. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158>. p. 10.

¹¹⁵ GOULART, G. (2012). O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU. Acesso em: 14 dez. 2020. p. 2.

e da produção do conhecimento, de inserir os indivíduos no mundo virtual e promover toda a interação, dinamismo e diversificação que têm a oferecer, possuindo, ainda, “o poder de aproximar o cidadão nas decisões do Estado”¹¹⁶.

Contudo, a ausência de meios técnicos de garantia da proteção à dos dados não pode ser utilizada para dificultar ou mesmo impor o não compartilhamento de dados na rede, principalmente quando se está diante de uma difusão cada vez maior com a migração de serviços e comércio para o meio virtual.

A solicitação de dados, contudo, não deve ser feita de modo inadequado ou injustificado. Os operadores e controladores de dados devem observar rigorosamente os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade os quais tratam da “realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”, de modo que seja compatibilizado “o tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”, mas limitando o “tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”¹¹⁷, respectivamente.

85

3. Considerações Finais

A pesquisa cuidou de analisar a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados pessoais na Internet e sua correlação com os direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal.

Ao se utilizar a revisão bibliográfica verificou-se que os direitos fundamentais estão interligados à garantia de respeito e proteção da dignidade humana. Assim, a limitação trazida pela LGPD no uso dos dados pessoais vem de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana, com relevância para proteção do direito à liberdade, à privacidade, à honra e a imagem pertencentes ao ser humano.

Diante da dinâmica jurídica e social frente à velocidade das novas tecnologias, a conclusão que se observa é que falar em efetividade da LGPD para proteção dos dados pessoais na Internet é pensar em algo sistêmico e regulatório uma vez que passa pela atuação conjunta da Autoridade

¹¹⁶JQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>. Acesso em: 05 jan. 2021. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158>. p. 2.

¹¹⁷ PLANALTO. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 jan. 2020.

Nacional de Proteção de Dados, pela adoção de medidas de segurança, pela formulação de regras de boas práticas e de governança, da responsabilização administrativa por meio de sanções e da responsabilidade civil de danos com vistas a superar as fragilidades do Estado sedimentado também pela hermenêutica das fontes integrativas do sistema jurídico brasileiro como instrumento para transformá-la numa concretização dos direitos fundamentais instituídos no Estado Democrático de Direitos.

- ALBERS, Marion. A complexidade da proteção de dados. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, 19-45, dez. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.93>>. Acesso em 20 dez. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- CASTELLS, Manoel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento a ação política**. Imprensa Nacional, 2005.
- DUQUE, Marcelo Schenk, **Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76752/os-principais-direitos-fundamentais-garantidos-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 08 de janeiro de 2021
- GOULART, G. (2012). O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU. Acesso em: 14 dez. 2020.
- JAKES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Teledemocracia e cidadania na era das tecnologias. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>>. Acesso em: 14 dec. 2020. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158>.
- MAYER-SCHONBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana**. Tradução Paulo Polzonoff Junior. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- PLANALTO. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 03 jan. 2020.
- RUARO, Regina Linden; MOLINARO, Carlos Alberto. Acoplamento entre internet e sociedade. **Revista da AGU**, Brasília-DF, ano XIII, n. 40, abr./jun. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WOLFGANG SARLET, Ingo; AGOSTINI SAAVEDRA, Giovani. Fundamentos Jusfilosóficos E Âmbito De Proteção Do Direito Fundamental À Proteção De Dados Pessoais. **Revista Direito Público**, [S.l.], v. 17, n. 93, jul. 2020. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4315>>. Acesso em: 19 dez. 2020.

GOVERNANÇA CORPORATIVA,
RESGATE HISTÓRICO E
RELACIONAMENTO COM A
COMPLIANCE

*CORPORATE GOVERNANCE, HISTORICAL RESCUE
AND RELATIONSHIP WITH COMPLIANCE*

Marcos Pedroso Neto

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
mpn.advisor@gmail.com

Resumo

Introdução à governança corporativa através da apresentação das suas origens, contextualização histórica e relacionamento com a compliance e boas práticas. Trata-se do resgate das origens sobre o tema e, relacionando-o com a compliance e boas práticas, objetivando a conscientização e prevenção à distorção de sua compreensão. A origem da governança corporativa na apuração de conduta de má gestão da corporação em 1970 e da compliance em razão da necessidade de maior estabilidade, segurança e transparência nas transações financeiras entre países revelam a seriedade e responsabilidade com a qual deve ser tratado o tema. Oriunda do cenário corporativo norte-americano, a governança corporativa se difundiu pelo mundo e se desenvolveu com fortes raízes no continente europeu e no Japão. No Brasil temos ótimas referências junto ao IBGC e na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como em entidades não governamentais como a Legal Ethics Compliance. Com o advento da internet passamos a viver em uma sociedade de informação ao invés de sermos uma sociedade do conhecimento. Através da adoção da metodologia de pesquisa empírico-argumentativa se pretendeu a apresentação sobre a relevância do tema e a difusão da temática sobre a governança corporativa a sua real significação está sofrendo grave desvirtuação, sendo mencionada, anunciada e oferecida sem a devida observância acerca de sua real e verdadeira significação. A governança corporativa tem sido confundida com a compliance e vem sendo até mesmo ensinada por profissionais sem a devida qualificação e como se fosse possível a sua implementação através de “passo a passo” e tutoriais”, deixando de ser observada a relevância do tema e necessidade de adaptação e até mesmo reinvenção da sociedade empresária. Através desta abordagem é possível o maior esclarecimento acerca do conceito, origem, matérias correlatas, ensejando, desta forma, a sua correta compreensão e aplicação no cenário corporativo. Neste sentido, pretende-se o resgate das origens históricas e correta contextualização do tema da governança corporativa, para que seja preservada evoluída a sua correta abordagem e compreensão.

Palavras-chave: Governança corporativa. Compliance. Boas Práticas. Histórico. Origens.

Abstract

Introduction to corporate governance through the presentation of its origins, historical context and relationship with compliance and good practices. It is about rescuing the origins on the topic and, relating it to compliance and good practices, aiming at raising awareness and preventing distortion of their understanding. The origin of corporate governance in determining the conduct of corporate mismanagement in 1970 and compliance due to the need for greater stability, security and transparency in financial transactions between countries reveal the seriousness and responsibility with which the issue must be dealt with. Originating from the North American corporate scenario, corporate governance has spread throughout the world and has developed with strong roots in the European continent and in Japan. In Brazil we have excellent references with the IBGC and the Brazilian Bar Association, as well as with non-governmental entities. like Legal Ethics Compliance. With the advent of the internet, we started to live in an information society instead of being a knowledge society. Through the adoption of the empirical-argumentative research methodology, the presentation on the relevance of the theme and the diffusion of the theme on corporate governance was intended. Its real significance is suffering serious distortion, being mentioned, announced and offered without due observance of its importance. real and true meaning. Corporate governance has been confused with compliance and has even been taught by professionals without the necessary qualifications and as if it were possible to implement it through “step by step” and tutorials”, failing to observe the relevance of the topic and need for adaptation and even reinvention of the business society. Through this approach, greater clarification about the concept, origin, related matters is possible, thus enabling its correct understanding and application in the corporate scenario. In this sense, the intention is to recover the historical origins and correct contextualization of the theme of corporate governance, so that its correct approach and understanding is preserved and evolved.

Keywords: Corporate governance. Compliance. Good habits. Historic. Origins.

1. Histórico, definição e relação da Governança com Economia e Administração

Governança Corporativa é uma expressão que já existe entre nós desde o início da atuação das corporações, criada para disciplinar a possibilidade de prevenção e/ou mitigação dos conflitos entre investidores e administradores. Segundo o IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) a governança corporativa:

(...) é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas¹¹⁸.

O IBGC publicou o seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa e neste material faz referência a princípios básicos e com referências bastante objetivas, quais sejam: Transparência, Equidade, Prestação de Contas (*accountability*) e Responsabilidade Corporativa. Seu escopo é bastante específico e focado para a sustentabilidade e perpetuidade das corporações. A história da governança corporativa tem registros históricos de origem datados da época de formação da Companhia das Índias Orientais (1602), *Levant Company* (1952) dentre outras companhias criadas nos séculos 16 e 17. Nas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos da América registraram um crescimento exponencial e liderou o crescimento das corporações com grande velocidade. Foi um período de grande prosperidade e a governança interna nas empresas não eram uma prioridade, bem como a expressão governança corporativa ainda não era adotada.

92

A cultura empresarial à época era de que os administradores comandavam e os diretores e acionistas os seguiam, devendo estes últimos darem mero suporte à administração. Os principais executivos influenciavam fortemente a indicação do corpo diretivo. Neste cenário os investidores tinham como característica a indiferença às questões da companhia, havendo preocupação apenas com o recebimento dos seus próprios dividendos. Na metade dos anos 70 a Comissão Federal de Seguros e Câmbio dos EUA (*SEC*) trouxe a expressão “governança corporativa”, sendo registrado seu aparecimento em 1976 em Registro Federal. A *SEC*, através de seu periódico oficial, começava a tratar de questões sobre prestação de contas gerenciais como parte integrante e compulsória de sua competência. O primeiro caso abordado com esta concepção tem relação com os procedimentos havidos em face de três diretores externos da *Penn Central*, uma ferrovia que se

¹¹⁸Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. – São Paulo, SP: IBGC, 2015.

diversificou em oleodutos, hotéis, parques industriais e imóveis comerciais. A alegação era de que eles corromperam as informações financeiras da empresa de acordo com a lei federal de valores mobiliários, o que levou à descoberta de má gestão pelos executivos da Penn Central. A *Penn Central* faliu em 1970 com forte repercussão e críticas à Diretoria em razão de sua passividade.

A descoberta de pagamentos ilícitos de forma generalizada pelas corporações norte americanas para oficiais estrangeiros conduziu a SEC para o cenário da governança corporativa. Desta forma, diretores estrangeiros de numerosas companhias conhecidas pela prática de pagamento de subornos e falsificação de registros começaram a ficar alertas quanto à responsabilização de suas condutas. Esta prática “regular”, conforme relatório da SEC em 1976 descreve a “frustração de nosso sistema de responsabilidade corporativa”. A agência federal norte-americana atendeu inúmeros casos em que companhias envolvidas fizeram mudanças nos cargos de diretoria, contratando diretores externos adicionais e criando comitês de auditoria. Posteriormente à criação da expressão “governança corporativa” pela SEC, o *chairman* Harold Williams, designado pelo Presidente Democrata Jimmy Carter em 1977, adotou a referida expressão em seu discurso e fez referência ao “ideal” diretivo. Em 1980 a SEC emitiu um relatório que consolidou informações oriundas das audiências sobre governança corporativa de 1977, recomendando medidas regulatórias relativas à estrutura das diretorias e relacionadas a questões governamentais.

93

A reforma da lei orientada para a governança corporativa estava em evidência no cenário político norte-americano. O Senador Howard Metzenbaum, *chairman* do Subcomitê de Cidadãos e Direitos e Sanções dos Acionistas do Comitê Judiciário nomeou um Comitê Consultivo “*blue-ribbon*” (fita azul) sobre governança corporativa composto por representantes da indústria, consumidores, acionistas e trabalho. Este Comitê Consultivo acordou que era vital o aperfeiçoamento da governança corporativa para o futuro do sistema econômico, entretanto falhou em alcançar um compromisso sobre a efetivação de uma legislação adequada. Como efeito da repercussão do tema, Caspar e Weinberger, que trabalharam nas administrações Nixon, Ford e Reagan defendiam em 1979 que a governança corporativa seguiu de uma “noção difusa” para ser tema de uma grande batalha no Congresso Norte-americano (*Chicago Tribune*, 1979). Em 1980 Metzenbaum instrumentalizou o tema ao introduzir no Congresso Norte-americano a Lei de Proteção aos Direitos dos Acionistas (“*Protection of Shareholders’ Rights Act of 1980*”), estabelecendo uma série de padrões mínimos de leis corporativas para companhias públicas e exigindo uma maioria de diretores independentes nas diretorias, determinando o estabelecimento de auditorias e designação de comitês compostos somente por diretores independentes e concedendo aos

acionistas o direito de designar candidatos através de processo eletivo para comporem o quadro de diretores.

A obra “*Taming the Giant Corporation*”, escrita por Ralph Nader, Mark Green e Joel Seligmanem (1976) levou o debate do tema para além do cenário político de Washington D.C., abordando o tema de forma mais teórica. Os autores analisaram que o modelo legal era distante da realidade prática que correspondia a uma “autocracia corporativa” disfuncional direcionada a executivos que ignoravam modelos de controle de gestão, o que resultava em decisões irracionais, apressadas e baseadas na análise inadequada dos fatos ou buscando o auto favoritismo pelos executivos. Um subcomitê da ABA norte-americana emitiu em 1976 um guia aos diretores corporativos que recomendava fortemente a representação nas empresas através de diretores externos nos quadros de diretoria e que diretores executivos sejam excluídos de comitês de auditoria. No mesmo sentido a Universidade de Columbia emitiu um relatório que o New York Times chamou de “*the first draft of a new constitution for corporations*” e que foi o ponto de partida para um simpósio chamado “*Corporate Governance in America*”.

Seguindo nesta narrativa sobre a origem histórica da governança corporativa, o *American Law Institute (ALI)*, uma organização sem fins lucrativos composta por advogados, acadêmicos e juízes que produzem materiais acadêmicos no intuito de modernizar e esclarecer a legislação, dedicou-se a assimilar um projeto de governança corporativa. Tais estudos resultaram em uma conferência copatrocinada com a ABA e Bolsa de Valores de Nova Iorque que fomentaram a discussão e consenso sobre o tema. A partir de então a governança partiu para sua internacionalização, especialmente em razão do fato das maiores corporações norte-americanas terem presença global, onde é cultural que as empresas subsidiárias em outros países devam seguir a cultura da empresa matriz. Saímos, portanto, dos anos 1970 e 1980 onde as análises de governança corporativa estavam concentradas em corporações norte-americanas. No início dos anos 1990, o cenário internacional começou a apresentar mudanças e em 2003 houve uma “explosão de pesquisa em governança corporativa ao redor do mundo”.

O domínio do modelo gerencial semelhante ao modelo corporativo bem-sucedido norte-americano fora aplicado em outros países que anteriormente o ignoravam. Tais conceitos acabaram por serem rapidamente assimilados, sendo adotados pela Alemanha e Japão que a nos anos 1990 implementaram regimes focados no fomento dos relacionamentos de longa duração, ao passo que nos Estados Unidos da América o conceito já estava sofrendo distorções na medida em que suas metas estavam mais direcionadas ao incremento de lucratividade. No Reino Unido criou em 1992 o Comitê de Aspectos Financeiros de Governança Corporativa. Efeito consequente desta conduta britânica, foi a constatação do número significativo de empresas públicas do país que

entraram em colapso em circunstâncias que sugerem a ausência de transparência por parte dos principais executivos responsáveis. O *Financial Times* publicou acertadamente que “*The 1990s have been the decade of corporate governance*”. Observamos, portanto, que a governança corporativa iniciou nos Estados Unidos da América e fixou raízes no continente europeu e no Japão (Financial Times, 1993). Uniformizar e colocar todos os termos estrangeiros em itálico.

Em 1998 a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) organizou um relatório que foi o ponto de partida para a emissão de princípios de governança corporativa em 1999. Afirmava-se que que as companhias que adotavam sólidas estruturas de governança teriam posição de vantagem e seriam mais atrativas para investidores. Os anos seguintes importaram na vivência da governança corporativa já como parte indissociável da cultura organizacional das empresas, passando a ser a regra a não mais uma recomendação e/ou exceção como observamos desde a sua origem até o final dos anos 1990.

2. Governança Corporativa e *Compliance*

95

Não é possível se falar com governança corporativa sem abordarmos o tema da *compliance*, visto que é um dos seus pilares. Há muita confusão sobre estas expressões e, principalmente, desinformação que conduzem muitos profissionais do tema a pensarem que se trata de expressões que possuem o mesmo sentido. Entretanto, diferente da governança corporativa, a *compliance* possui origem histórica anterior àquela. Tal entendimento é compreensível na medida em que o seu significado vem da sua própria tradução, qual seja, conformidade. Por esta razão, há registros de *compliance* ainda nos anos 30, quando a preocupação era a busca de meios para que as instituições financeiras pudessem tornar as suas operações ainda mãos seguras e transparentes.

Neste sentido, em 17 de maio de 1930, houve a criação do *Bank for International Settlements (BIS)* na Conferência de Haia, uma organização internacional responsável pela supervisão bancária. O objetivo principal foi a busca de cooperação entre os Bancos Centrais e demais instituições financeiras para que as práticas e operações bancárias permitissem transações com estabilidade e segurança (<https://www.bis.org/>). A *compliance*, portanto, significa conformidade e adequação a processos e procedimentos devidamente amparados em leis, normas e controles internos.

O conceito evoluiu no ano de 1960 através da adoção de práticas de *compliance* na Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos (*Securities and Exchange Commission*), quando passou a

contratar *compliance officers* para que elaborassem normas de controles internos e também fossem responsáveis pelo treinamento e monitoramento das atividades corporativas. Em 1970, após a suspensão do acordo de Bretton Woods por razões diplomáticas, houve a criação do Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, constituído por representantes designados pelos bancos centrais dos países do G10. Em 1997 foram divulgados 25 (vinte e cinco) princípios, sendo o 14º (décimo-quarto) o de tornar mais seguras as operações bancárias através da adoção de programas de *compliance*. É neste momento histórico que os caminhos da governança corporativa e da *compliance* se encontram, visto que os maiores usuários dos sistemas bancários internacionais eram e são até os dias atuais as grandes corporações.

A governança corporativa precisa adotar procedimentos e processos de conformidade, havendo uma sinergia inevitável entre os institutos e passando a *compliance* a ser uma ferramenta imprescindível para implementação de práticas de governança corporativa. No Brasil podemos citar movimentos como o da *Legal Ethics Compliance (LEC)* foi fundada no Brasil 2012 por Daniel Sibille e Alessandra Gonsales, e acompanharam ativamente das discussões governamentais que levaram à publicação da Lei nº 12.846/2013, também chamada de “Lei Anticorrupção” ou “Lei da Empresa Limpa”. Movimentos como este levaram esta temática, especialmente com o advento da internet, à sua popularização e até mesmo, podemos dizer, ao seu modismo.

Uma das grandes contribuições da LEC foi a publicação de um infográfico identificando “OS 9 PILARES DE UM PROGRAMA DE *COMPLIANCE*” (<https://www.lec.com.br/>). É extremamente interessante e recomendável, mas é relevante se destacar que apenas é um referencial e tutorial sobre boas práticas, sendo a efetiva e séria implementação de *compliance* uma abordagem muito mais aprofundados e que dizem respeito à transformação da cultura organizacional das empresas.

É relevante que se reforce que a implementação de programas de governança corporativa com as melhores práticas de *compliance* exige uma atuação ampla e multidisciplinar nas corporações. A busca de capacitação e certificação para atuar na área é imprescindível, especialmente para que seu atue com responsabilidade perante as empresas. Quando falamos em governança corporativa e sua implementação através da *compliance*, tratamos, em essência, da adoção de boas práticas pelas empresas. Este conceito é mais abrangente ao de governança corporativa e de *compliance* por se referir mais a um modo de agir baseado em sustentabilidade, ética e transparência. Adotar boas práticas corporativas relaciona-se à sustentabilidade das corporações e sua perpetuidade, abordando para além das estruturas internas das empresas, mas todo seu ciclo de produção.

Outra referência desta forma de abordagem está na advocacia corporativa, a qual, em 2018, publicou através da Ordem dos Advogados do Rio Grande do Sul (OAB/RS) a Cartilha de Boas

Práticas na Advocacia, a primeira no país com este formato (<https://www.oabrs.org.br/comissoes/ceac>). Referida trata de 18 (dezoito) Recomendações, inspirada em formato na Constituição Norte-Americana e em conteúdo nos princípios do IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa) e práticas legais empresariais de prevenção e mitigação de prejuízos e conflitos.

Além do resgate das origens históricas da governança corporativa, é importante que se tome conhecimento do que seria a “Boa Governança” e para isto vamos considerar as contribuições da Nova Economia Institucional que surgiu nos anos 80 e que identificaram as causas relacionadas de estagnação econômica.

O movimento da governança corporativa hoje não segue obviamente este modelo histórico apurado por Khan, estando os países em rápida direção aos direitos de propriedade advindos do capitalismo em razão da necessidade de alcançarem crescimento pelo entendimento de que o mesmo só é possível compreendendo-se os custos de transição (aspectos operacionais) e de transação (aspectos econômicos) envolvidos. Neste sentido, modos hierárquicos e híbridos de governança observam termos teóricos de custo de transação (Williamson 1996). Estes modos de governança revelam um fenômeno importante e comum na prática empresarial., estando relacionados à investigação do fenômeno da influência (Williamson 1996, 2003).

97

A governança corporativa, portanto, habilita a tomada de decisões estratégicas de forma centralizada (autocrática), o que facilita a aplicação de decisões gerenciais a partir dos executivos líderes (Williamson 1991, 1996). Entretanto, este modelo precisa ter cuidado para que não se ignorem ou inibam iniciativas e ideias inovadoras pelos demais colaboradores. A boa governança corporativa observa estrategicamente a cultura da empresa, geográfica e econômica, bem como se relacionamento com terceiros e a extensão de suas atividades corporativas.

É por isso que se pode afirmar de forma categórica que não existe solução de “prateleira” para as empresas, sendo este um processo de adaptação e até de reinvenção das empresas. Muito mais que práticas corporativas altamente recomendáveis, a governança e *compliance* representam a perenidade sustentável e com engajamento socioeconômico das empresas, que atualmente estão muito mais preocupadas com o ambiente em que vivem do que somente auferir lucros e superar metas para obtenção de bônus.

O contexto institucional deste modo de governança corporativa tem permitido a atuação das corporações de forma integrada, através de alianças e negócios em rede. No aspecto legal, a governança corporativa permite a apreciação e aplicação da lei de forma mais clara,

independentemente de o país adotar o *Common Law* ou o *Civil Law*. Fato de consenso é a evolução do sistema capitalista através do mundo.

3. Considerações Finais

A governança corporativa tem uma origem bastante relevante, oriunda da necessidade reação a má gestão empresarial no ramo das ferrovias, conforme verificamos na apuração da sua origem, tendo uma origem nobre que evoluiu com força ao decorrer das décadas. O que se percebe hoje é a perda desta essência de seu fundamento pela sua popularização de forma desqualificada. Entendo que se trata de um tema orgânico que é inerente às corporações, e, para que haja uma evolução qualificada é necessário que haja clareza de suas origens e relações com a *compliance*, desmistificando e esclarecendo a confusão de aplicação e conceito atuais.

No início do presente milênio as discussões sobre a necessidade de observância da governança corporativa se tornaram mais frequentes após os escândalos corporativos envolvendo empresas norte-americanas como a Enron, a WorldCom e a Tyco. Em contrapartida o Congresso Norte-Americano aprovou a Lei Sarbanes-Oxley, com importantes definições sobre práticas de Governança Corporativa.

98

Além dos princípios da transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*) e prestação de contas (*accountability*) propagados pelo Instituto Brasileiro da Governança Corporativa (IBGC) agregam-se como pilares da governança corporativa a necessidade de conformidade às leis (*compliance*). O propósito da governança corporativa assegurar que o comportamento dos administradores para que se assegure o melhor interesse da corporação e seus investidores.

O que se verifica, com o advento da internet e criação de negócios ainda mais remotos, é a necessidade de implementação de procedimentos e práticas que continuem assegurando a estabilidade e segurança nas operações financeiras, gestão da administração e transparência como concebido na origem dos institutos da governança corporativa e da *compliance*. A velocidade e dinâmica na criação de novos negócios exige que a governança corporativa seja ainda mais observada e aplicada, e, para isso, a clareza do seu conceito e entendimento precisam estar evidentes para que a sua finalidade seja atendida.

Desta forma, a principal conclusão do presente artigo é no sentido de se resgatar as origens da governança corporativa e o seu relacionamento com a *compliance* na medida em que são modos de adequação imprescindíveis às corporações. Tal resgate se faz ainda mais insofismável quanto verificamos desqualificadas e confusas implementações de governança corporativa.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, seguindo *guidelines* internacionais, é um referencial de grande credibilidade no Brasil e serve de subsídio para a adoção e recomendação das melhores práticas pela advocacia nacional. A referida entidade apresenta quatro princípios que têm a finalidade de servirem como norteadores para os militantes da governança corporativa, devidamente inspirados na origem histórica deste instituto que é de vital importância para a perenidade das entidades empresariais, quais seja: Transparência, Equidade, *Accountability* (Prestação de Contas) e Responsabilidade Corporativa, como já demonstrado no presente artigo.

Como aferimos no artigo, inserido no escopo do que se trata a governança corporativa, como forma de sua instrumentalização, encontramos a *compliance*, a qual torna praticável e identificável a adoção de políticas de boas práticas pelas entidades corporativas. Os profissionais podem contribuir sobremaneira com a solidez das corporações através da aplicação, dentre outros processos de validação, dos princípios do IBGC, orientando e implementando a criação e/ou o aperfeiçoamento de normas trabalhistas, ambientais, regulatórias, contábeis e códigos de conduta, traçando-se hipóteses de forma exemplificativa.

99

No mesmo sentido e incrementando o alinhamento com outras áreas do conhecimento, os profissionais do Direito ainda precisam estar atentos e recomendar a observância de certificações internacionais como o ISO 9000 e da Lei Anticorrupção nº 12.846/2013. Outro elemento, complementar e essencial é a adoção pelos integrantes da corporação em todas as suas instâncias da cultura da governança corporativa através das ferramentas de *compliance*, especialmente da alta administração através da observância do *tone of the top*.

Portanto, a governança corporativa é um conceito mais amplo que o da *compliance*, visto que aquela tem o escopo de regular as práticas corporativas e garantir maior credibilidade às corporações para maior segurança dos sócios e *stakeholders* enquanto esta se aplica às formas de adequação normativa das mesmas. Ambas possuem relação direta e de grande sinergia, sendo a governança impraticável sem a *compliance* e esta sem finalidade sem a governança.

Espera o presente artigo ter cumprido sua finalidade de demonstrar a relevância de resgate das origens históricas da governança e da *compliance* para que se possa contribuir com o maior esclarecimento sobre a inexistência de identidade entre estes institutos, os quais são diversos e complementares. É de senso comum, e até mesmo *cliché*, que somente é possível o estabelecimento de metas para futuro através do conhecimento do passado, razão pela qual o resgate histórico apresentado no presente artigo nos permite inferir qual a melhor forma de planejarmos nosso futuro, em especial no Brasil.

Faz-se insofismável que se reforcem estes Princípios que seguem a tendência global, em especial pela eliminação cada vez mais rápida e inevitável das fronteiras entre as nações, o que, de uma forma ou de outra, irá expor os países a uma mandatária comunicação e entendimento, sob pena de serem condenadas ao ostracismo socioeconômico mundial. Portanto, além de se constituir em uma ferramenta que fortalecimento interno das sociedades nacionais, constitui-se em instrumento de alinhamento às demais nações civilizadas que guiam os rumos e destino do planeta. Trata-se de uma opção a ser feita pelas nações, fazer parte deste cenário e cooperar positivamente ou ser um mero expectador que logo desaparecerá aos olhos dos demais países devido à instabilidade corporativa que impede o desenvolvimento e sustentabilidade deste expectador passivo.

- ARNDT, Christiane; OMAM, Charles. *Uses and Abuses of Governance Indicators*, Development Centre of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Paris: OECD, 2001.
- BARDHAN, Pranab. *The Nature of Institutional Impediments to Economic Development*, in Olson, Mancur and Satu Kähkönen (eds) *A Not-so-Dismal Science: A Broader View of Economies and Societies*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- BIRD, F.. *Good governance: a philosophical discussion of the responsibilities and practices of organizational governors*. Canada: *Canadian Journal of Administrative Sciences*, 2001.
- CLAGUE, Christopher *et al.* *Democracy, Autocracy and the Institutions Supportive of Economic Growth*, in Clague, Christopher (ed.) *Institutions and Economic Development: Growth and Governance in Less-Developed and Post-Socialist Countries*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1997.
- KHAN, Mushtaq H.. *Corruption and Governance in Early Capitalism: World Bank Strategies and their Limitations*, in Pincus, Jonathan and Jeffrey Winters (eds) *Reinventing the World Bank*. Ithaca: Cornell University Press, 2002.
- MORCK, R.. *A History of Corporate Governance Around the World*. Chicago: NBER, 2005.
- WILLIAMSON, O.E.. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- WILLIAMSON, Oliver. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York: The Free Press, 1975.
- WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985.

A QUALIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE DAS EMPRESAS LISTADAS NO NOVO MERCADO BRASILEIRO

*THE QUALITY OF COMPLIANCE PROGRAMS OF THE
COMPANIES LISTED IN THE NEW BRAZILIAN MARKET*

Caroline da Rosa Pinheiro

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

caroline.uff@gmail.com

Ana Luísa Macêdo Carvalho

Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

ana.carvalho@direito.uff.br

Bárbara Simões Narciso 

Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

barbara.narciso@estudante.uff.br

Yasmin Oliveira Dutra

Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil

yasmin.dutra@direito.uff.br

Resumo

O presente trabalho, pautado nas experiências realizadas pelo grupo de pesquisa acadêmica “Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP)”, pretende tangenciar a discussão acerca da (in)capacidade das medidas de compliance de, efetivamente, impactar a organização das sociedades empresárias através de seu papel no desenvolvimento do interesse social das companhias. A investigação se utiliza da metodologia de análise documental, tendo por escopo principal um estudo empírico, a saber: formulação e aplicação de questionários aptos a tangenciar a qualidade (grau de conformidade com a legislação e efetividade) dos compromissos firmados pelas companhias listadas no Novo Mercado da B3 (Brasil, Bolsa e Balcão) em seus programas de integridade. Tal empreitada subdivide-se em vários eixos de pesquisa que consubstanciam parâmetros objetivos a serem considerados pelas companhias em matéria de governança e integridade, a saber: critério ambiental, consumerista, concorrencial, sancionatório, trabalhista e outros. De mais a mais, esperou-se verificar se o grau de aderência do compliance à legislação vigente, aliado aos parâmetros utilizados por cada programa, define a capacidade da medida como instrumento de eficiência institucional.

Palavras-chave: Responsabilidade; Compliance; Novo Mercado.

Abstract

This work, based on the experiences of the academic research group "Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP)", intends to approach the discussion about the (in)capacity of compliance measures to effectively impact the organization of business societies through its role in developing the social interest of companies. The investigation uses the methodology of document analysis, having as main scope an empirical study, namely: formulation and application of questionnaires able to reach the quality (enforcement) of the commitments signed by the companies listed in the New Market of B3 (Brasil, Bolsa e Balcão) in their integrity programs. This undertaking is subdivided into several research axes that consist of objective parameters to be considered by companies in terms of governance and integrity, namely: environmental, consumerist, competitive, sanctioning and labor criteria. Furthermore, it was expected to verify if the degree of compliance with current legislation, together with the parameters used by each program, define the capacity of the measure as an instrument of institutional efficiency.

Keywords: Responsibility, compliance, New Market.

1. Introdução

O presente trabalho é desenvolvido com vistas a apresentar as bases, percepções e experiências obtidas no âmbito das atividades do Grupo “Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP)”, relativamente ao eixo de pesquisa que tem por objetivo o estudo empírico dos programas de integridade das companhias listadas na categoria de Novo Mercado da B3 (Brasil, Bolsa e Balcão)¹¹⁹ e a consequente verificação da qualidade (grau de conformidade com a legislação) dos compromissos firmados pelas companhias através de seus documentos de *compliance*.

A mencionada investigação, mormente empreendida no decurso do ano de 2020, foi realizada em dois momentos complementares.

No primeiro, o grupo de pesquisadores, subdividido em distintos eixos de pesquisa teórica, empreendeu a formulação de questionários específicos para cada parâmetro objetivo proposto - ambiental, consumerista, concorrencial, sancionatório, trabalhista -, sendo que a confecção deste material, mister pontuar, deu-se por meio de revisão bibliográfica de legislação, jurisprudência e doutrina pertinente a cada critério, conforme será explicitado em tópico próprio.

104

Em um segundo momento, passou-se à fase de aplicação de questionários, ou seja, ao exame de documentos escritos – os programas de integridade propriamente ditos –, processo desenvolvido metodologicamente a partir da análise documental em Cellard. Em outras palavras, dispondo de um método de verificação dos sítios das sociedades listadas, os pesquisadores procederam à reunião dos documentos aptos a evidenciar os padrões de integridade adotados pelas companhias listadas e à verificação de sua conformidade ou não com os parâmetros dispostos em cada questionário de critério previamente formulado.

A escolha da amostra de análise, consoante delineado em item subsequente, decorre da noção de que a implementação de programas que revelam compromisso de sociedades empresárias com o valor integridade, fruto da demanda¹²⁰ por incentivos ao combate às práticas ilícitas nesta seara, não pode ser desvencilhada de uma lógica de transparência e, principalmente, efetividade.

Este imperativo, vale dizer, é ainda mais reforçado no âmbito das companhias abertas autorizadas a negociar os títulos de sua emissão no Novo Mercado da B3, haja vista este segmento especial do mercado acionário nacional retirar seu fundamento, sua notoriedade e sua inegável

¹¹⁹ A B3 (Brasil, Bolsa e Balcão), ex-BM&F Bovespa, é uma pessoa jurídica de direito privado, mais precisamente uma sociedade de capital aberto, que figura como entidade organizadora dos mercados de bolsa de valores e de balcão organizado.

¹²⁰ Em termos normativos, tal demanda encontra-se ilustrada na Lei 8.666/93 (Licitações e contratos administrativos), Lei Complementar 135/2010 (Ficha Limpa), Lei 12.529/11 (Antitruste) e Lei 12.846/13 (Anticorrupção).

rentabilidade do partilhamento, por seus integrantes, dos mais altos níveis de governança, transparência, ética e integridade, os quais, vale dizer, compõem a gama de requisitos para integrarem essa categoria.

Portanto, com base nos compromissos firmados a nível de integridade no âmbito desse *lócus* amostral, indaga-se, como motor desta pesquisa, se as medidas de *compliance* são capazes de impactar efetivamente, ou melhor, vincular a organização e a atividade das sociedades empresárias.

Assim, do ponto de vista teórico, com fundamento referencial nas lições de Gunther Teubner e Ângela Rita Franco Donaggio, buscou-se estabelecer a relação entre a autorregulação e o papel da Bolsa de Valores para fins de implementar mecanismos de *compliance*.

Em virtude do exposto, presumiu-se que, quando analisadas, as políticas de integridade apresentariam desempenho satisfatório quanto ao *compliance* com a legislação e os critérios jurisprudenciais e doutrinários pertinentes a cada parâmetro de análise ora proposto, hipótese que se objetiva confirmar.

105

2. Pressupostos teóricos de pesquisa: a autorregulação, o *compliance* e o papel da B3 no Mercado de Capitais Brasileiro

A autorregulação, atividade interventiva de ente privado sobre ente privado, se materializa quando não é necessário normas externas à organização; quando a própria organização se vincula a normas de caráter voluntário; e quando existe algum envolvimento do Estado, seja por meio de seu reconhecimento e sua aprovação, seja por previsões legislativas¹²¹.

Assim, a autorregulação do mercado de capitais se divide em duas: a de base legal e a de base voluntária¹²². A primeira é estabelecida pelo Estado, o qual delega a entidades as competências regulatória e fiscalizatória sobre membros e operações, na qualidade de órgãos auxiliares da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (art. 17, Lei n. 6.385/76), cuja atuação encontra previsão

¹²¹ Trata-se, portanto, de uma modalidade de regulação, cuja ocorrência se verifica quando um grupo de pessoas ou entidades agem conjuntamente com o fito de estabelecer uma “função reguladora em relação a eles próprios e outros que aceitam e respeitam a sua autoridade em prol de um interesse comum”. In. DONAGGIO, Angela Rita Franco. *Regulação e Autorregulação no Mercado de Valores Mobiliários: o caso dos segmentos especiais da listagem da BM&FBovespa* / Angela Rita Franco Donaggio - São Paulo: s.n., 2016. p. 185.

¹²² DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Regulação e Autorregulação do Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro: Limites da Autorregulação*, 2012, p. 7368. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7357_7388.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

legal no art. 8º, § 1º da Lei da CVM, na Instrução 461/2007 da CVM, especificamente no capítulo “Auto-Regulação dos Mercados Organizados de Valores Mobiliários” com composição de conselho e diretoria pertinentes à matéria; e no art. 14 da Instrução Normativa nº 461/2007 do mesmo órgão.

A B3, por seu turno, também se ocupa do cumprimento das normas dos mercados¹²³. Porém, na condição de ente privado, exercendo controle autorregulatório. E sua proximidade com o mercado e a utilização de recursos financeiros próprios para realizar o controle sobre o cumprimento de regra de listagem fazem com que esse órgão possua o dever de garantir o *enforcement* das regras que garantem a qualidade e a segurança dos investidores, em atenção à regulação de base voluntária.

A regulação de base privada, por sua vez, provém de iniciativa exclusiva e espontânea de particulares, que aderem às regras impostas pelo órgão regulador privado - B3 -, por meio dos programas de *compliance*. Estes, nesse contexto, consistem em instrumento autorregulatório cuja finalidade é a prevenção de riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais e regulatórias¹²⁴. Em outras palavras, adequam a atividade empresária a padrões elevados de credibilidade, transparência e integridade.

106

A sociedade empresária que almeja comercializar ações no mercado de capitais, deve confeccionar e divulgar documentos cujo padrão esteja adequado ao regramento da listagem específica¹²⁵, sendo que o segmento do Novo Mercado abrange as companhias com os níveis mais altos de padrão de governança corporativa. São exigidas das sociedades que estas possuam ações ordinárias, direito à voto, *compliance*, Comitê de Auditoria Interna, código de conduta aprovado pela alta administração e aplicado a todos os colaboradores da sociedade empresária.¹²⁶

Entretanto, a elaboração de regras pelas próprias sociedades empresárias aumenta de forma substancial os riscos referentes à redução do grau de excelência e rigidez dos comandos, bem como a mecanismos voltados à satisfação dos fins pretendidos pelos reguladores¹²⁷. É nesse

¹²³ A fim de exercer suas atividades, a B3 possui segmentos de listagem - Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Novo Mercado, Nível 2, Nível 1 e Básico – relacionados ao grau de governança corporativa das sociedades que a compõem. A finalidade da criação desses segmentos foi a melhor alocação do papel fiscalizador da B3 de acordo com padrões determinados. É o que observa da análise do Regulamento do Novo Mercado: Seção X: Documentos da Companhia. Disponível em: <[http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20\(Sancoes%20pecuniarias%202019\).pdf](http://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%2003.10.2017%20(Sancoes%20pecuniarias%202019).pdf)> . Acesso em 12 out. 2020

¹²⁴ CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54

¹²⁵ Básico, Bovespa Mais, Bovespa Mais Nível 2, Bovespa Mais Nível 1 e Novo Mercado.

¹²⁶ Art. 31 do Regulamento do Novo Mercado.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 7369.

sentido que, como agente autorregulador, a B3 desempenha papel crucial quanto à fiscalização e ao *enforcement*¹²⁸ exercido sobre as companhias listadas no segmento do Novo Mercado¹²⁹.

A B3 tem o papel de implementar o *compliance* no Brasil, mesmo sendo ente jurídico de direito privado. Assim, detém a função pública de alinhamento das sociedades às boas práticas corporativas, na medida em que o descumprimento das regras impostas gera aplicação de sanções¹³⁰, o que justifica o papel de garante exercido pelo órgão. Isso porque sua função em relação ao mercado de capitais é realizar a correção de falhas de mercado, com o fito de gerar eficiência econômica e proteção de investidores¹³¹.

Como a garantia sobre cumprimento de princípios e normas criados pelo programa de *compliance* se verifica diante da natureza jurídica e vinculativa desse instrumento, fazendo com que, a partir do momento em que as sociedades empresárias divulgam os códigos corporativos, fazem sérias declarações de autovinculação por meio de um auto-contrato¹³²; e como a capacidade de gerar o cumprimento forçado das normas depende da utilização de meios eficazes para adaptar o disposto em normas e legislação à realidade que as sociedades empresárias vivenciam¹³³, imperiosa se faz a análise do grau de conformidade das companhias, a qual, no caso da presente pesquisa, se deu nos termos a serem expostos na sequência.

107

3. A análise empírica propriamente dita

Assentada a pertinência da análise qualitativa dos programas de integridade, resta esclarecer o processo de apreciação das políticas de *compliance* das companhias integrantes do segmento de Novo Mercado da B3.

Como exposto, embora a presente pesquisa não seja alheia a um panorama quantitativo - número de companhias, no universo de emissoras listadas no segmento “Novo Mercado” da B3, que de fato disponibilizam à comunidade programas de *compliance* -, seu foco primordial reside no viés qualitativo, qual seja: investigar os parâmetros entendidos pelas sociedades em apreço como merecedores de incorporação em seus programas de *compliance*, bem como o grau de aderência

¹²⁸ No art. 8º da Lei 6.385/76, há a previsão sobre o papel regulatório da CVM e o poder de conduzir o *enforcement*.

¹²⁹ PINHEIRO, Caroline da Rosa. *Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidades dos acionistas controladores e administradores de companhia*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, p. 9.

¹³⁰ Essas sanções variam de advertência à retirada compulsória da listagem, conforme art. 55 do Regulamento do Novo Mercado.

¹³¹ *Ibid.*, p. 7362.

¹³² TEUBNER, Gunther. Politics, Governance, and the Law Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism. *Global Perspectives*. University of California Press. 2020, p. 10.

¹³³ ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 139.

destes com a legislação vigente e de correlação com a atividade empreendida e os compromissos sociais firmados pela organização.

Para tanto, a análise propriamente dita dos programas de integridade deu-se por meio de questionários, elaborados pelos membros do Grupo EDRESP. Nesse sentido, cada critério¹³⁴ - ambiental, consumerista, concorrencial, sancionatório, trabalhista - a ser avaliado contou com questionário próprio que dispunha de uma seção específica sobre o tema de análise, embora houvesse uma parte preliminar comum a todos eles, de caráter eminentemente quantitativo. A opção temática, insta pontuar, perpassou o aprofundamento do estudo de cada membro nas áreas que se relacionam com a atividade empresarial.

Destarte, se de um lado o método indutivo viabilizou a extração da doutrina, da jurisprudência e, principalmente, da normatividade, conteúdos de combate às práticas ilícitas no âmbito empresarial capazes de promover transformações significativas no funcionamento das sociedades e aptos a consubstanciar parâmetros objetivos de análise da qualidade dos programas; de outro lado, o método dedutivo consubstanciou ferramenta necessário para examinar, por meio desses questionários, os documentos publicizados pelas companhias listadas no Novo Mercado, a fim de, em última análise, aferir por meio de seu *compliance* com a legislação as reais implicações deste mecanismo nas esferas de interesses das sociedades empresárias.

108

Cabe ressaltar que, para a apreciação das políticas de integridade dessas sociedades empresárias, partiu-se da metodologia da análise documental proposta por André Cellard, a qual compreende, em síntese, a investigação de cinco elementos: (i) contexto - exame do contexto social global em que o documento foi produzido, que permite interpretá-lo conforme os valores preconizados à época de sua elaboração -; (ii) autor - estudo acerca do *background* do redator, a fim de identificar em nome do que, de quem e de quais interesses ele fala -; (iii) autenticidade e confiabilidade do texto - arguição acerca da origem, da ideologia e dos interesses sociais do autor, com vistas a assegurar a qualidade da informação transmitida; (iv) natureza do texto - verificação da estrutura por meio do qual foi vinculado, constatando a finalidade para a qual foi escrito -; (v) conceitos-chave e lógica interna do texto - parte-se, por fim, à análise dos termos empregados pelo autor, do desenvolvimento de seus argumentos, extraindo-se, por completo, o sentido do próprio documento¹³⁵.

¹³⁴ Cabe frisar que cada pesquisador ou dupla de pesquisadores ficou responsável por somente um dos critérios, incumbindo-lhe realizar todas as atividades a ele relativas, quais sejam: elaboração do questionário; análise das políticas de *compliance* quanto ao parâmetro em questão; compilação e apreciação dos dados obtidos.

¹³⁵ CELLARD, André. *A análise documental. A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos*. 3. ed. Petrópolis -RJ: Vozes, 2012, pp. 299-303.

Nesta senda, o estudo empírico em comento desenvolveu-se nos interregnos de 15/01/2020 a 15/02/2020 - análise dos critérios ambiental, concorrencial, consumerista e sancionatório - e 15/07/2020 a 15/08/2020 - análise dos critérios trabalhista e proteção de dados pessoais - oportunidade em que foram examinados os sítios disponibilizados na plataforma da própria B3, na seção do Novo Mercado, e os programas de *compliance* (quando) fornecidos ao público pelas companhias emissoras então listadas, universo representado por 143 sociedades em 2020.1 e 146 em 2020.2. Vale destacar que, para que os mesmos documentos fossem encontrados e acessados por diferentes pesquisadores, as análises foram realizadas simultaneamente em ambos os períodos de coleta de dados.

Além disso, foi elaborado procedimento padrão para pesquisa das políticas de integridade nos sítios eletrônicos das sociedades empresárias. Dispondo de um diário de pesquisa¹³⁶, redigido por cada um dos membros do grupo e destinado a computar seus avanços e fazer relatos do processo, os pesquisadores, para acessar os programas de integridade disponíveis, seguiram o seguinte caminho: a partir do site oficial da B3¹³⁷, clicou-se nos links “empresas listadas” e “segmento”, onde foi selecionada a opção “Novo Mercado”.

109

Nesta aba, ao clicar no nome da companhia, o próprio site do agente autorregulador, no mais das vezes, disponibiliza o site oficial da sociedade empresária, onde buscou-se localizar a seção do sítio em que era disponibilizado os documentos referentes à integridade, buscava-se por abas que continham palavras-chave relativas ao tema, a saber: “Códigos”, “*Compliance*”, “Governança Corporativa”, “Integridade” e “Políticas”. Por conseguinte, restou verificada, a título de exemplificação, a existência de documentos aptos a serem considerados programas de integridade em abas denominadas “Governança Corporativa”, “Governança”, “Quem somos”, “Central de Downloads”, “Estatutos, Políticas e Regimentos”, “Estatutos, Códigos e Políticas”; sem prejuízo da prática recorrente de redirecionamento do sítio oficial da sociedade para um sítio de destinação específica a investidores, onde os programas de integridade eram exclusivamente encontrados.

No que tange à elaboração dos questionários, além de informações básicas de registro, como nome do pesquisador, data e hora do exame, a primeira seção desta ferramenta de análise, comum a todos critérios, visava a averiguar se a companhia possuía, de fato, um programa de integridade em lato sensu.

¹³⁶ Frisa-se que todo o esforço engendrado pelos pesquisadores está registrado no diário de pesquisa, onde consta todo tipo de informação considerada relevante no momento da análise, como os documentos utilizados para responder o questionário relativo à determinada companhia, por exemplo.

¹³⁷ http://www.b3.com.br/pt_br/

Nesse âmbito, considerou-se programa de integridade *lato sensu* todo e qualquer documento¹³⁸ – anexo ou não – disponível para consulta no(s) sítio(s) eletrônico(s) – comercial, institucional ou publicitário – da sociedade analisada, na data e hora pesquisadas, desde que relacionado exclusivamente com o cumprimento das normas, políticas e legislação vigente para fins de mitigar riscos e eventuais responsabilizações.

Com efeito, faz-se necessário ressaltar que a existência de somente um dos documentos era suficiente para atestar a existência de programa de integridade *lato sensu*. Isso porque, nessa etapa, o objetivo era verificar única e exclusivamente a presença de conteúdo autorregulatório, nunca sua extensão ou qualidade, as quais seriam apreciadas na segunda parte do questionário, cuja precípua finalidade era avaliar a qualidade do *compliance* das companhias, cerne da pesquisa.

Partindo do universo de sociedades que, de fato, apresentavam códigos de integridade *lato sensu*, passou-se a perquirir, ainda no aspecto geral do questionário, se o programa de integridade era centralizado ou difuso. Com intuito eminentemente quantitativo, a questão remete à pretensão de vislumbrar o grau de dificuldade do pesquisador em localizar os referidos documentos nos sítios eletrônicos das companhias. Assim, considerou-se centralizado o programa cujos documentos encontravam-se concentrados, seja em uma única aba, página ou até arquivo; enquanto o programa de *compliance* difuso remetia àquele diluído em documentos vários localizados em diversas páginas ou partes separadas no site.

110

A propósito da averiguação da qualidade do programa de integridade o pesquisador deveria constatar o grau de conformidade deste com a legislação pertinente a determinado critério, razão pela qual foi possível observar variações na qualidade *compliance* das sociedades listadas de acordo com o parâmetro em apreciação, haja vista que cada um apresenta normativa própria.

Em adendo, é característica comum entre os questionários desenvolvidos pelo grupo a primeira pergunta da seção inerente ao tema analisado, através da qual é indagado se o programa menciona o vocábulo que designa o critério, seja consumidor/cliente/consumo; trabalhador/colaborador; proteção de dados; concorrência e outros. Isto, com vistas a tangenciar se, a despeito do grau de aprofundamento na temática, tal parâmetro objetivo é considerado ao

¹³⁸ Para ilustrar, alguns desses documentos são: Código ou Manual de Ética e de Conduta; Políticas Anticorrupção, de Controles Internos, de Dividendos e Histórico, de Divulgação de Informações Relevantes, Financeira, de Gerenciamento de Riscos, de Indicação e Remuneração dos Administradores, de Negociação, de Negociação de Valores Mobiliários de Emissão, de Preservação de Sigilo, de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento ao Terrorismo, de Relacionamento com o Cliente e Fornecedores, de Remuneração Variável, de Segurança da Informação, de Sustentabilidade, de Transações com Partes Relacionadas; Regimentos Internos; Relatório de Sustentabilidade; Programa de *Compliance* ou Integridade, entre outros. Não compuseram esse rol exemplificativo de documentos o Estatuto Social e o Informe Brasileiro de Governança Corporativa. O primeiro por consistir, nos moldes do art. 45 do Código Civil, em ato constitutivo da companhia, razão pela qual sua principal finalidade é lhe conferir personalidade jurídica autônoma, não mitigar riscos e eventuais responsabilizações. Já o segundo, na condição de mera divulgação anual das práticas de governança adotadas pela sociedade, não integra, por óbvio, o programa de *compliance* propriamente dito.

menos para fins de referência ou se a alusão ao critério não coaduna com os compromissos sociais firmados pela organização.

A elaboração das demais perguntas específicas deu-se com base em obrigações legais a serem observadas pelas companhias, constantes na legislação vigente e nas disposições normativas aplicáveis atinentes ao critério, sem prejuízo das questões doutrinárias e jurisprudenciais relevantes.

Assim, a partir de referencial teórico relacionado com o parâmetro escolhido, o pesquisador ou a dupla de pesquisadores selecionava os deveres considerados mais relevantes, os quais originaram as perguntas constantes no questionário.

Em que pese a variação entre questionamentos, dada a singularidade dos critérios de análise, primou-se pela modalidade de perguntas fechadas, não raro dicotômicas. Ou seja, no momento da análise do programa de integridade, se fosse constatado o compromisso da companhia em cumprir a obrigação legal relacionada a determinada pergunta, era assinalada a resposta “Sim”. Caso contrário, era assinalada a resposta “não”.

111

Vale ressaltar que alguns deveres considerados merecedores de destaque e, portanto, inserção nos programas de integridade, possibilitavam cumprimento parcial, em diferentes níveis, ou total, hipótese em que as alternativas presentes nas perguntas refletiam essa possibilidade, como é o caso das questões de múltipla escolha ou de resposta única.

Em tempo, na condição de amostragem, tem-se que o critério consumerista contou com o seguinte questionamento: “*o programa de integridade dispõe acerca do tratamento igualitário ou veda o tratamento discriminatório dos consumidores pelos colaboradores ou funcionários?*”. Para além de tomar como base a doutrina relacionada ao Direito do Consumidor, partiu-se da previsão do art. 6º, II, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para investigar a preocupação, ou seja, a existência de menção das sociedades sobre a imprescindibilidade de que o tratamento dispensado por seus *longa manus* em face do consumidor seja pautado em uma lógica isonômica e não discriminatória, entabulada no primado da igualdade de contratação.

Outrossim, com relação ao critério trabalhista, dentre outros, com o seguinte: “*O programa prevê a promoção da igualdade entre os empregados quanto à oportunidade e forma de tratamento?*”. O compromisso de eliminar a discriminação em matéria de emprego ou ocupação deve ser abordado pelas empresas, à medida que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - vide artigo 3º, IV, da Constituição Federal¹³⁹ - sendo de essencial observância

¹³⁹ Constituição Federal, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de

pelos empregadores a fim de concretizar os direitos fundamentais previstos nos artigos 5º, *caput* e inciso I, e 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV do mesmo diploma¹⁴⁰. No plano legislativo interno, pode-se relacionar, ainda, os artigos 5º, 6º e 373-A da CLT¹⁴¹, a Lei nº 9.029/95¹⁴² e a Lei nº 10.741/03¹⁴³, que reforçam os preceitos constitucionais e externos, a Recomendação 111 da OIT.

4. Considerações finais

Sem qualquer expectativa de exaurir os referenciais teóricos e bibliográficos utilizados como base para a pesquisa em comento, o presente trabalho foi empreendido no sentido de apresentar o escopo da análise realizada ao longo do ano de 2020 pelo grupo de pesquisa EDRESP, sobretudo no que diz respeito à metodologia formulada.

112

A referida pretensão se justifica na medida em que, dispondo do ferramental metodológico ora explanado, acredita-se ter implementado um modelo padrão de análise das políticas de *compliance*, passível de ser utilizado, inclusive, na apreciação de parâmetros e documentos de integridade diversos dos até então estudados.

todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez.2020.

¹⁴⁰ Constituição Federal, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; e art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; (...) e XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

¹⁴¹ Consolidação das Leis do Trabalho, art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo; art. 6º - Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego; e art. 373-A - Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 dez. 2020.

¹⁴² A lei proíbe a discriminação em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade para acesso ao emprego ou sua permanência, e prevê como crime, com reclusão de 1 a 2 anos e multa, o ato do empregador de exigir teste de gravidez ou qualquer outro procedimento relativo ao controle de natalidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

¹⁴³ Proíbe a discriminação em razão da idade (mais de 60 anos) no emprego. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

No limite, a confecção de parâmetros objetivos aptos a propiciar séria análise do *compliance* das companhias emissoras de títulos na Bolsa de Valores nacional, na visão do grupo, pode consubstanciar não apenas incentivo à fiscalização da disparidade entre seus compromissos e sua conduta no mercado, mas sobretudo, por consequência disto, garantia de maior efetividade e quiçá de maior *enforcement* das regras e valores aos quais tais *players* autovinculam-se a seguir.

Registre-se que atualmente os esforços dos membros são envidados no sentido de compilar e analisar os dados colhidos, com vistas a verificar o grau de aderência dos programas de integridade das companhias listadas no segmento do Novo Mercado da B3 e, em seguida, apresentar as conclusões obtidas à comunidade acadêmico-científica, o que será feito por meio da confecção de obra coletiva prevista para o segundo semestre de 2021, em que o grupo poderá apresentar também a confirmação (ou não) da hipótese acima citada.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. *Compliance e crime corporativo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- CELLARD, André. A análise documental. In: *A Pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos*. 3. ed. Petrópolis -RJ: Vozes, 2012.
- DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. *Regulação e Autorregulação do Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro: Limites da Autorregulação*. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7357_7388.pdf.
- DONAGGIO, Angela Rita Franco. *Regulação e Autorregulação no Mercado de Valores Mobiliários: o caso dos segmentos especiais da listagem da BM&FBovespa* / Angela Rita Franco Donaggio - São Paulo: s.n., 2016.
- PINHEIRO, Caroline da Rosa. *Os impactos dos programas de integridade (compliance) sobre os deveres e responsabilidades dos acionistas controladores e administradores de companhia*. Tese de Doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.
- TEUBNER, Gunther. *Politics, Governance, and the Law Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism. Global Perspectives*. University of California Press. 2020.

A PROPOSIÇÃO DO COMPLIANCE NA SAÚDE PÚBLICA COMO DIRETRIZ À BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE RECURSOS

*THE PROPOSITION OF COMPLIANCE IN PUBLIC
HEALTH AS A GUIDE TO SEARCHING RESOURCE
EFFECTIVENESS*

Janaina Almeida Giani

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

janagianiadv@gmail.com

Andréa Luísa de Oliveira

Centro Universitário de Brasília, Brasil.

andrealui2006@yahoo.com.br

Resumo

Mundialmente, a saúde é reconhecida como direito de segunda dimensão. Todavia, apesar de sua relevância global, não é raro que se noticie as dificuldades de uma plena efetivação ao acesso à saúde universal, gratuita, integral e sem discriminação. O artigo visa apresentar como reflexão principal, a problemática lastreada nas condutas inapropriadas do emprego de recursos à saúde pública. Diante da complexidade da temática, objetiva-se a proposição e promoção do programa de compliance como paliativo restaurador à efetividade de um programa de ética e combate a riscos e atos corruptivos. Primeiramente, será retratado o arcabouço histórico e legislativo sobre a temática, com vistas a demonstrar que, apesar de condutas reprováveis, se mostram reproduzidas no tempo. No segundo capítulo intenta-se anunciar o compliance como via a refrear práticas corruptivas, para que, ao final, o terceiro capítulo possa tracejar os pilares essenciais para a implementação de um efetivo programa de compliance na saúde. Para obter os resultados e respostas da problemática, o artigo tem por meta proceder a um estudo de revisão bibliográfica e legislativa, mediante o emprego do método dedutivo, para fins de formação de novas hipóteses, diante da atualidade temática.

Palavras-chave: saúde pública; recursos efetivos; compliance.

Abstract

Worldwide, health is recognized as a second dimension right. However, in spite of its global relevance, it is not uncommon to notice the difficulties of full access to universal, free, comprehensive and non-discrimination health care. The article aims to present as a main reflection, the problem based on inappropriate conduct of the use of resources to public health. In view of the complexity of the theme, the objective is to propose and promote the compliance program as a palliative to restore the effectiveness of an ethics program and combat to risks and corrupt acts. Firstly, the historical and legislative framework on the theme will be portrayed, with a view to demonstrating that, despite reprehensible conduct, they are reproduced over time. In the second chapter, we intend to announce compliance as a way to curb corrupt practices, so that, in the end, the third chapter can outline the essential pillars for the implementation of an effective health compliance program. In order to obtain the results and answers of the problem, the article aims to carry out a study of bibliographic and legislative revision, using the deductive method, for the purpose of forming new hypotheses, in view of the thematic topicality.

Keywords: public health; effective resources; compliance.

1. Introdução

A saúde clama por ações que permitam a redução de comportamentos corruptivos. Causa espanto as sucessivas repercussões acerca de situações reveladoras de escancarada corrupção junto ao setor público.

Não obstante à sequente evolução da medicina, verifica-se que toda pesquisa científica é direcionada à alarmantes constatações sobre a existência de uma doença comportamental, qual seja, a indevida apropriação de verbas públicas e o seu desvio finalístico: o acesso à saúde pública, com fins de salvar vidas.

Assim, por entender que esse cenário pode ser restaurado, a pesquisa aponta o *compliance* como medida eficaz para impor a conformidade aos *stakeholders*, com vistas a promover que um programa de ética efetivo possa ser o remédio para tal gravosa patologia.

De modo que, a proposta do artigo é a de alinhar os imperativos de conformidade do *compliance* à saúde pública, posto que diante da significância do tema, objetiva-se demonstrar que a eficácia da implementação de um *compliance* pode ser um paliativo para a efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente, no que tange ao desvio quanto ao uso de recursos, em decorrência de práticas de corrupção que impossibilitem o seu uso em prol do sistema e em favor da população.

117

2. Referenciais históricos e legislativos sobre o uso indevido dos recursos na saúde pública: um relato sobre corrupção

Já se ouviu dizer que a liberdade aprisiona o homem. O jargão tão famoso não foi tantas vezes repetido ao léu. Ao contrário, ao se fazer uma pequena viagem na evolução histórica da humanidade pode-se perceber que, de fato, o homem não deve ser livre, mas sim, ser sujeito de normas e regras.

A saúde é mundialmente tratada como um direito de segunda dimensão. Sua tratativa como direito fundamental é precedida pelos gritos entoados na Revolução Francesa em que se clamava exaustivamente pela liberdade.

Ousa-se dizer que a liberdade, por sua vez, ao ser entregue ao povo, teve seu sentido distorcido, quiçá perdido. Isto porque, na ausência de uma alta nobreza que ditasse o comportamento dos

demais, os camponeses e burgueses passaram a tentar promover sua autogestão, o que resultou inevitavelmente em conflito. Viu-se então, por necessário, uma nova interferência estatal que tratasse de direitos sociais, dentre eles, a saúde.

É fato que a corrupção sempre existiu. Talvez não seja possível elencar aqui qual o efetivo e primeiro ato atentatório à moral e à ética. Mas, por outro lado, os escritos antigos apresentam de forma alegórica a primeira regra a ser implantada e descumprida: A mordida que Eva deu na maçã ao ser tentada por uma serpente. Tal metáfora representa bem os ditames da normatização que contém uma regra a ser seguida, a conduta humana e as consequências do descumprimento.

Não por outra razão, afinal o homem tem o ímpeto de burlar regras. No curso de sua evolução a humanidade passou por diversos momentos históricos em que as desconformidades aos comandos estabelecidos por normas e leis foram sendo desconsiderados para que benefícios próprios fossem alcançados em detrimento da coletividade.

No Brasil, não foi diferente. Embora seja considerada uma democracia jovem, seu nascimento foi em meio a uma cultura de extração dos recursos e altamente corrupta (pode-se lembrar da extração de Pau-Brasil, por exemplo).

Somente após alguns séculos (e aqui é importante fazer um salto evolutivo para o século atual), à medida de seu crescimento e relacionamento com países estrangeiros em razão da abertura do comércio juntamente com a evolução do mercado mundial, o Brasil se viu na necessidade de criar regramentos específicos para (tentar) mitigar e combater a doença da corrupção e assim fortalecer sua economia e principalmente sua embrionária democracia.

Até meados do ano de 2013 o arcabouço legislativo existente no país com finalidade de minimização de práticas ilícitas junto à Administração Pública contava com: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93), Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) e ainda com as previsões do próprio Código Penal para atos de corrupção internacional, bem como, tratados internacionais em que o país se tornou signatário, tais como a Convenção das Nações Unidas, assinada em 2003 e promulgada pelo decreto 5.687/2006.

Internacionalmente as já existentes e consolidadas, FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) criada em 1977 nos Estados Unidos da América e também o *U.K. Bribery Act* (UKBA) no Reino Unido serviram de motivação, podendo ser consideradas como impulsionadoras da criação das Leis específicas de combate a corrupção que passaram a compor o ordenamento jurídico brasileiro atual.

Com isso, é inserido mais ativamente no vocabulário administrativo empresarial e jurídico, a palavra *compliance*, que deriva do latim *complere*, contudo de acordo com Cruz ¹⁴⁴, o termo *compliance* derivaria do italiano antigo *compire/complire*, inclusive tendo sua primeira utilização encontrada em um texto da Carta Fabriana de 1186¹⁴⁵. Porém é mais conhecida e usualmente utilizada com sendo uma palavra da língua inglesa derivada do verbo *to comply*, que é estar em conformidade com leis, regulamentos, normas e quaisquer outros comandos regulamentares. O referido termo foi se expandindo e com isso ganhando espaço não só no vocabulário, passando a ser traduzida em ações da administração pública e empresas privadas.

Face a isso, em 2013 é então promulgada a Lei 12.846, denominada de Lei Anticorrupção, mas também, conhecida por alguns como Lei do *Compliance*. Posteriormente foi sancionado o decreto 8.420/2015, com vistas a regulamentar a Lei anterior, e já no ano seguinte entra em vigor a Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais trazendo inovações importantes ao ordenamento jurídico pátrio, em especial no âmbito do *compliance*.

Na saúde, especificamente, esse arcabouço legislativo se torna de suma importância, visto que em razão do mecanismo adotado para se propiciar a saúde aos cidadãos por meio do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/1990), em razão do próprio caráter complementar trazido por esse modelo, há grande relacionamento do Poder Público com órgãos e entidades estatais, bem como, os serviços privados.

Para Mânica¹⁴⁶, as relações jurídicas e o volume de recursos transferidos do público para o privado na saúde são intensos, razão pela qual as oportunidades para a prática de atos de corrupção são mais significativas.

Neste diapasão, é possível perceber que, a partir dessa intensa interação, transparecem as fragilidades do Estado, abrindo um leque de possibilidades e oportunidades para que a corrupção adquira espaço, dificultando assim a chegada dos recursos destinados a saúde a quem de fato necessita, resultando numa efetivação deficitária ou até mesmo nula.

Para efeitos de melhor elucidação e objetivação, cabe mencionar que o Brasil, possui hoje, seu sistema de saúde que pode ser dividido entre o público e particular.

O primeiro se refere ao SUS (Sistema Único de Saúde) que visa o atendimento gratuito à população. O segundo, por sua vez, remonta ao atendimento por hospitais, clínicas e médicos que

144 CRUZ, Marco. Fazendo a Coisa Certa: como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance. São Paulo: Saraiva., p. 8-14, 2017.

145 Cf. CASTELLANI, Arrigo. I piú antichi testi italiani. Bologna: Pàtron, p. 189-200, 1976

146 MÂNICA, Fernando Borges. O compliance no Setor da Saúde. In Governança, Compliance e Cidadania. Revista dos Tribunais. NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Fávio de Leão Bastos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.461-476, 2018.

recebem diretamente da população o pagamento pela prestação do serviço, não agindo, pois, em nome do Estado. Esta pode, também, ser fornecida por empresas que regulam os chamados planos de saúde, constituindo, assim, a chamada Saúde Suplementar.

Mas há, ainda, que se falar em uma terceira modalidade que tão bem navega entre o público e o privado: a Saúde Complementar. Esta se resume na contratação pelo ente público de pessoas de direito privado que possam fornecer serviços e produtos que o Estado não detém ou que padecem de carência. Pode-se exemplificar com a contratação de uma clínica que forneça tratamento cardiológico quando da falta de médicos cardiologistas ou equipamentos de exame disponíveis.

Tal nicho tão específico, por se tratar de contratações diretas, pode ser um chamativo objeto para aqueles que pretendem práticas corruptivas, uma vez que devem prescindir de licitação ou, em exceção, de contratação daquele que melhor atende.

3. Compliance na saúde como freio à corrupção

120

O escopo da implementação de um programa de compliance no âmbito da saúde deve ser o de refrear condutas delituosas, mediante o acatamento tanto às bases normativas de conformidade, quanto às matrizes propositivas governamentais, que tenha por fins a oferta de serviços de qualidade. Nesta esteira, diante da complexidade da estrutura robusta de acolhimento de um sistema de saúde¹⁴⁷, um programa eficiente de compliance tem a relevância de salvaguardar o ecossistema de execuções indevidas, condutas fraudulentas, abusivas e de potencial risco difuso.

No setor da saúde, a corrupção representa uma grave adversidade ao controle social e fortalecimento da saúde pública nacional. Tal percepção é compartilhada por Gaitonde, Oxman et al.¹⁴⁸, especialmente pelo alerta dos autores quanto ao abuso corruptivo – e cumplicidade abusiva –, decursivo de indevidos posicionamentos no setor público ou privado, poder ou autoridade, mediante o emprego de ações que gerem benefícios próprios, a grupos, organizações, ou pessoas próximas, que intentem angariar benesses financeiros, materiais, ou não materiais.

147 O Sistema Único de Saúde – SUS, na forma hoje existente, foi criado em 1988 com a promulgação da Constituição Federal do Brasil, com fins de priorizar o dever do Estado em garantir saúde a toda a população. Assim, com ideais de proporcionar direito à saúde gratuita total, sem discriminação, o SUS norteia-se pelos princípios da universalização à saúde; equidade como meta à diminuição de desigualdades; e, integralidade por priorizar o atendimento à necessidade de todos. Cf. BRASIL. Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Com igual relevância, o Serviço Nacional de Saúde do Reino Unido (National Health Service – NHS), apesar de meritório, não apresenta as bases da gratuidade do SUS (Brasil). Cf. REINO UNIDO. National Health Service (NHS). Disponível em <https://www.nhs.uk>. Igualmente, o Sistema Nacional de Saúde de Portugal, que se divide entre público e privado, sendo que, apesar de nominado público o acesso não é completamente gratuito. Cf. PORTUGAL. Sistema Nacional de Saúde (SNS). Disponível em <https://www.sns.gov.pt>. (todos acessados em 03 nov. 2020).

148 GAITONDE, Rakhal; OXMAN, Andrew D.; OKEBUKOLA, Peter O.; RADA, GABRIEL. Interventions to reduce corruption in the health sector. US National Library of Medicine. National Institutes of Health. The Cochrane Database of Systematic Reviews. p. 1-77, 2016. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5014759/#__sec70title. Acesso em 01 nov. 2020.

Ademais, Gaitonde¹⁴⁹ enfatiza sobre a necessidade em detectar e punir atos corruptivos, mesmo que considerados costumazes, para alguns. Tal cenário, como exemplo, pode ser retratado pelas reiteradas oposições pregressas relativas à aceitação por parte dos profissionais da área da saúde, de benesses e ganhos encaminhados pela indústria farmacêutica, a depender do uso e indicação em receituário¹⁵⁰.

121

Nesse aspecto David¹⁵¹ observa que, apesar dos longos debates sobre o assunto, a temática deve sujeitar-se às intervenções governamentais, ou então, consentir aos esforços empreendidos à autorregulação da temática por parte da indústria farmacêutica e da classe médica. Por isso, ressalva o autor que a regulamentação governamental pode ser uma estratégia eficaz à modificação do comportamento de parcela dos profissionais da saúde, porém, também acrescenta que tais diretivas necessitam ser cautelosamente redigidas, para minimizar efeitos indesejados, com fins de frustrar brechas legislativas, que permitam questionamentos quanto à sua validade ou meramente oposição ao seu cumprimento.

Todavia, uma análise pragmática evidencia que, infelizmente, além de antigo, o problema não tem precente singular¹⁵². Esse é apenas uma amostra indicativa, dentre tantos outros fatos geradores da inoperância plena e eficaz do sistema de saúde. Por isso, se tal fato se mostra alarmante quando examinado no ambiente de promoção privada, maior gravidade demonstra na esfera de aplicação de recursos da saúde pública¹⁵³.

¹⁴⁹ GAITONDE, Rakhal; OXMAN, Andrew D.; OKEBUKOLA, Peter O.; RADA, GABRIEL. **Interventions to reduce corruption in the health sector**. p. 1-77, 2016.

¹⁵⁰ Sutherland há muito tempo já sinalizava sobre tal abordagem corruptiva: “Na profissão médica, utilizada aqui como exemplo porque provavelmente é menos criminosa do que outras profissões, verifica-se a venda ilegal de álcool e narcóticos, abortos, serviços ilegais para criminosos no submundo, receitas fraudulentas e atestados de acidente, casos extremos de tratamentos e operações cirúrgicas desnecessárias, falsos especialistas, carteis e negociata de comissão. A negociata de comissão, por exemplo, viola uma lei específica em muitos estados e é uma quebra das condições de admissão na profissão em todos os estados. Um médico faz negociata de comissão quando envia seus pacientes a um cirurgião por este lhe dar uma comissão maior, ao invés de enviar a um cirurgião que faria o melhor serviço.” SUTHERLAND, Edwin H. **Crimes de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 36.

¹⁵¹ Alerta o autor que apesar de não considerar a via normativa governamental como a medida perfeita, sempre permeia o impasse entre os profissionais da saúde e a indústria farmacêutica quanto à autorregulamentação sobre a redução das influências dos benefícios concedidos nessa área. Considera o autor que os pagamentos e presentes da indústria farmacêutica aos médicos são onipresentes, apesar de inúmeras evidências perceptíveis nos receituários. GRANDE, David. **Limiting the Influence of Pharmaceutical Industry Gifts on Physicians: Self-Regulation or Government Intervention?** *General Internal Medicine* (online), p. 79-83, 2009. Disponível <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2811591/>. Acesso 01 nov. 2020.

¹⁵² Faria retrata a insatisfação com a condutas corruptivas e as conversões aceptivas sofridas ao longo da história. FARIA, Aléxia Alvim Machado. **Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção**: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889). Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2018.

¹⁵³ No Brasil, a ineficiência do emprego dos recursos públicos destinados ao Sistema Único de Saúde impacta o Estado e por conseguinte, toda a coletividade. Sobre as práticas ilícitas e antiéticas no cotejo da saúde é esboçada por Catran e Crespo, com as seguintes observações: “Tais golpes, quando atingem a esfera de saúde pública, afetando o orçamento do governo, geram prejuízos generalizados, especialmente aos beneficiários que necessitam do SUS. Quando é praticado contra os planos e seguros-saúde, a

De modo que, em um cenário multifatorial, em que as políticas regulatórias não conseguem vedar os estímulos de um mercado venal, torna-se premente estabelecer bases éticas que propiciem a efetivação do uso de recursos na seara da saúde, o que justifica a serventia da implantação de um eficaz programa de compliance¹⁵⁴, que demande o envolvimento de todos os protagonistas do mercado.

4. Pilares essenciais para a efetivação de um programa de compliance na saúde

Usualmente os programas de compliance são compostos por pilares que se seguidos corretamente encontram sua efetivação em seu fim. Tais pilares são assim nomeados: Suporte da Alta Administração (*tone at the top*), avaliação de riscos (*risk assessment*), código de conduta e políticas, controles internos, treinamentos e comunicação, canais de denúncia, investigações internas, *due diligence*, auditoria e monitoramento.

122

A efetivação de um programa de compliance deve corresponder a um sistema dinâmico e, porquanto, requer controle revisional sucessivo. Com isso, o escopo de instauração de uma estrutura de gestão, respaldada na avaliação de riscos, característico da área de saúde, nas lições de Assi, devem ser respaldadas em 03 premissas: “prevenir, detectar e responder”¹⁵⁵.

Nesse aspecto, algumas proposições finalísticas podem ser exitosas. Em primeiro plano, as bases preventivas devem considerar que a afetação dos riscos corruptivos se mostra reiterada no setor da saúde, ao longo da história. A seguir, reconhecidos os riscos corruptivos, as métricas comportamentais devem constar explicitamente do programa de compliance, para fins de estabelecer uma cultura organizacional colaborativa, com tomada de decisões pautadas em regramentos que instaurem a habitualidade às condutas éticas e racionais.

Outrossim, a instalação de canais de comunicação se mostra imprescindível, posto que as denúncias anônimas são instrumentos eficazes à detecção de irregularidades, como também vias

conta é paga pela massa de usuários e reflete, evidentemente, no preço do serviço e seus respectivos reajustos, além de interferir na qualidade e volume do serviço prestado. De uma forma ou de outra, um dano de proporções coletivas.” CATRAN, Fabiano; CRESPO, Danilo Leme. Um novo compliance no setor de saúde complementar para solução de um velho problema: as fraudes em órteses, próteses e materiais especiais (OPME). In VILLAS BÔAS CUEVA, Ricardo. FRAZÃO, Ana. Compliance, Perspectivas e Desafios dos Programas de Conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

154 Para Frazão compliance “diz respeito ao conjunto de ações a ser adotados no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade.” FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos administrativos. In ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coord.). Governança corporativa: avanços e retrocessos. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

155 Cf. ASSI, Marcos. Compliance: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

regulares a uma constante supervisão ao sistema de gestão de compliance. E, nesse ponto, se mostra salutar que as respostas sejam precisas ao intento de instaurar investigações e propiciar sinalizar remediar cenários propensos à representação de danos¹⁵⁶.

De outro lado, ao se falar especificamente do *compliance* voltado à saúde, deve-se chamar atenção à urgência de sua efetivação, porquanto por estar relacionado ao bem mais precioso do homem: a vida. Zelar pela vida é medida imperiosa do Estado enquanto ente garantidor da dignidade humana. Logo, fala-se de uma obrigação importante e necessária, haja vista que práticas corruptivas envolvendo saúde podem culminar no mais extremo prejuízo, qual seja, a morte.

Desta forma, há que se refletir que a implantação de um congruente programa de *compliance* demanda esforços extremos e um tempo esticado que, se moroso, importa em resultados desastrosos. Assim, há que se considerar uma medida alternativa à efetivação do *compliance* junto à saúde pública, especialmente em relação à Saúde Complementar.

123

Tal medida pode e deve ser representada junto ao particular contratante. Não enquanto transferência de responsabilidade, mas na condição de exigência de responsabilidade prévia. No afã de se impor regras minuciosas que atestem a legalidade de contratações e prestações de serviço público, pode o ente estatal, por ocasião da celebração do contrato, exigir como requisito de competição a existência pelo participante interessado de um efetivo, pleno e concreto programa de *compliance* interno que esteja em pleno gozo e eficiência.

Há que se lembrar que a prestação de serviço público deve ser eficiente. Logo, na mesma mão que se exige a ética estatal, deve, portanto, o governo requer e colocar como condição necessária e precedente à contratação a comprovação de que a empresa tenha, de fato, o um programa ético e imponha aos funcionários e colaboradores o pleno seguimento, inclusive sob pena de perda do direito de negociar.

Tal medida abrangeria de forma inversa todos os pilares inerentes aos programas de *compliance*, não eximiria o Estado de cumprir com a legalidade e seria, por fim, elemento fundamental de garantia da moralidade e eficiência.

¹⁵⁶ Saavedra sugere algumas diretrizes à edificação de uma efetiva governança no setor de saúde, a saber: entendimento estratégico do negócio para percepção de vulnerabilidades e lacunas; implantação de um programa de governança fundado especialmente em ética corporativa e sistemas de integridade; atuação pontual com gestão de responsabilidade social e riscos; uso de tecnologia adequada para otimização informacional; recrutamento de colaboradores adequados à gestão responsável; educação e treinamento; definição clara de papéis e responsabilidade dos gestores; monitoramento; canais de denúncias; órgão de assessoramento; compliance officer; sistema de gestão de compliance. Cf. SAAVEDRA, Giovanni Agostini et. Al. Governança coportativa e fundamento do Compliance na área de saúde. In CARLINE, Angélica; SAAVEDRA, Giovanni Agostini (Coord.). **Compliance na Área de Saúde**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

5. Considerações finais

É incontestável que o homem tende a ser sujeito individualista e que por várias vertentes corrompe a sociedade em busca do benefício próprio. As práticas de atos corruptivos se mostram danosas ao emprego dos recursos públicos à população e, no caso da saúde, culminam com a perda do bem fundamental que é a vida.

Com ideais de romper tal conjuntura, a pesquisa apresentou o compliance como um viés imperativo à fortificação e efetivação do emprego dos recursos na saúde pública, uma vez que imporiam ao particular o mandamento de honrar com a ética e moral, sob risco de incorrer em penas diversas.

Por outro lado, vê-se que o processo de implementação de um programa de compliance demanda esforços diferenciados que, muitas vezes, vão na contramão da urgência despendida para sua efetivação, uma vez que ao se falar em saúde fala-se diretamente em garantia da vida.

Desta forma, sugere-se como mecanismo de garantia da ética e moralidade que o Estado, além de implantar em si mesmo os regramentos, exija dos entes com quem contrata idênticas condutas, quais sejam, que estes particulares tenham, requisitivamente, o programa já implantado, efetivado e plenamente vigente.

124

Uma vez que o particular detenha internamente um código de normas que preze pela ética, por certo, há que se considerar que este não tenderia a fraudar ou prejudicar o sistema público com interesse em obter para si a melhor vantagem, ainda que esta venha às custas do dano direto e indireto à população. Ao contrário, o programa de compliance eficaz é meio de garantir que o contratante tenha, no mínimo, o respeito às leis, à moral e aos bons valores.

Importante salientar ainda que ao se falar de compliance não se deve limitar ao mero cumprimento de leis. Mais do que isto, o bom programa preza pela intenção do sujeito em querer seguir as normas. Assim, não há que se falar em qual lei deve ser observada. Mas em estimular o indivíduo público e privado a seguir, respeitar e honrar o ordenamento, considerando, sempre, a guarda pela vida, bem maior do homem.

- ASSI, Marcos. *Compliance: como implementar*. São Paulo: Trevisan Editora, 2018
- BRASIL. Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível <https://antigo.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em 03 nov. 2020.
- CASTELLANI, Arrigo. *I piú antichi testi italiani*. Bologna: Pàtron, p. 189-200, 1976
- CATRAN, Fabiano; CRESPO, Danilo Leme. Um novo compliance no setor de saúde suplementar para solução de um velho problema: fraudes em órteses, próteses e materiais especiais. In VILLAS BÔAS CUEVA, Ricardo. FRAZÃO, Ana. *Compliance, Perspectivas e Desafios dos Programas de Conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CRUZ, Marco. *Fazendo a Coisa Certa: como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance*. São Paulo: Saraiva, p. 8-14, 2017.
- FARIA, Aléxia Alvim Machado. *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico-penal de corrupção: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889)*. Dissertação (Mestrado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2018.
- FRAZÃO, Ana. *Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos administrativos*. In ROSSETI, Maristela Abla; PITTA, André Grunspun (Coord.). *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- GAITONDE, Rakhil; OXMAN, Andrew D. et. al. ; OKEBUKOLA, Peter O.; RADA, GABRIEL. *Interventions to reduce corruption in the health sector*. US National Library of Medicine. The Cochrane Database of Systematic Reviews. p. 1-77, 2016. Disponível em https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5014759/#__sec70title. Acesso 01 nov. 2020.
- GRANDE, David. *Limiting the Influence of Pharmaceutical Industry Gifts on Physicians: Self-Regulation or Government Intervention?* *General Internal Medicine*, p. 79-83 2009. Disponível <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2811591/>. Acesso 01 nov. 2020.
- MÂNICA, Fernando Borges. *O compliance no Setor da Saúde*. In NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Fávio de Leão Bastos (Coord.). *Governança,*

Compliance e Cidadania. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.461-476, 2018.

PORTUGAL. Sistema Nacional de Saúde (SNS). Disponível em <https://www.sns.gov.pt>. Acesso 03 nov. 2020.

REINO UNIDO. National Health Service (NHS). Disponível em <https://www.nhs.uk>. Acesso em 03 nov. 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini et. Al. Governança cooptativa e fundamento do Compliance na área de saúde. In CARLINE, Angélica; SAAVEDRA, Giovani Agostini (Coord.). Compliance na Área de Saúde. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. Crimes de colarinho branco: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 36.

COMPLIANCE AMBIENTAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO PROJETO LEI 5442/2019.

*ENVIRONMENTAL COMPLIANCE: A CRITICAL
ANALYSIS TO PROJECT LAW 5442/2019.*

Jamili Simões 

Universidade Nove de Julho, Brasil

simoes.jadv@gmail.com

Suelen Bianca de Oliveira Sales

Universidade Nove de Julho, Brasil

prof.suelensales@gmail.com

Marcelo Benacchio

Universidade Nove de Julho, Brasil

benamarcelo@gmail.com

Resumo

O trabalho possui o escopo de tratar do compliance ambiental à luz da legislação brasileira com o projeto lei 5.442/2019. Para isto irá abordar as temáticas de meio ambiente (mudanças climáticas, desastres ecológicos e direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), desenvolvimento sustentável e sustentabilidade para embasamento conceitual e contextual. Após esta abordagem, da análise do fortalecimento do conceito de sustentabilidade – também visto como princípio norteador da Constituição Federal -, a responsabilidade social ganha espaço no cenário prático e com ela a necessidade de uma visão ética empresarial. Porém, a visão ética aplicada a responsabilidade social sofre sérios impactos com o surgimento de ações corruptas por parte de seus gestores, sendo então necessário a criação de medidas e mecanismos que dão origem ao compliance. Assim, o compliance tem como objetivo alinhar os valores e propósitos de uma organização, por meio de uma gestão prévia de organização de risco, a fim de prevenir possíveis eventos nocivos para uma gestão eficiente. Deste cenário, passa a analisar o compliance ambiental que enfoca nas atividades econômicas lesivas ao meio ambiente enquadrando-se em ferramentas de gestão que visam a sustentabilidade. Com isto, no cenário brasileiro a implementação do compliance ambiental é feita através do Projeto de Lei nº 5.442/2019, que ainda está em tramitação na Câmara dos Deputados, cuja base são algumas legislações e normas circulares do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e o objetivo da justificativa são os desastres ecológicos que ocorreram em Mariana e Brumadinho, ambos no Estado de Minas Gerais, trazendo em seu bojo um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de conformidade, auditoria e incentivos denúncias de irregularidades. A análise do Projeto Lei 5.442/2019 é fundamental para compreender a adesão de responsabilidade social com a implementação de gestão responsável socioambiental pelas empresas e corporações no território nacional, vez que sua adesão é voluntária e não impositiva.

Palavras-chave: Compliance; Sustentabilidade; Desenvolvimento Sustentável; Projeto Lei 5442/2019; Compliance ambiental.

Abstract

The article has the scope of addressing environmental compliance in the Brazilian legislation 5.442 / 2019. To this end, it will discuss the themes of the environment (climate change, ecological disasters and the fundamental right to an ecologically balanced environment), sustainable development and sustainability for a conceptual and contextual basis. After this approach, from the analysis of the strengthening of the concept of sustainability - also seen as a guiding principle of the Federal Constitution -, social responsibility gains space in the practical scenario and with it the need for an ethical business vision. However, the ethical view applied to social responsibility suffers serious impacts with the appearance of corrupt actions by its managers, so it is necessary to create measures and mechanisms that give rise to compliance. Thus, compliance aims to align the values and purposes of an organization, through prior management of a risk organization, in order to prevent possible harmful events for efficient management. From this scenario, it starts to analyze environmental compliance that focuses on economic activities that are harmful to the environment, fitting into management tools that aim at sustainability. With this, in the Brazilian scenario, the implementation of environmental compliance is done through Law 5.442 / 2019, which is still pending in the Chamber of Deputies, whose basis are some laws and circular norms of the Financial Activities Control Council - COAF, and the objective of the justification are the ecological disasters that occurred in Mariana and Brumadinho, both in the State of Minas Gerais, bringing within them a set of internal mechanisms and procedures for compliance, auditing and incentives to report irregularities. The analysis of Project Law 5,442 / 2019 is essential to understand the adherence of social responsibility with the implementation of responsible socio-environmental management by companies and corporations in the national territory since their adherence is voluntary and not mandatory.

Keywords: Compliance; Sustainability; Sustainable development; Law 5442/2019; Environmental compliance.

1. Introdução

Os problemas e as resoluções ambientais são temáticas urgentes e relevantes nas agendas políticas dos países, pois estão atrelados (seja direta ou indiretamente em relação à viabilidade) à condição de crescimento econômico do país.

Assim, ao tomarem estas posturas, os Estados acabam por estarem atrelando a sua realidade ao desenvolvimento sustentável e à sustentabilidade, pois as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras.

Logo, este entendimento é construído a partir de um processo participativo integrado sem imposições aos países e organizações aderentes (possuindo caráter voluntário), e essa tendência de gestão sustentável decorrente de um compromisso voluntariamente assumido e transparentemente.

Vale dizer que o desenvolvimento sustentável e a sustentabilidade também se encontram inseridos no meio empresarial brasileiro, com a valorização e normatização dos aspectos intangíveis empresariais, bem como por meio de diretrizes governamentais reestruturantes e instrumentos adotados pelas empresas.

Deste cenário, com viés da preocupação ambiental, estabelece-se o *compliance* ambiental que enfoca nas atividades econômicas lesivas ao meio ambiente, enquadrando-se em ferramentas de gestão que visam a sustentabilidade.

130

Ademais, no Brasil existe o projeto de Lei n. 5.442/2019, sendo pioneiro na temática, que segue com tramitação pela Câmara dos Deputados, sendo tal projeto um meio de instituição do *compliance* ambiental, cujo objetivo é um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de conformidade, auditoria e incentivos denúncias de irregularidades.

Portanto, o artigo tem como sua hipótese a análise das conceituações e institutos do direito, para análise do projeto de Lei. 5442/2019, justificando-se pela necessidade da possibilidade da implementação do *compliance* ambiental mediante texto de lei, bem como as implicações que tal projeto acarretaria.

Para tanto, o presente tem como método hipotético-dedutivo e trabalho traz como referenciais teóricos as posições capitaneadas por autores como: José Joaquim Gomes Canotilho, Juarez Freitas, José Fernandes Vidal de Souza, Enrique Leff, Alexandra Aragão, dentre outros.

2. Sustentabilidade

O termo sustentabilidade se originou em 1987, quando o presidente da Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland, apresentou à Assembleia Geral da ONU o documento chamado “Nosso Futuro Comum”, que ficou conhecido como Relatório de Brundtland.¹⁵⁷

Sustentabilidade, na concepção de Juarez Freitas¹⁵⁸ é multidimensional e necessita de soluções sistêmicas, no intuito de assegurar condições favoráveis para o bem-estar das gerações futuras. O autor afirma que a sustentabilidade é:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

131

Nessa perspectiva, vislumbra José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵⁹, ao tratar do princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Estado Constitucional, ao afirmar que:

Tal como outros princípios estruturantes do Estado Constitucional – democracia, liberdade, juridicidade, igualdade – o princípio da sustentabilidade é um *princípio aberto* carecido de concretização conformadora e que não transporta soluções prontas, vivendo de ponderações e de decisões problemáticas. É possível, porém, recortar, desde logo, o *imperativo categórico* que está na gênese do princípio da sustentabilidade e, se preferir, da evolução sustentável: os humanos devem organizar os seus comportamentos e *ações* de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nasceram no futuro.

157 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1991

158 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 52-53.

159 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos* v. 8, n. 13, p. 07-18, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164599112010000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 8, grifo do autor

Conforme Cavalcanti¹⁶⁰, a busca pela sustentabilidade resume-se à questão de se atingir harmonia entre os seres humanos e a natureza, ou em conseguir uma sintonia com o ‘relógio da natureza’. O objetivo é alcançar um estado de prosperidade, caracterizado por prazo duradouro e equitativo que respeite os limites da natureza.

Assim, segundo Leff¹⁶¹, a sustentabilidade ecológica aparece como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, trata-se de uma condição para a sobrevivência humana e para um desenvolvimento durável. O autor, em seu livro *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*, problematiza as formas de conhecimento, os valores sociais e as próprias bases de produção, abrindo uma nova visão do processo civilizatório.

Consequentemente, a sustentabilidade tornou-se uma noção positiva e altamente prospectiva, que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço.¹⁶²

A busca de soluções para as questões ambientais, sociais e econômicas globais converte a sustentabilidade em um direito de espécie, que exigirá uma nova e ampliada concepção de solidariedade, não somente quanto à sua transmutação, mas como princípio jurídico gerando autênticas obrigações aos indivíduos e ao Estado, mas, sobretudo, quanto à sua natureza e extensão.

A sustentabilidade também fundamentada pela ética deve ser constituída em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação.

Em 1972, a Conferência de Estocolmo, fez nascer o senso do ecodesenvolvimento, que posteriormente denominou-se desenvolvimento sustentável, passando a criar análise da questão ecológica sob outro prisma, como “uma terra só”.¹⁶³

Neste sentido, Sachs¹⁶⁴ afirma:

¹⁶⁰ CAVALCANTI, Clóvis. **Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica**. In: _____ (Org.). *Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. São Paulo: Cortez, 2003, p. 161.

¹⁶¹ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 133-134.

¹⁶² FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 19, n.4, 2014, p.1458

¹⁶³ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Possibilidades, proximidades e distanciamentos de diálogos entre ética, compliance e desenvolvimento sustentável**. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *Direito empresarial: estruturas e regulação*. Vol. II, Uninove, 2018, p. 161.

¹⁶⁴ SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. São Paulo: Studio Nobel, 1993. p.7

No contexto histórico em que surgiu, a ideia de desenvolvimento implica a expiação e a reparação de desigualdades passadas, criando uma conexão capaz de preencher abismo civilizatório entre as antigas nações metropolitanas e a sua antiga periferia colonial, entre as minorias ricas modernizadas e a maioria ainda atrasada e exausta dos trabalhadores pobres. O desenvolvimento traz consigo a promessa de tudo - a modernidade inclusiva propiciada pelo desenvolvimento. (...)

Hoje perdemos a inocência. Hoje sabemos que a nossa civilização e até mesmo a vida em nosso planeta estarão condenados, a menos que voltemos para o único caminho viável, tanto para os ricos quanto para os pobres. O desenvolvimento e o meio ambiente estão indissolvemente vinculados e devem ser tratados mediante a mudança de conteúdo, das modalidades e das utilizações de crescimento. Três critérios fundamentais devem ser obedecidos simultaneamente: equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica.

Desenvolvimento sustentável, à luz do Relatório de Brundtland, é conceituado como aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.¹⁶⁵

133

Nesta toada, Vidal¹⁶⁶ afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável enquanto processo de gerar riqueza e bem-estar deve, ao mesmo tempo, promover a coesão social e impedir a destruição do meio ambiente. Consequentemente, a sustentabilidade passou a ser conceituada de acordo com estes paradigmas, modelos e critérios.

Ao se pensar em gerações futuras é necessário também entender a responsabilidade das empresas e as novas práticas de governança sustentáveis, que serão abordadas a seguir.

3. Responsabilidade social e compliance

A Responsabilidade Social - também chamada de empresarial ou corporativa-, de acordo com Carrilo¹⁶⁷, é:

La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) o Responsabilidad Social Corporativa (RSC) es un concepto conforme al que éstas integran ciertos criterios sociales y ecológicos en sus actividades comerciales y empresariales, así como en sus relaciones con terceros. Suele aludir a prácticas voluntarias, adoptadas sobre la idea de que el éxito comercial y los beneficios duraderos para los propietarios y accionistas se maximizan con un comportamiento responsable orientado a favorecer el crecimiento económico y la

¹⁶⁵ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1991, p. 10

¹⁶⁶ SOUZA, pg. 167.

¹⁶⁷ CARRILO, Elena F. Pérez (2012). **Empresa socialmente responsable, y crecimiento empresarial sostenible**. In: BALTAR, Ángel Fernández-Albor (Org.). Revista de Derecho de Sociedades – Empresa Responsable y Crecimiento Sostenible: Aspectos Conceptuales, Societarios y Financieros, Revista nº 38. Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, p. 28.

competitividade, al tempo que protegiendo el medioambiente y otros intereses como de los consumidores

Assim, é possível perceber que a responsabilidade social é elemento essencial para a criação de normas de governança corporativa, haja vista que se trata de um mecanismo que envolve critérios sociais (tanto para fornecedores, consumidores e sociedade) e ecológicos em suas atividades empresariais.

Em conformidade, Dias¹⁶⁸ afirma que o conceito de Responsabilidade Social Empresarial seria de promover um comportamento que integra elementos sociais e ambientais que não necessariamente estão contidos na legislação, mas que atendem às expectativas da sociedade em relação às empresas.

Portanto, trata-se de um novo modelo de gestão que, além do aspecto financeiro, importa em compreender a relação entre a empresa e os diversos agentes que se conectam com ela direta ou indiretamente¹⁶⁹.

134

No entanto, a identidade da empresa é fundamental para se desenhar o sistema de governança da organização, incluindo a elaboração de um código de conduta sobre o qual se desenvolve o sistema de conformidade (*compliance*), fundamentando-se nos quatros princípios básicos norteadores, quais sejam: transparência; equidade; prestação de contas (*accountability*); e a responsabilidade corporativa, de acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC).¹⁷⁰

De acordo com Vidal¹⁷¹, o termo *compliance* passou a designar um comportamento ético das empresas diante da legislação de combate à corrupção, com aspectos que implicam na atuação do Poder Público que deseja proteger a administração contra a prática de crimes e atos ilícitos.

Assim, *compliance* visa designar o comportamento ético das empresas, norteando o agir e não agir, em obediência à lei, aos regulamentos internos e externos visando combater a corrupção, e não obstante, prevenir e reduzir os riscos de condutas fraudulentas.

¹⁶⁸ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade**. 2ª Ed. Revista Atualizada. Editora Atlas S.A – São Paulo, 2011, p.54

¹⁶⁹ SANTIAGO, Andreia Maria; POMPEU, Gina Vidal Marcílio (2013). **Responsabilidade social empresarial: nova forma de gestão**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; SANCHES, Samyra Haydeê del Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti. Empresa, funcionalização do direito e sustentabilidade: função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento. Volume IV. Curitiba: Clássica editora, p. 14.

¹⁷⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC (2015). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. - São Paulo, SP: IBGC. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1pDL5jG6QIPqkLz2pUUzc1SlgtDD0vqgj> Acesso em 12 de jan 21

¹⁷¹ SOUZA, José Fernando Vidal de. **Possibilidades, proximidades e distanciamentos de diálogos entre ética, compliance e desenvolvimento sustentável**. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. Direito empresarial: estruturas e regulação. Vol. II, Uninove, 2018, p. 146.

Ao adotar tal postura, a empresa, seus funcionários, e inclusive os fornecedores, devem adotar um agir pautado por princípios éticos e comportamento de acordo com as regras dos organismos reguladores.¹⁷²

Corroborando com a aplicação de tal instrumento, a Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, regulamenta as práticas ilícitas empresariais, enraizando-se a cultura de *compliance* como requisito de sobrevivência de todas as empresas atuantes no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, este conjunto de medidas e comportamentos adotados por uma empresa possui como objetivos: evitar, detectar e interromper a ocorrência de irregularidades.

Assim, as empresas ao implementarem o *compliance* precisam considerar os norteadores básicos: analisar transparência; equidade; prestação de contas (*accountability*); e a responsabilidade corporativa.

A responsabilidade empresarial, portanto, é um princípio que norteia o projeto de *compliance* a ser estabelecido na empresa que optar por adotar tal instrumento. Tal princípio, assim, traz ao projeto consideração aos critérios sociais e ecológicos nas atividades comerciais e empresariais, bem como as relações com terceiros.¹⁷³

Ao pensar no caráter ambiental e o *compliance* é preciso analisar vertente específica - *compliance* ambiental -, que será analisado a seguir.

4. Compliance ambiental

Na visão de Carlos Eduardo Peralta Montero¹⁷⁴, a ética na era da ecologia leva ao despertar da consciência ambiental, senão vejamos:

A moderna consciência ambiental deverá defender uma postura que enxergue a degradação ecológica como um problema de caráter ético que afeta de maneira dramática o bem-estar da vida do planeta e que, conseqüentemente, tem uma transcendência política social e econômica para a humanidade. Essa consciência deverá estar fundamentada em raízes de caráter ético, articulando valores e modelos de conduta. Novos valores ecológicos deverão guiar as relações sociais contemporâneas, criando uma nova concepção ética que supere a coisificação do meio ambiente. Dentro dessa nova postura, o valor da

¹⁷² Ibid, p. 147.

¹⁷³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA IBGC (2015). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. - São Paulo, SP: IBGC. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1pDL5jG6QIPqkLz2pUUzc1SlgtDDOvqgl> Acesso em 12 de jan 21

¹⁷⁴ MONTERO, Carlos Alberto Peralta. **Tributação ambiental**: reflexões sobre a introdução da variável no sistema econômico. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51

solidariedade e o princípio da responsabilização são postulados imprescindíveis para assegurar o futuro da vida no planeta.

A ecoética está relacionada à noção de responsabilidade e possui duas vertentes: uma conservacionista, que vê a natureza como instrumento na mão do homem, que pode explorá-la e modificá-la à vontade, no intuito de obter bem-estar para o maior número de pessoas; e a preservacionista, baseada em premissas metafísicas, que reconhecem o valor intrínseco à natureza, tendo em vista que sua exploração não pode ultrapassar determinados limites.

Nessa linha, desde 1972 os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) têm adotado como princípio de direito comunitário do ambiente em suas diversas recomendações e programas de ação de matéria ambiental, o princípio do poluidor pagador.

Em 1992, o princípio do poluidor-pagador foi consagrado no plano internacional na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO92) e incorporado aos textos de tratados e convenções internacionais, sugerindo no princípio 16 que:

As autoridades nacionais deverão envidar esforços no sentido de promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em consideração a política de que o poluidor deverá, em princípio, arcar com os custos da poluição, considerando o interesse público e sem distorcer-se o comércio e as versões internacionais.¹⁷⁵

136

O supramencionado princípio inspirou o §1º, artigo 14, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA), que determina que o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos danos causados pela degradação do meio ambiente, independente de culpa, o poluidor deverá indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, sendo assim, de ações de responsabilização civil e criminal.

Alexandra Aragão¹⁷⁶ defende a diferenciação entre o princípio do poluidor-pagador e o princípio da responsabilidade, conforme a seguinte linha de pensamento:

Pensamos, em suma, que identificar os princípios da responsabilidade e do poluidor-pagador constituiria, do ponto de vista dogmático, uma perda de sentido útil de ambos, um verdadeiro desaproveitamento das potencialidades dos Dois. A prossecução dos fins de melhoria do ambiente e da qualidade de vida, com justiça social e ao menor custo econômico, será indubitavelmente

175 EDITOR, O. Declaração do Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 6, n. 15, p. 153-159, 1992, p. 157.

176 ARAGÃO, Alexandra. *Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47, grifo do autor.

mais eficaz se cada um dos princípios se ‘especializar’ na realização dos fins para os quais está natural e originalmente vocacionado:

- a reparação dos danos causados às vítimas, *o princípio da responsabilidade*;
- a precaução, prevenção e redistribuição dos custos da poluição, *o princípio do poluidor-pagador*.

O conceito do poluidor-pagador visa atribuir ao ente poluidor valor monetário ao consumo ambiental, ou seja, os custos relativos à deterioração do meio ambiente, devendo o poluidor suportar total ou parcialmente os gastos advindos dos danos ambientais. Busca-se responsabilizar diretamente o poluidor pela reparação dos danos causados, aliviando o fardo suportado pelos poderes públicos para assegurar a preservação ambiental.

Na verdade, conforme a construção de Alexandra Aragão, o princípio do poluidor-pagador é a “pedra angular” da política comunitária do meio ambiente. A autora defende que os princípios da prevenção, da precaução e outros princípios constitucionais expressos de política de ambiental são concretizados como subprincípios do poluidor-pagador.¹⁷⁷

137

A Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo adota a precaução como diretriz ambiental básica, de forma a orientar as políticas ambientais modernas, sendo cristalizada como o princípio 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO92). A precaução impõe a adoção de um prévio juízo de valor sobre atividades que impliquem em ameaça ao meio ambiente, ainda que não haja provas científicas do potencial lesivo, medidas são tomadas com base no perigo potencial que possa proporcionar.

Para Álvaro Mirra¹⁷⁸, o princípio da precaução, na realidade, substitui o critério da certeza pelo critério da probabilidade. Nessa linha, esclarecedoras são as palavras do autor

A partir do em que o princípio da precaução é reconhecido como parte integrante do nosso ordenamento jurídico, entre os princípios gerais do direito ambiental, não resta dúvida de que ele exerce influência sobre a interpretação e a aplicação de todas as normas do sistema jurídico ambiental [...].

Insta destacar que a implementação de política ambiental no ordenamento jurídico, com intuito de impor a prática de atividades preventivas, é menos onerosa do que a remediação dos prejuízos oriundos do dano ambiental. O planejamento de ações e o investimento em novas tecnologias demonstram que o princípio da precaução orienta a criação da política de proteção ambiental.

¹⁷⁷ ARAGÃO, Alexandra. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo, Ed. Planeta Verde, 2014, E-book. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 14

¹⁷⁸ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. Revista de Direito Ambiental, v. 6, n. 21, São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p.98-99.

O princípio da prevenção, ao contrário da precaução, trabalha com as consequências das análises científicas. No caso da prevenção, as decisões visam evitar a consumação do dano ambiental.

A prevenção incorpora-se ao texto da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO92) em seu princípio 8, no qual se pode vislumbrar sua efetividade por meio de medidas adotadas. Dentre elas, elencam-se as previstas no artigo 9º da Lei nº 6.938/81, que estabelece padrões de qualidade ambiental, avaliação de impactos ambientais, revisão de atividades efetivas e potencialmente poluidoras.

Conforme ressalta Paulo Afonso Leff¹⁷⁹ sobre a prevenção:

[...] não é estática; e, assim tem-se atualizar e fazer reavaliações, para poder influenciar a formulação das novas políticas ambientais, das ações dos empreendedores e das atividades da Administração Pública, dos legisladores e do Judiciário.

O conceito do poluidor-pagador é concretizado por meio de normas jurídicas que estabelecem instrumentos diretos e indiretos de tutela ambiental.

O *compliance* tem sua base na responsabilidade legal, no conjunto de regras e enunciados legais e marcos regulatórios que uma empresa deve estar em conformidade, ou seja, o *compliance* pressupõe adesão e respeito a normas e regulamentos.

138

No âmbito do *compliance* ambiental vamos abranger todos os institutos que têm relação com o direito ambiental, a responsabilidade social empresarial está interligada com os conceitos de prevenção e do poluidor pagador.

Ao tratar sobre o tema de *compliance* e sustentabilidade, a professora Alexandra Aragão¹⁸⁰ faz a seguinte reflexão jurídica sobre o movimento de *compliance* empresarial na União Europeia, o *compliance* ambiental serve para prevenir que as iniciativas pró-ambientais das empresas, se transformem em meras operações de fachada, destinadas a camuflar, com maquiagem verde, velhas práticas baseadas num *modus operandi* e numa visão da natureza como uma fonte inesgotável de matérias primas e energéticas, e como um sumidouro infinito de resíduos e emissões poluentes. Para tanto, o setor empresarial europeu tem um conjunto de razões jurídicas para levar a sério o imperativo de ser e de parecer mais sustentável.

¹⁷⁹ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.68.

¹⁸⁰ ARAGÃO, Alexandra. **Compliance ambiental: oportunidades e desafios para garantir um desempenho empresarial mais verde, real e não simbólico**. in: ARAGÃO, Alexandra; GARBACCIO, Grace Ladeira. Compliance e Sustentabilidade: perspectivas brasileira e portuguesa. Editora: Instituto Jurídico: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra:2020, *E-BOOK*, p.26

No Brasil, a lei de referência a respeito de compliance é a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, 1º de agosto de 2013), que traz em seu bojo instrumentos normativos para responsabilização administrativa, civil para pessoas jurídicas por atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

No que tange à seara ambiental os Deputados Luiz Flávio Gomes e Rodrigo Agostinho propuseram, o Projeto de Lei nº 5.442/2019¹⁸¹, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que visa regulamentar a implementação de programas de integridade ambiental pelas empresas.

O Projeto promove a observância das exigências legais, tendo o compliance ambiental é uma importante ferramenta na redução de riscos ambientais relacionados às atividades das pessoas jurídicas que tenham como fonte de produção e serviço os bens ambientais. A proposta visa reforçar os incentivos legais para que as empresas adotem medidas preventivas, apesar da não obrigatoriedade de implementação de programas de conformidade ambiental.

Os incentivos para as empresas que aderirem a compliance ambiental, podem advir sanções premiais como subvenções econômicas e incentivos fiscais, a sanções punitivas administrativas e penais, tais como proibição de contratar com o Poder Público

139

O Projeto de Lei nº 5.442/2019 tem como justificativa as recentes tragédias envolvendo o rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho, que despertaram a atenção de especialistas e autoridades públicas para a necessidade de desenvolvimento de instrumentos preventivos de preservação do meio ambiente.

Nesse contexto, os programas de conformidade ambiental, apresentados pelo projeto, não são novidades para o mundo empresarial. Apesar de apresentar instrumentos para a garantia dos interesses da coletividade, o projeto vem apenas a concretizar posturas que já vem sendo objeto de implementação de padrões internos de acordo com as normas aplicáveis à atividade desenvolvida. A nova lei caso aprovada viria a reforçar comportamentos oriundos da autorregulação empresarial.

De acordo com o Projeto, pessoas jurídicas que exploram atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente devem adotar um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de conformidade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, e aplicar de maneira efetiva códigos de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar, prevenir e sanar irregularidades e atos ilícitos lesivos ao meio ambiente.

¹⁸¹ PROJETO LEI 5.442/2019. Disponível em: PL 5442/2019 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br), acesso em 10 de jan. 2021.

Neste contexto, Luis Roberto Antonik¹⁸² explica:

Haverá um tempo em que a ética como ação espontânea terá desaparecido, pois as medidas e os cuidados ambientais e sociais, além dos procedimentos de sustentabilidade, serão normatizados. A empresa que não seguir tais preceitos não mais será antiética simplesmente, mas descumprirá a lei, ou seja, deixará de praticar o *compliance*.

Parece distante, mas estamos caminhando velozmente para este cenário. Os órgãos de regulação do meio ambiente estão trabalhando a todo o vapor para produzir normas e fiscalizar os bons procedimentos das empresas.

Enquanto este tempo não chega, empresas socialmente responsáveis antevêm o futuro e, sabendo que o mercado comprador é altamente suscetível ao bom comportamento e repulsivo com as companhias que não respeitam o meio ambiente, adiantam-se e adotam, espontaneamente, ações preventivas para minimizar e mitigar efeitos nocivos resultantes de suas operações [...].

5. Conclusão

Da leitura deste artigo é possível entender e correlacionar conceituações como sustentabilidade e desenvolvimento sustentável no cenário atual das empresas, bem como que instrumentos de boa governança (como por exemplo: *compliance* e a lei anticorrupção) também se tornaram instrumento necessário.

140

Assim, é notório que há a conscientização por parte dos Estados e das empresas de que é possível atrelar fatores econômicos, junto de meio ambiente e sociedade; além do fato de que tal comportamento, apesar de ser voluntário, atrela uma imagem necessária para as empresas hodiernamente, que é ser sustentável.

Diante disso, da necessidade do desenvolvimento sustentável e atenção às questões ambientais, foi implementado o *compliance* ambiental.

Ante as tragédias ambientais que ocorreram no Brasil, como já citado: as cidades de Mariana e Brumadinho, no estado de Minas Gerais, o projeto de Lei nº 5.442/2019, ainda em trâmite perante a Câmara dos Deputados, visa regulamentar a implementação de programas de integridade ambiental pelas empresas, sendo uma legitimação no ordenamento jurídico sobre tal instrumento.

¹⁸² ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta books, 2016. p.174

Além disso, que é primordial, estabelecer *compliance* ambiental confere caráter preventivo por parte da empresa, justamente para evitar repetições de tragédias ambientais e a manutenção do meio ambiente sustentável.

Outro caráter fundamental é que o Projeto Lei prevê a existência de um programa efetivo e com imposição de sanções penais e administrativas previstas na legislação ambiental, configurando, assim, um incentivo à sua implementação.

Assim, a existência de um programa de conformidade ambiental passará de uma vantagem competitiva no mundo dos negócios e tornar-se-á cada dia mais indispensável para manutenção do desenvolvimento sustentável.

Portanto, os instrumentos demonstrados são necessários para a realidade das empresas hodiernas. Com o reconhecimento e a conscientização do papel da empresa, da sua responsabilidade com a comunidade e com o meio ambiente, e da importância de políticas e instrumentos que permeiam, a implementação se faz necessária para garantir as futuras gerações.

- ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.
- ARAGÃO, Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo, Ed. Planeta Verde, 2014, E-book. Disponível em: <https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf> Acesso em: 10 jul. 2020.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. Revista de Estudos Politécnicos v. 8, n. 13, p. 07-18, jun. 2010 Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S164599112010000100002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 8, grifo do autor.
- CARRILO, Elena F. Pérez (2012). Empresa socialmente responsable, y crecimiento empresarial sostenible. In: BALTAR, Ángel Fernández-Albor (Org.). Revista de Derecho de Sociedades – Empresa Responsable y Crecimiento Sostenible: Aspectos Conceptuales, Societarios y Financieros, Revista nº 38. Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, p. 25-57.
- CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica. In: _____ (Org.). Desenvolvimento e natureza: Estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo: Cortez, 2003
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1991.
- DIAS, Reinaldo (2011). Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e Sustentabilidade. 2ª Ed. Revista Atualizada. Editora Atlas S.A – São Paulo.
- EDITOR, O. Declaração do Rio de Janeiro. Estudos Avançados, v. 6, n. 15, 1992.
- FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. Novos Estudos Jurídicos. v. 19, n.4, 2014, p. 1433-1464

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA – IBGC (2015). Código das melhores práticas de governança corporativa. 5. ed. - São Paulo, SP: IBGC. Disponível em: <https://drive.google.com/drive/folders/1pDL5jG6QIPqkLz2pUUzc1SlgtdDOvqgl>> Acesso em 12 de jan 21.

LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. Revista de Direito Ambiental, v. 6, n. 21, São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MONTERO, Carlos Alberto Peralta. Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável no sistema econômico. São Paulo: Saraiva, 2014.

PROJETO LEI 5.442/2019. Disponível em: PL 5442/2019 — Portal da Câmara dos Deputados - Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br), acesso em 10 de jan. 2021.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Studio Nobel, 1993.

SANTIAGO, Andreia Maria; POMPEU, Gina Vidal Marcílio (2013). Responsabilidade social empresarial: nova forma de gestão. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; SANCHES, Samyra Haydeê del Farra Naspolini; COUTO, Mônica Bonetti. Empresa, funcionalização do direito e sustentabilidade: função sócio-solidária da empresa e desenvolvimento. Volume IV. Curitiba: Clássica editora, p. 14-40.

SOUZA, José Fernando Vidal de. Possibilidades, proximidades e distanciamentos de diálogos entre ética, compliance e desenvolvimento sustentável. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. Direito empresarial: estruturas e regulação. Vol. II, Uninove, 2018, p. 145-181.

COMO A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL ORIUNDA DA
COVID-19 TEM AFETADO O DIREITO FUNDAMENTAL
À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO
DOS DADOS PESSOAIS?

*HOW HAS THE DIGITAL TRANSFORMATION ARISING FROM COVID-19
AFFECTED THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE CONTEXT
OF PERSONAL DATA PROTECTION?*

Dilça Cabral de Jesus 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

dilcac@gmail.com

Hérica Cristina Paes Nascimento 

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

hericacpnascimento@gmail.com

Sílvio Bitencourt da Silva

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

sibitencourt@unisinos.br

Resumo

O objetivo do presente artigo é verificar a observância do direito fundamental da privacidade considerando o cenário pós-pandemia, por parte dos agentes de proteção de dados. Os atuais desafios enfrentados no âmbito da saúde, vivenciados em diversos países, tem instalado problemas sociais e econômicos a nível mundial. Isso tem provocado perturbações inimagináveis, criando assim um período volátil e perigoso nos diversos segmentos da sociedade, causando impactos na vida das pessoas nos mais variados aspectos: trabalho, lazer, educação, bem como nas empresas com desafios enfrentados neste processo imposto pelo COVID-19.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Pandemia; Privacidade; Proteção de Dados; Tecnologias Digitais.

Abstract

The objective of this article is to verify the observance of the fundamental right of privacy considering the post-pandemic scenario, by data protection agents. The challenges faced in the field of health, experienced in several countries, have social and economic problems worldwide. This has caused unimaginable disturbances, thus creating a volatile and dangerous period in different segments of society, causing impacts on people's lives in the most varied aspects: work, leisure, education, as well as companies with challenges faced in this process imposed by COVID-19.

Keywords: Fundamental Rights; Pandemic; Privacy; Data Protection; Digital Technologies.

1. A pandemia provocada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2), causador da Covid-19

A pandemia provocada pela Covid-19 tensiona os hábitos e as tecnologias digitais a se integrarem a vida das pessoas e as rotinas das empresas com intensidade ainda maior do que já vinha ocorrendo. De acordo com Pedro Doria, em um Webinar realizado pela Fundação FHC¹⁸³.

Essa pandemia já nasce digital, pois surgiu na Província de Wuhan e logo chegou a Shenzhen, dois polos de tecnologia da China. Em seguida, o Novo Coronavírus se alastrou para a Coreia do Sul e o Japão, o norte da Itália, a Califórnia, onde fica o Silicon Valley, e o estado norte-americano de Washington, sede da Microsoft e da Amazon. Todas essas regiões estão fortemente interligadas pela tecnologia, com intensa movimentação de pessoas, informação, serviços e produtos entre elas.

De fato, as chamadas “novas tecnologias digitais” vêm sendo desenvolvidas e incorporadas em nossas rotinas diárias, contribuindo com a transição de época conhecida como quarta revolução industrial que irá remodelar nossas indústrias e, por consequência, a sociedade¹⁸⁴¹⁸⁵¹⁸⁶. As revoluções industriais anteriores também foram caracterizadas pela disseminação de novas tecnologias na época. Na primeira revolução industrial, especialmente a indústria têxtil teve a sua produtividade aumentada devido à inserção das máquinas de fiar, o tear mecânico e a máquina a vapor. Durante a segunda revolução industrial, novas técnicas e novas fontes de energia como a eletricidade e, especialmente o petróleo, substituindo o vapor a partir da indústria química, possibilitaram o aumento da capacidade industrial e o desenvolvimento acelerado da economia. Ainda hoje, na terceira revolução industrial, assumiram posição de destaque a robótica, a genética, a informática, as telecomunicações, a eletrônica, entre outras.

A “reinicialização” proposta por Schwab e Malleret¹⁸⁷ abrange vários domínios, dentre eles o da tecnologia que ocorre por meio da aceleração da transformação digital, pois um dos maiores efeitos do confinamento foi a ampliação e progresso do mundo digital de maneira permanente¹⁸⁸. Com isso, os consumidores foram forçados a mudar seus hábitos encarando que certas coisas se tornaram rapidamente em “coisas digitais”, como na educação, comércio e atendimento de maneira geral. Reguladores acelerarem suas decisões forçados

¹⁸³DIAS, Otávio. *Pandemia e transformação digital: as mudanças na vida das pessoas e das empresas*. Webinar Fundação FHC. 2020. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/iniciativas/debates/pandemia-e-transformacao-digital-as-mudancas-na-vida-das-pessoas-e-das-empresas>. Acesso em: 06 de junho de 2020.

¹⁸⁴SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Edipro, 2019.

¹⁸⁵SCHWAB, Klaus; MALLERT, Thierry. Covid-19: The Great Reset. *Forum Publishing*, 2020.

¹⁸⁶SHIFT, Deep. *Technology tipping points and societal impact*. In: World Economic Forum Survey Report. 2015. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2020.

¹⁸⁷SCHWAB, Klaus; MALLERT, Thierry. Covid-19: The Great Reset. *Forum Publishing*, 2020.

¹⁸⁸SCHWAB, Klaus; MALLERT, Thierry. Covid-19: The Great Reset. *Forum Publishing*, 2020.

pela necessidade emergente, causando um certo relaxamento de regulações que merecem ser encaradas particularmente diante de questões de cibersegurança à medida que o “digital” prevalece no cotidiano das pessoas. As empresas aceleraram a automação de seus processos em direção a um tipo de ambiente que minimize a interação e o contato humano próximo.

Claro, muitos dos impactos sentidos como resultado dessas transições afetam muitas facetas da sociedade e da economia. Um deles pode ser destacado para este contexto. O que torna necessário institucionalizar um modelo sólido de cibersegurança que inspire confiança para indivíduos, empresas e governos, particularmente em relação à privacidade dos dados pessoais.

2. Privacidade de dados pessoais na pandemia COVID-19

O entendimento sobre privacidade de dados e a importância que se atribui a sua proteção foram afetados pela pandemia COVID-19. Alguns primeiros elementos jurídicos sobre a discussão acerca do equilíbrio entre o direito fundamental à privacidade e o interesse público geral foram apontados por Ventrella¹⁸⁹ que descreveu as operações de processamento mais críticas e controversas empregadas pelos estados para conter a pandemia e mitigar seus efeitos, dando ênfase no aumento do crime cibernético durante a pandemia.

De fato, a necessidade de parar sua propagação e curar aqueles os que estão sofrendo tornou-se um compartilhado por todas as nações. Para Pierucci e Walter¹⁹⁰, os esforços desenvolvidos pela Organização Mundial da Saúde, outras organizações internacionais, governos, instituições de saúde e seus funcionários, bem como empresas para prevenir uma propagação em escala ainda maior do vírus, para salvar pessoas e proteger a sociedade são ilimitados e devem ser fortemente apoiado. Entretanto, tais esforços constituem uma ameaça resultante da pandemia COVID-19 no que diz respeito à democracia, ao Estado de Direito e aos direitos humanos, incluindo os direitos à privacidade e à proteção de dados. De acordo com Pierucci e Walter¹⁹¹:

No esforço de conter o número de novas contaminações, os governos tiveram que recorrer a medidas extraordinárias, incluindo a declaração do estado de emergência em muitos casos. Embora a situação alarmante de saúde pública desses países tenha justificado a introdução de regimes específicos, deve-se sublinhar que, durante esses períodos limitados, o exercício dos direitos

¹⁸⁹VENTRELLA, Emanuele. Privacy in emergency circumstances: data protection and the COVID-19 pandemic. In: *ERA Forum*. Springer Berlin Heidelberg, 2020. p. 379-393.

¹⁹⁰PIERUCCI, Alessandra; WALTER, Jean-Philippe. Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic. *Council of Europe*, v. 30, 2020.

¹⁹¹PIERUCCI, Alessandra; WALTER, Jean-Philippe. Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic. *Council of Europe*, v. 30, 2020.

humanos, consagrados em diversos instrumentos internacionais (como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem) e os instrumentos nacionais são aplicáveis e não podem ser suspensos, mas apenas derogados ou restringidos por lei, na medida estritamente exigida pelas exigências da situação, no respeito pela essência dos direitos e liberdades fundamentais.

De fato, os dados se tornaram cada vez mais importantes e valiosos para cientistas e autoridades de saúde em busca de respostas para a crise do COVID-19 de acordo com Almeida¹⁹², pois no cenário atual, iniciativas de apoio à vigilância e monitoramento de infecções são essenciais e necessárias. No entanto, Almeida¹⁹³ distingue que:

[...] abundam as questões éticas, jurídicas e técnicas quanto à quantidade e tipos de dados pessoais recolhidos, processados, partilhados e utilizados em nome da saúde pública, bem como à utilização concomitante ou posterior desses dados.

Em síntese, seguindo a argumentação de Ienca e Vayena¹⁹⁴ a coleta de dados em grande escala pode ajudar a conter a pandemia de COVID-19, mas não deveria se negligenciar a privacidade e a confiança pública, buscando se adotar melhores práticas para sustentar padrões de coleta e processamento de dados responsáveis em uma escala global. Isso deve ao entendimento de que as respostas dadas a pandemia COVID-19 vêm ameaçando a privacidade ao reduzir o controle sobre a coleta, compartilhamento e proteção de alguns dos tipos mais confidenciais de informações pessoais, incluindo dados de saúde e localização.

148

Para Čović¹⁹⁵ trata-se de uma das consequências da vida na era digital, em que o desenvolvimento acelerado das tecnologias digitais tornara a questão da privacidade e da proteção de dados pessoais um tema, especialmente no período da última pandemia global e do surgimento de aplicativos móveis para monitoramento de contatos de pacientes que levantou a questão da conformidade de seu uso com os regulamentos legais em nível internacional e nacional no campo da proteção dos direitos humanos.

Um exemplo de tecnologia digital aplicada ao contexto de pandemia de COVID-19 nos é apresentada por Hassandoust, Akhlaghpour e Johnston¹⁹⁶, que conduziram um estudo para

¹⁹²ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Personal data usage and privacy considerations in the COVID-19 global pandemic. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487-2492, 2020.

¹⁹³ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Personal data usage and privacy considerations in the COVID-19 global pandemic. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487-2492, 2020.

¹⁹⁴IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. On the responsible use of digital data to tackle the COVID-19 pandemic. *Nature medicine*, v. 26, n. 4, p. 463-464, 2020.

¹⁹⁵ČOVIĆ, Ana V. et al. Right to privacy and protection of personal data in the age of the COVID-19 pandemic. *Социолошки преглед*, v. 54, n. 3, p. 670-697, 2020.

¹⁹⁶HASSANDOUST, Farkhondeh; AKHLAGHPOUR, Saeed; JOHNSTON, Allen C. Individuals' privacy concerns and adoption of contact tracing mobile applications in a pandemic: A situational privacy calculus perspective. *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2020.

desenvolver e validar empiricamente um modelo de cálculo de privacidade situacional integrativo para explicar as preocupações de privacidade dos usuários em potencial e a intenção de instalar um aplicativo móvel de rastreamento de contatos (*Contact Tracing Mobile Application – CTMA*, no original da língua inglesa). Os resultados confirmaram as preocupações iniciais sobre as taxas de adoção potencialmente baixas do CTMA, influenciadas pelas crenças de risco, benefícios individuais e sociais percebidos para a saúde pública, questões de privacidade, iniciativas de proteção de privacidade (proteção legal e técnica) e recursos de tecnologia (anonimato e uso de dados menos confidenciais).

Aliás, compreender como as pessoas demonstram sua preocupação com a privacidade, as percepções dos benefícios sociais e a aceitação de várias medidas de controle COVID-19 torna-se relevantes. Nesta direção, a pesquisa online de Bernier e Knoppers¹⁹⁷, fez uso de informações de localização nos EUA e na Coreia do Sul em que os resultados indicaram que as pessoas têm maior preocupação com a privacidade para métodos que usam informações mais confidenciais e privadas e que as percepções das pessoas sobre os benefícios sociais são baixas quando suas preocupações com a privacidade são altas, indicando uma relação de compensação entre as preocupações com a privacidade e os benefícios sociais percebidos. Em termos comparativos o estudo de Bernier e Knoppers¹⁹⁸ demonstrou que a aceitação pelos sul-coreanos (em comparação com pessoas nos EUA) para a maioria dos métodos de mitigação é significativamente maior do que pelas pessoas nos EUA e que pessoas com uma orientação coletivista mais forte tendem a ter uma aceitação maior para as medidas de controle porque têm menos preocupações com a privacidade e percebem maiores benefícios sociais para as medidas.

149

Já nos estudos de Kim e Kwan¹⁹⁹, se percebeu que os profissionais de saúde do Canadá são expostos a uma incerteza regulatória significativa ao compartilhar dados de maneira expedita para fins de resposta a uma pandemia, demandando o apoio de autoridades, fornecendo orientações claras ao setor de saúde e promovendo uma gestão robusta de dados e padronizar suas práticas de acordo com as reconhecidas pela comunidade internacional de informática em saúde.

Diante de tais reflexões e contextos específicos de análise exemplificados, é possível constatar em linha com as observações de Affonso Souza²⁰⁰, que o direito à privacidade e à proteção de

¹⁹⁷BERNIER, Alexander; KNOPPERS, Bartha Maria. Pandemics, privacy, and public health research. *Canadian Journal of Public Health*, v. 111, n. 4, p. 454-457, 2020.

¹⁹⁸BERNIER, Alexander; KNOPPERS, Bartha Maria. Pandemics, privacy, and public health research. *Canadian Journal of Public Health*, v. 111, n. 4, p. 454-457, 2020.

¹⁹⁹KIM, Junghwan; KWAN, Mei-Po. An Examination of People's Privacy Concerns, Perceptions of Social Benefits, and Acceptance of COVID-19 Mitigation Measures That Harness Location Information: A Comparative Study of the US and South Korea. *ISPRS International Journal of Geo-Information*, v. 10, n. 1, p. 25, 2021.

²⁰⁰AFFONSO SOUZA, Carlos et al. From privacy to data protection: the road ahead for the Inter-American System of human rights. *The International Journal of Human Rights*, v. 25, n. 1, p. 147-177, 2021.

dados são críticos para entender como os dados se tornaram a peça central de muitas mudanças na interação humana, novos modelos de negócios e desenvolvimento tecnológico em um mundo cada vez mais hiperconectado, especialmente diante pandemia de COVID-19.

3. Compatibilização do direito à privacidade com o compartilhamento de dados

A globalização tem tornado o mundo cada vez mais dinâmico o que tem acelerado o ritmo do progresso tecnológico e tem levado ao rompimento das fronteiras entre os países, de modo que seus interesses estão cada vez mais interconectados e interligados.

Nesse sentido, com as mudanças tecnológicas do mundo atual e o rápido desenvolvimento da Internet, o mundo online se tornou um lugar facilmente acessível.

O ambiente virtual oferece aos indivíduos a oportunidade de exercer os direitos civis e a democracia, bem como a possibilidade de protestar a favor da liberdade e a igualdade, por isso o ambiente virtual é um meio básico e indispensável para a concretização dos direitos e obrigações dos cidadãos.

Essa mudança mostra que houve uma alteração real na forma das pessoas se relacionarem, especialmente devido ao desenvolvimento da globalização econômica e cultural, associada à “diminuição das distâncias proporcionada pela massificação da Internet e facilitação das comunicações em geral”²⁰¹.

As novas tecnologias e o acesso à internet, principalmente por promoverem uma maior amplitude de ordem informacional, são capazes de oferecer significativos avanços na área da disseminação e da produção do conhecimento, de inserir os indivíduos no mundo virtual e promover toda a interação, dinamismo e diversificação que têm a oferecer, possuindo, ainda, “o poder de aproximar o cidadão nas decisões do Estado”²⁰².

²⁰¹ GOULART, G. (2012). O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU. Acesso em: 14 dez. 2020. p. 2.

²⁰² JAQUES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Teledemocracia e cidadania na era das tecnologias. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>>. Acesso em: 05 jan. 2021. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158>. p. 2.

Nesse ponto Perez Luño trata da Teledemocracia, que para o autor consiste num instrumento para viabilizar experiências na democracia direta, propondo uma nova forma de sociedade que leva em consideração o exercício da democracia em total interação com as novas tecnologias²⁰³.

Toda essa interação favorece o aparecimento de novos direitos, notadamente relacionados com a mudança de paradigma de uma sociedade industrial para uma sociedade informacional²⁰⁴, o que atrai o reconhecimento do acesso à Internet e às novas tecnologias como um direito fundamental, posto que são capazes de promover em escala ampliada e mais abrangente os direitos mais básicos dos cidadãos, como o de lazer como no casos dos serviços de *streaming* de música e de recursos audiovisuais; como no caso da promoção da educação muito bem demonstrada na pandemia do COVID-19 com as aulas presenciais remotas em ambiente virtual (*online*), sejam aquelas relacionadas ao ensino básico ou mesmo ao ensino superior; como no caso do acesso à políticas públicas a exemplo do auxílio emergencial que, para o seu pagamento exigiu que o cidadão que se encaixasse “no perfil para receber o auxílio emergencial e não estiver no registro do Cadastro Único até 02 de abril dever[ia] fazer uma autodeclaração por meio do aplicativo, em versão para **Android** ou **IOS**, ou pelo **site**, todos disponibilizados pela Caixa Econômica Federal”²⁰⁵ para que conseguissem ter acesso a tão importante política pública.

151

Ocorre que, toda essa interação exige dos usuários da rede uma ampla e massiva disponibilização de dados pessoais sensíveis, entendidos como aqueles relativos à “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (art. 5º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados)²⁰⁶.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) disciplina acerca da proteção e privacidade dos dados pessoais, traçando a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, além da liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião como fundamentos para a proteção dos dados (art. 2º)²⁰⁷.

Assim, todos os atores sociais devem promover o acesso à Internet e o uso das novas tecnologias dada a sua fundamentalidade com vistas a promover a dignidade da pessoa humana, mas ao

²⁰³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012, p. 57.

²⁰⁴ GOULART, G. (2012). O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: O ACESSO À INTERNET E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU>. Acesso em: 5jan. 2021. p. 5.

²⁰⁵ BRASIL. Ministério da Cidadania. Auxílio emergencial. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em 10 jan. 2021.

²⁰⁶ TEIXEIRA, Tarcísio. *Lei geral de proteção de dados pessoais: Comentada artigo por artigo*. 2 ed. Ver., atual. e ampl. Salvador, Editora JusPodivm, 2020. p. 42.

²⁰⁷ PLANALTO. *LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03jan. 2020.

mesmo tempo devem também garantir meios adequados de segurança e punição quando se estiver diante de uma violação de privacidade de dados pessoais na Internet, visto que, a sua negligência colocaria em risco os principais direitos fundamentais, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e até mesmo a democracia.

4. Direitos fundamentais garantidos na Lei Geral de Proteção de Dados

A coleta de dados não é um fenômeno atual, na Idade Média já ocorria a manipulação de dados e registros dos fiéis nas Igrejas Católicas. Com o decorrer do tempo esses registros deixaram de terem o cunho religioso e passaram a serem vinculados e desenvolvidos pelo Estado. Explicito na Constituição Francesa 1971, que determinava a forma de registro do nascimento, casamento e óbitos demandando a criação dos registros públicos, que foram aperfeiçoando até os dias atuais²⁰⁸.

A tecnologia digital tem causado rupturas na sociedade, estão mais sofisticadas, integradas e consequentemente tendem a transformar a sociedade e a economia global na forma das pessoas se relacionarem, fazer negócios e no entretenimento, ou seja, uma verdadeira ascensão de novos padrões de interação social. Tais transformações estão ocorrendo em velocidade sem precedentes, alterando assim, todos os contornos dos sistemas econômicos e das estruturas sociais²⁰⁹.

As transformações oriundas das tecnologias digitais abarcam aspectos importantes a serem considerados: a sua velocidade se dá em um ritmo exponencial e não linear, em um contexto multifacetado e amplamente interconectados em que novas tecnologias possibilitam o surgimento de outras novas impactando assim os vários segmentos da sociedade. Sua amplitude e profundidade baseada em várias tecnologias tem proporcionado mudanças de paradigma no mundo dos negócios, na economia e na vida das pessoas. E por último e não menos importante o impacto sistêmico na qual ocorre mudanças nos diversos contextos da humanidade com transformação de sistemas entre países, empresas, etc²¹⁰.

²⁰⁸ ZANON, João Carlos. *Direito à Proteção dos Dados Pessoais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p.17.

²⁰⁹ CASTELLS, M. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

²¹⁰ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda, 1ª Edição 2016.

Nesses tempos hodiernos em um cenário pandêmico que levou a muitas mortes e a necessidade do isolamento social, novos hábitos profissionais e sociais surgiram ou foram potencializados, houve adequações do mercado e das organizações, como entregas automatizadas, telemedicina, trabalho *home office*, rastreamento de pacientes, aulas remotas, entre outros.

Diante deste cenário, cabe mencionar a preocupação com a proteção de dados pessoais, sobretudo porque envolve um direito fundamental. Neste contexto, considerando a importância dos dados pessoais na sociedade contemporânea, e a preocupação com a proteção desses dados, a União Europeia promulgou o Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais.

A proteção dos dados pessoais abarcados pela lei brasileira tem como objetivo assegurar os direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Neste sentido a Carta Magna, é conhecida como constituição cidadã que traz as novidades estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, com a criação dos direitos fundamentais.

Diante da necessidade de promover ao titular o controle dos seus dados a legislação trouxe como garantia o direito à privacidade com hipóteses de tratamentos dos dados pessoais.

A inclusão desses fundamentos no art. 2º da Lei, tem como finalidade demonstrar a sua aplicabilidade das normativas da proteção de dados pessoais nos diversos aspectos do desenvolvimento da pessoa humana, demonstrando, o viés de proteção e garantias da norma em favor do titular de dados pessoais.

153

5. Considerações Finais

A transformação digital e as tecnologias que a habilitam necessitam de maior foco na confiança, privacidade e transparência, pois conexões são estabelecidas entre pessoas, dispositivos, serviços e objetos implicando na sua privacidade. De fato, na pandemia de COVID-19 afeta o direito à privacidade no contexto dos dados pessoais ao reduzir o controle pessoal sobre a coleta, compartilhamento e proteção de alguns de seus mais confidenciais tipos de informações, incluindo dados de saúde e localização.

Em termos aplicados, necessária para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, a coleta de dados em grande escala, deveria estar associada a busca do direito fundamental à privacidade e o interesse público geral, sem negligenciar a privacidade e a confiança pública.

Nesta direção, este ensaio tem como implicações aos gestores e formuladores de políticas públicas a indicação de que o enfrentamento da ameaça resultante da pandemia COVID-19, como indicado nas reflexões teóricas deste ensaio sobre a pandemia de COVID-19, demanda

institucionalizar um modelo sólido de cibersegurança que inspire confiança para pessoas, empresas e governos, particularmente em relação a privacidade dos dados pessoais.

Como implicações teóricas, traz à tona um tipo de reflexão necessária em um contexto de pandemia que torna urgente diversos tipos de decisões que podem “abrir as portas” para rompimentos a democracia, ao Estado de Direito e aos direitos humanos, incluindo os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais. Além disso, suscita diversas questões que permitem induzir futuras pesquisas teóricas empíricas. Como a pandemia COVID-19 afetou a privacidade das pessoas e quais são as implicações para o futuro da privacidade no âmbito dos sistemas de saúde e das políticas públicas? Como diferentes nações e perfis pessoais/profissionais lidam com a privacidade de dados pessoais em uma pandemia? Como certas tecnologias habilitam a coleta de dados e quais suas características de cibersegurança?

Como limitações deste estudo, tem-se a ênfase sobre o parâmetro adotado a partir da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018, que é a legislação brasileira que regula as atividades de tratamento de dados pessoais e que também altera os artigos 7º e 16 do Marco Civil da Internet. A adoção de novos parâmetros, tais como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) (UE) 2016/679 e suas comparações teria o potencial de alavancar novos e interessantes discernimentos neste campo emergente de pesquisa.

- AFFONSO SOUZA, Carlos et al. From privacy to data protection: the road ahead for the Inter-American System of human rights. *The International Journal of Human Rights*, v. 25, n. 1, p. 147-177, 2021.
- ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Personal data usage and privacy considerations in the COVID-19 global pandemic. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487-2492, 2020.
- BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 03/01/2021. BRASIL. Ministério da Cidadania. Auxílio emergencial. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em 10 jan. 2021.
- BROUGH, Aaron R.; MARTIN, Kelly D. Consumer Privacy During (and After) the COVID-19 Pandemic. *Journal of Public Policy & Marketing*, p. 0743915620929999, 2020.
- CASTELLS, M. A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CATTANI, M. P. S. (Ciber)democracia como instrumento de participação e controle social: desafios e possibilidades. Salão do Conhecimento UNIJUÍ: Jornada de Pesquisa - Ciências Sociais Aplicadas, set./2017. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7758>. Acesso em: 13 dez. 2020.
- ČOVIĆ, Ana V. et al. Right to privacy and protection of personal data in the age of the COVID-19 pandemic. *Социолошки преглед*, v. 54, n. 3, p. 670-697, 2020.
- DIAS, Otávio. Pandemia e transformação digital: as mudanças na vida das pessoas e das empresas. Webinar Fundação FHC. 2020. Disponível em: <https://fundacaofhc.org.br/iniciativas/debates/pandemia-e-transformacao-digital-as-mudancas-na-vida-das-pessoas-e-das-empresas>. Acesso em: 06 de junho de 2020.
- DUQUE, Marcelo Schenk, *Direitos Fundamentais teoria e prática*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76752/os-principais-direitos-fundamentais-garantidos-na-lei-geral-de-protECAo-de-dados-pessoais>. Acesso em: 08 de janeiro de 2021.

GOULART, G. (2012). O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 1(1), 145-168. Out. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/5955#.X9qZqBZv_IU>. Acesso em: 5 jan. 2021.

HASSANDOUST, Farkhondeh; AKHLAGHPOUR, Saeed; JOHNSTON, Allen C. Individuals' privacy concerns and adoption of contact tracing mobile applications in a pandemic: A situational privacy calculus perspective. *Journal of the American Medical Informatics Association*, 2020.

IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. On the responsible use of digital data to tackle the COVID-19 pandemic. *Nature medicine*, v. 26, n. 4, p. 463-464, 2020.

JAKES, Abner da Silva; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. TELEDEMOCRACIA E CIDADANIA NA ERA DAS TECNOLOGIAS:. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3158>>. Acesso em: 05 jan. 2021. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3158>.

KIM, Junghwan; KWAN, Mei-Po. An Examination of People's Privacy Concerns, Perceptions of Social Benefits, and Acceptance of COVID-19 Mitigation Measures That Harness Location Information: A Comparative Study of the US and South Korea. *ISPRS International Journal of Geo-Information*, v. 10, n. 1, p. 25, 2021.

MACHADO, Filipe Nery Rodrigues. *Projeto de Banco de Dados: uma visão prática*. São Paulo: Érica, 2004.

MAYER, Schönberger Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data. Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana*. Rio de Janeiro. Campus, 2013.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012. PIERUCCI, Alessandra; WALTER, Jean-Philippe. Joint Statement on the right to data protection in the context of the COVID-19 pandemic. *Council of Europe*, v. 30, 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD)*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PLANALTO. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 03 jan. 2020. SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda, 1ª Edição 2016.

SCHWAB, Klaus. *Capitalismo pós-Covid*. 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/603696-capitalismo-pos-covid-artigo-de-klaus-schwab>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a quarta revolução industrial*. Edipro, 2019.

SCHWAB, Klaus; MALLERT, Thierry. *Covid-19: The Great Reset*. Forum Publishing, 2020.

SHIFT, Deep. *Technology tipping points and societal impact*. In: *World Economic Forum Survey Report*. 2015. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf. Acesso em: 06 de junho de 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Lei geral de proteção de dados pessoais: Comentada artigo por artigo*. 2 ed. Ver., atual. e ampl. Salvador, Editora JusPodivm, 2020.

VENTRELLA, Emanuele. *Privacy in emergency circumstances: data protection and the COVID-19 pandemic*. In: *ERA Forum*. Springer Berlin Heidelberg, 2020. p. 379-393.

ZANON, João Carlos. *Direito à Proteção dos Dados Pessoais*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2013, p.17.

A ADEQUAÇÃO DOS CARTÓRIOS À LGPD
A PARTIR DO PROVIMENTO Nº 23/2020,
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DE SÃO PAULO

*THE SUITABILITY OF NOTARY OFFICES TO THE
LGPD FROM PROVISION No. 23/2020, OF THE
COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF SÃO PAULO*

João Rodrigo de Morais Stinghen

Escola Brasileira de Direito, Brasil

diretoria@icnr.com.br

Resumo

Embora o tema já não seja uma novidade, o “novo normal” causado pela pandemia, em 2020, impôs à privacidade um grau mais elevado de relevância. No Brasil, a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi o estopim para desencadear debates sobre a aplicação em diferentes setores, públicos e privados. Um deles é o das serventias extrajudiciais, iguais ao Poder Público para fins da LGPD (art. 23, § 4º, LGPD). A proteção de dados nos cartórios possui uma conotação especialmente importante, eis que suas informações têm justamente a função garantir a segurança jurídica à sociedade (art. 1º, Lei 8.935/1994). Diante do interesse público dessas informações, sua violação acarreta impactos muito além de direitos dos titulares de dados. A integridade do acervo dos cartórios é exigida por leis específicas (art. 46 da Lei nº 8.935/1994) e regulamentos administrativos, sobretudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Mesmo já havendo essa preocupação nos cartórios, a LGPD trouxe um novo contexto normativo, exigindo a implementação de planos de compliance em proteção de dados. Ocorre que, pelo seu caráter público, as delegações da atividade notarial e registral operam pelo princípio da legalidade. Assim, a regulamentação administrativa é fundamental para esclarecer de que forma os delegatários devem agir diante da LGPD. Tal regulamentação é competência atípica do Poder Judiciário, como fiscalizador da atividade notarial e registral. Antecipando-se a uma regulamentação nacional, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tomou a dianteira com o Provimento nº 23/2020, que atualiza o Código de Normas do Foro Extrajudicial daquele estado. Embora o interesse prático imediato seja dos cartórios de São Paulo, há também um interesse geral na pesquisa, decorrente do pioneirismo da corte paulista. Na falta de regulamentação específica, o Provimento nº 23/2020 pode orientar a conformidade de todos os cartórios. Uma vez que a LGPD já está em vigor, com plena eficácia, iniciar a adequação o quanto antes é importante, pois implementação de planos de compliance não é algo fácil nem rápido. Diante disso, o presente trabalho visa a analisar essa normativa a fim de contribuir, cientificamente, para a melhor aplicação da LGPD nos cartórios. Mais especificamente, busca-se analisar como são definidas as bases legais para tratamento, a operacionalização dos direitos dos titulares e as boas práticas de governança de dados. A metodologia empregada será eminentemente bibliográfica, a partir da doutrina e da legislação pertinentes.

Palavras-chave: privacidade; LGPD; cartórios; compliance; Provimento nº 23/2020 do TJ/SP.

Abstract

Although the theme is no longer a novelty, the “new normal” caused by the pandemic, in 2020, imposed a higher degree of relevance on privacy. In Brazil, the entry into force of the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) was the turning point for triggering debates about the application in different sectors, either public or private. One of them is that of extrajudicial services, equaled to the Public Power for the purposes of the LGPD (art. 23, § 4, LGPD). The protection of data in notary offices has an especially important connotation, since their information has precisely the function of guaranteeing legal security for society (art. 1, Law 8.935 / 1994). In view of the public interest in this information, its violation has an impact far beyond the rights of data subjects. The integrity of the registry of notaries is required by specific laws (art. 46 of Law nº 8.935 / 1994) and administrative regulations, especially of the National Council of Justice (CNJ). Even with this concern already in the registry offices, the LGPD brought a new regulatory context, requiring the implementation of data protection compliance plans. It happens that, by their public character, the delegations of the notary and registry activity operate by the principle of legality. Thus, administrative regulation is essential to clarify how delegates should act before the LGPD. Such regulation is atypical competence of the Judiciary, as a supervisor of notary and registry activity. Anticipating a national regulation, the Court of Justice of the State of São Paulo took the lead with Provision No. 23/2020, which updates the Code of Rules of the Extrajudicial Forum of that state. Although the immediate practical interest is in the offices of São Paulo, there is also a general interest in research, due to the pioneering spirit of the Court of São Paulo. In the absence of specific regulation, Provision nº 23/2020 can guide the compliance of all notaries. Since the LGPD is already in effect, with full effectiveness, starting the adjustment as soon as possible is important, as implementing compliance plans is neither easy nor fast. In view of this, the present work aims to analyze this norm in order to contribute, scientifically, to the best application of LGPD in notary publics. More specifically, it seeks to analyze how the legal bases for treatment, the operationalization of the rights of the holders and the good data governance practices are defined. The methodology used will be eminently bibliographic, based on the pertinent doctrine and legislation.

Keywords: privacy; LGPD; notary offices; compliance; Provision nº 23/2020 of TJ/SP

1. Introdução

A classificação dos notários e registradores como agentes de tratamento de dados pessoais decorre pela previsão expressa da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu: “Os serviços notariais e de registro (...) terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas referidas no caput deste artigo, nos termos desta Lei.” (art. 23, § 4º, LGPD).

O caput do art. 23 da LGPD aborda o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público, cujo tratamento de dados “deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”.

Não obstante essa previsão expressa da lei, é importante o papel das regulamentações administrativas para aplicação da LGPD nos cartórios. Por um lado, a lei não pode tudo prever, e são várias as questões que poderiam ocasionar sinceras dúvidas, tais como a operacionalização dos direitos dos titulares de dados, as bases legais que legitimam o tratamento de dados nos cartórios, as boas práticas de governança de dados cabíveis nas serventias, dentre outras. Por outro lado, a atividade notarial e de registro pauta-se pela legalidade, sendo um imperativo de segurança jurídica a regulamentação da aplicação da LGPD aos cartórios.

161

Daí a importância do Provimento nº 23/2020 da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo (doravante, apenas “Provimento 23”), que atualizou o Código de Normas do Foro Extrajudicial a fim de regulamentar a aplicação da LGPD nos cartórios paulistas. Embora vija apenas em São Paulo, é interessante para todos conhecer seu conteúdo, porque ele reflete o que se pode esperar do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e das outras corregedorias.

2. Conceitos de tratamento, controlador e operador de dados a partir do Provimento 23

De maneira louvável, o TJ/SP saiu à frente na regulamentação da LGPD para cartórios. Apesar de não ser completamente isenta de críticas (como se verá adiante), em muitos pontos a regulamentação prevê detalhamentos relevantes e que auxiliam os cartórios a implementarem a LGPD sem descumprir as exigências típicas de sua função. Para iniciar a reflexão, veja-se os itens 130 e 130.1²¹¹.

²¹¹ Note-se que o Provimento 23 tem apenas 2 artigos. A Previsão em itens com numeração de 127 a 151 decorre do fato de que a normativa enxerta tais itens no Código de Normas.

130. O tratamento de dados pessoais destinado à prática dos atos inerentes ao exercício dos respectivos ofícios [...]

130.1 Consideram-se inerentes ao exercício dos ofícios os atos praticados nos livros mantidos por força de previsão nas legislações específicas, incluídos os atos de inscrição, transcrição, registro, averbação, anotação, escrituração de livros de notas, reconhecimento de firmas, autenticação de documentos; as comunicações para unidades distintas, visando as anotações nos livros e atos nelas mantidos; os atos praticados para a escrituração de livros previstos em normas administrativas; as informações e certidões; os atos de comunicação e informação para órgãos públicos e para centrais de serviços eletrônicos compartilhados que decorrerem de previsão legal ou normativa.²¹²

A normativa do TJ/SP foi muito feliz nessas disposições. Enquanto o art. 5º, X da LGPD prevê termos genéricos, aplicáveis a todos os agentes de tratamento (coleta, produção, recepção, classificação, etc.), o Provimento 23 prevê os atos típicos dos cartórios (inscrição, transcrição, registro, averbação, anotação, escrituração, etc.). Ou seja, a partir dos termos contemplados nas leis que regulamentam a atividade notarial e registral, o Provimento 23 traduziu para os cartórios o conceito de tratamento de dados, o que é justamente uma das funções da regulamentação.

Já no item 129, o Provimento 23 prevê que os delegatários são controladores de dados pessoais, a saber: “129. Os responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais de notas e de registro, na qualidade de titulares, interventores ou interinos, são controladores e responsáveis pelas decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais”.

162

Trata-se de uma previsão necessária, pois a LGPD prevê apenas que os delegatários são agentes de tratamento, nada dizendo sobre sua classificação como controladores ou operadores. A princípio, a previsão é correta: **se** o controlador é aquele que toma as decisões referentes ao tratamento de dados (art. 5º, VI, LGPD); **se** o agente delegado é responsável pela gestão do cartório; **logo**, o agente delegado é o controlador dos dados pessoais da serventia.

Note-se que o fato de o delegatário agir a partir da legalidade não muda essa conclusão. Isso apenas significa que o tratamento é legitimado pelo “cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” (art. 7º, II, LGPD). O fato de estar em lei não significa que o delegatário não seja responsável pelo ato, porque ele aplica o Direito no caso concreto.

Para esclarecer, pense-se na qualificação notarial e registral. Mesmo que aplique leis e regulamentos, o delegatário qualifica os documentos de maneira independente e, portanto, responde pelo ato. Num exemplo mais concreto: quando o registrador faz uma exigência,

²¹² SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhpW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

requerendo a apresentação de mais documentos para realização do registro, ele está definindo as finalidades do tratamento desses dados, independentemente de estar cumprindo leis. Logo, se esses dados são pessoais, o registrador é o controlador do tratamento.

A previsão do Provimento 23 está correta, pois em muitas situações os delegatários são, de fato, controladores de dados pessoais, mas é incompleta.

Note-se que os conceitos de controlador e operador são contextuais e intercambiáveis. Ou seja, uma mesma pessoa (jurídica ou natural) pode ser controladora ou operadora de dados, a depender da situação. No caso, há situações em que os delegatários são agem a partir de decisões tomadas por outrem, sendo operadores de dados pessoais: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador” (art. 5º, VII, LGPD).

Pense-se num processo (administrativo ou judicial) em que um juiz determina certa atuação do agente delegado, implicando o tratamento de dados pessoais. Nessa situação, não seria o juiz o controlador e o delegatário o operador, que apenas executa o tratamento nos termos definidos pelo juiz?

163

Mais concretamente, pense-se num processo de ratificação de uma escritura pública, para correção da qualificação dos proprietários de um imóvel²¹³. Nesse caso, quem toma a decisão de modificar os dados, determinando inclusive os detalhes do procedimento, é o Juiz Corregedor. O delegatário apenas executa a ordem, sendo um operador de dados.

De modo diverso das disposições anteriores, o item 132 do Provimento 23 é eivado de erros técnicos. Isso é preocupante não por preciosismo conceitual, mas porque dessa classificação decorrem implicações práticas importantes. A principal delas é a delimitação da responsabilidade civil e disciplinar de todos os envolvidos no tratamento de dados.

132. Para o tratamento dos dados pessoais os responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais de notas e de registro, sob sua exclusiva responsabilidade, poderão nomear **operadores integrantes** e operadores não integrantes **do seu quadro de prepostos**, desde que na qualidade de prestadores terceirizados de serviços técnicos.²¹⁴

A previsão acima é incorreta porque o operador de dados se diferencia em muitos aspectos de um preposto, pelos seguintes motivos: (i) **não subordinação**: os operadores são pessoas físicas

²¹³ Evidentemente, é um tratamento de dados pessoais, porque a *modificação* enquadra-se no conceito legal (art. 5º, X, LGPD).

²¹⁴ SÃO PAULO. TJSP. **PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais**. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhPW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

ou jurídicas independentes e possuem uma relação de horizontalidade com o controlares. A relação operacionalizada em contrato bilateral equânime, ao contrário do que ocorre com prepostos; (ii) **responsabilidade direta do operador**: caso descumpram as determinações do controlador, os operadores podem ser diretamente responsabilizados nos âmbitos cível e administrativo, inclusive de maneira solidária ao controlador (art., 42, § 1º, I da LGPD). Ao contrário, os prepostos do cartório sempre respondem subsidiariamente, em ação de regresso (art. 22 da Lei 8.935/1994); (iii) **operadores possuem encarregado de dados**: a LGPD é expressa ao prever que os operadores de dados devem indicar seu próprio encarregado (art. 5º, VIII, LGPD). Ao classificar prepostos como operadores, o Provimento 23 leva à absurda conclusão de que cada funcionário do cartório deveria possuir seu próprio encarregado.

A existência de operadores pessoas naturais não modifica as constatações acima. Trata-se de prestadores de serviço externos, tais como advogados, contadores, consultores e técnicos em geral, etc., não se confundindo com prepostos.

Essa conceituação não é uma opinião pessoal, mas decorre de solidificado entendimento entre os doutrinadores da área. Dentre todas as obras que se poderia citar, entende-se mais conveniente citar o que consta na cartilha sobre LGPD confeccionada pelo Instituto de Protestos de Títulos do Brasil, seção São Paulo (IEBTBSP):

Apesar dessas definições técnicas já serem consolidadas, algumas regulamentações infra-legais vêm trazendo conceitos bastante diferentes dos já estabelecidos. Isso também aconteceu com o Provimento 23/2020 da Corregedoria Geral da Justiça do TJ-SP, que traz uma **imprecisão técnica relativa aos agentes de tratamento, no item 132 das Normas de Serviço, devido a conceitos inéditos como de “operador integrante” ou do “operador preposto”**. Operador é uma categoria de agente de tratamento relativa a outro ente legal, jamais podendo ser classificado o funcionário ou preposto de uma entidade, no caso, da serventia. (...)

Pela legislação, a responsabilidade do operador pode ser limitada às suas obrigações contratuais e de segurança da informação, caso não viole as regras que lhe são impostas pela LGPD. Para suportar tais responsabilidades, **os funcionários (ou prepostos) do controlador não dispõem de meios necessários para impor as condições ideais de trabalho que garantam a implementação das medidas técnicas e organizacionais adequadas**.

Assim, **não podem recair sobre** eles, pessoalmente, as responsabilidades impostas pela lei o que é diferente no caso de um terceiro prestador de serviços. Isso também exigiria, por parte do controlador, a necessidade de contratação de seguro, por exemplo, para seus prepostos que assumissem quaisquer atividades laborais relacionadas ao tratamento dos dados pessoais²¹⁵.

²¹⁵ IEBTBSP. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. 2020. Disponível em: <https://www.protestosp.com.br/> Acesso: 07 jan. 2020. p. 10-11.

Em suma, quando classifica funcionários como operadores, o Provimento 23 **inova no ordenamento jurídico, em ofensa à LGPD e à Lei nº 8.935/1994**. Diante disso, com a devida vênia, essa previsão deve ser completamente **desconsiderada**.

3. Deveres do agente delegado em relação a funcionários e operadores de dados

Uma vez que atua em nome do delegatário, a equipe do cartório precisa ser orientada, treinada e conscientizada tanto quanto os operadores de dados. Assim, do ponto de vista do delegatário, esses deveres são comuns aos funcionários e aos operadores de dados. Nesse ínterim, as determinações elencadas nos itens 132.1, 132.2, 132.3, 132.4 e 132.5 do Provimento 23 são aplicáveis a funcionários e a operadores de dados (com a ressalva de que não existe a figura de “operadores internos”).

165

132.1 Os prepostos e os prestadores terceirizados de serviços técnicos deverão ser orientados sobre os deveres, requisitos e responsabilidades decorrentes da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, e **manifestar a sua ciência, por escrito, mediante cláusula contratual ou termo autônomo** a ser arquivado em classificador próprio.

132.2 Os responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais de notas e de registro **orientarão todos os seus operadores** sobre as formas de coleta, tratamento e compartilhamento de dados pessoais a que tiverem acesso, bem como sobre as respectivas responsabilidades, e arquivarão, em classificador próprio, as orientações transmitidas por escrito e a comprovação da ciência pelos destinatários.

132.3 Compete aos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais de nota e de registro **verificar o cumprimento**, pelos operadores prepostos ou terceirizados, do tratamento de dados pessoais conforme as instruções que fornecer e as demais normas sobre a matéria.²¹⁶

Os dispositivos acima contemplam **boas** práticas de governança de dados pessoais, dispostas em três deveres fundamentais do delegatário em relação àqueles que tratam dados em seu nome: (i)

216 SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhpW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

orientação e **conscientização** sobre o tratamento e as responsabilidades envolvidas; (ii) **monitoramento** a conformidade do tratamento; (iii) **registro** da orientação e do monitoramento.

Embora conexas na prática, a conscientização e a orientação possuem enfoques distintos. A orientação tem como escopo a razão (intelecto): **ensinar** aspectos técnicos sobre o que deve ser feito; já a conscientização tem como objeto os valores: **educar** sobre importância de respeitar os direitos dos titulares de dados. A seu modo, ambas contribuem para a criação de uma **cultura** de privacidade e proteção de dados no cartório. E para alcançarem esse objetivo em comum, devem possuir o seguinte conteúdo mínimo: medidas de segurança, técnicas e administrativas e informação de que a responsabilidade, subsiste mesmo após o término do tratamento (itens 132.4)²¹⁷.

O conteúdo da orientação e da conscientização deve ser devidamente direcionado ao público que a recebe, variando conforme três aspectos principais. A uma, a **natureza dos dados tratados**: por apresentar maiores riscos, a orientação sobre o tratamento de dados sensíveis difere da orientação sobre o tratamento de dados comuns. Quem tem acesso a dados sensíveis deve possuir maior carga horária de treinamento. A duas, o **tipo de tratamento realizado**: difere o treinamento conforme a complexidade do tratamento realizado. Por exemplo, pessoas que efetuam processamento dos dados executam atividades mais complexa em relação a quem apenas os armazena. A três, o **nível hierárquico**: o treinamento deve ser direcionado conforme o poder de decisão da pessoa na organização. Em ordem crescente: funcionários terceirizados; auxiliares do cartório; escreventes; substitutos; operadores de dados (externos).

166

O **monitoramento** envolve mecanismos de fiscalização para garantir o efetivo cumprimento das orientações do controlador. Trata-se de instrumentos típicos de compliance, pois criam um ambiente de prevenção de ilícitos, através da detecção prévia de vulnerabilidades (antes que se efetivem em danos concretos).

São úteis para o cartório os seguintes mecanismos: (i) código de ética; (ii) manuais de conduta; (iii) Procedimentos Operacionais Padrão (POPS); (iv) *double check* (revisão de atos selecionados estrategicamente); (v) segregação de funções e do acesso a dados pessoais conforme o tipo de atividade; (vi) canal de denúncias; (vii) procedimento disciplinar interno, com aplicação de sanções (respeitando o *due process*).

A fim de não alongar indevidamente esse artigo, não serão explicitados cada um desses mecanismos. Contudo, futuramente, haverá conteúdos sobre essas medidas, que são comuns a

217 SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhPW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

todos os tipos de planos de compliance (para LGPD, para Provimento 88 e para gestão de qualidade).

Por fim, o Provimento 23 prescreve que os controladores devem conservar **registros**, seja do tratamento em si, seja atividades de orientação, seja das práticas de monitoramento. Concretamente, são relatórios, certificações (de pessoas e do próprio cartório), gravações, informativos, comprovações de ciência assinadas pelos colaboradores, cláusulas contratas, etc.

De todos os tipos de documentos que o cartório pode armazenar, o Provimento 23 destaca a importância dos comprovantes de participação em meios formativos. Afinal, o item 132.5 prescreve que “os **comprovantes da participação** em cursos, conferências, seminários ou qualquer modo de treinamento proporcionado pelo controlador aos operadores e encarregado”²¹⁸ devem ser arquivados como demonstrativos de adequação.

Os registros são importantes sob diferentes aspectos. Do ponto de vista interno, são um **parâmetro objetivo** sobre as atitudes que o controlador tem tomado para garantir que seus colaboradores e parceiros cumpram a lei, indicando o que já foi realizado e o que ainda precisa ser feito. Do ponto de vista externo, são documentos que demonstram a iniciativa do controlador em cumprir seus deveres. Nesse sentido, funcionam como **provas pré-constituídas** para evitar responsabilizações em âmbito civil, administrativo e criminal.

167

4. A legitimação do tratamento de dados nos cartórios

Para ser legítimo, todo tratamento de dados pessoais deve ser fundamentado em algumas das **dez bases legais** para tratamento de dados comuns (art. 7º, LGPD) e **oito bases legais** para tratamento de dados sensíveis (art. 11, LGPD). Além disso, o tratamento de dados de crianças e adolescentes exige diligências especiais.

No caso das serventias extrajudiciais, desde logo, nota-se que não se vislumbra a possibilidade de utilização do **legítimo interesse**. Já o **consentimento** tem seu uso, mas restrito às atividades alheias às atividades-fim do cartório:

131. O tratamento de dados pessoais destinados à prática dos atos inerentes ao exercício dos ofícios notariais e registrais, no cumprimento de obrigação legal ou normativa, **independe de autorização** específica da pessoa natural que deles for titular.²¹⁹

²¹⁸ SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhPW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

²¹⁹ SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhPW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

Como se percebe, o consentimento não deve ser requerido dos titulares de dados para a prática “dos atos inerentes ao exercício dos ofícios notariais e registrais” (registros, averbações, escriturações, reconhecimento de firmas, etc.).

Isso não significa que não haja nenhuma situação de consentimento. Salvo outras possibilidades, o consentimento cabe nas seguintes situações: (i) **uso de imagem de colaboradores e usuários das serventias**: é muito comum divulgar as atividades do cartório em redes sociais, muitas vezes com publicação de dados pessoais em formato de imagem (festas de aniversário na equipe, efemérides, “lives” divulgando atos registrais, como casamentos; etc.); (ii) **cookies**: embora não seja algo obrigatório, é recomendável que cada cartório possua um site, sendo possível que utilizem cookies; (iii) **listas de e-mails**: o e-mail marketing é uma ferramenta muito comum hoje em dia, também usada por cartórios para divulgar suas atividades ou boletins informativos.

O consentimento é a manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular concorda com o tratamento de seus dados²²⁰. A coleta do consentimento pode se dar em formato escrito ou verbal, com ampla informação para cada tratamento, sem haver nunca se “reaproveitamento” de dados sem novo consentimento. Quando envolver dados de crianças e adolescentes, o consentimento está a cargo de um dos pais ou do responsável legal (art. 14, § 1º, LGPD).

168

Todavia, pela natureza da atividade notarial e registral, a maior parte do tratamento de dados é fundamentada no cumprimento de **obrigação legal ou regulatória** (art. 7, II). Veja-se o que diz o Provimento 23/2020 do TJ/SP:

130. O tratamento de dados pessoais destinado à prática dos atos inerentes ao exercício dos respectivos ofícios será promovido de forma a atender à finalidade da prestação do serviço, na persecução do interesse público, e **com os objetivos de executar as competências legais e desempenhar atribuições legais e normativas dos serviços públicos delegados**.²²¹

O cumprimento do dever legal é uma base cabível para o tratamento de dados para prática de inerentes ao exercício dos ofícios notariais e registrais (isto é: registros, averbações, escriturações, reconhecimento de firmas, etc.). Também se aplica ao armazenamento de

220 TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ Chiara S. de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD in TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA Milena D. (coord) A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. RT, 2019. E-book.

221 SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 _ Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmhpW>. Acesso: 07 jan. 2020. Grifou-se.

informações para cumprir as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias relativas aos colaboradores.

Outra situação de tratamento com base na legalidade ocorre nas exigências feitas a partir do juízo de qualificação, que geralmente envolvem a requisição de dados pessoais dos usuários. É o caso, por exemplo, da requisição da certidão de casamento para instruir um pedido de registro de alienação imobiliária, ou de um comprovante de endereço para uma pessoa que deseja lavrar uma escritura pública.

Note-se: a dispensa do consentimento “não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular” (art. 7º, § 6º da LGPD). Assim, à luz da LGPD, concebem-se três pontos de reflexão a ser considerados no momento de fazer uma exigência de qualificação: **(i)** requisitar qualquer dado pessoal traz consigo o dever de proteção, pois a qualidade dos dados é um direito dos titulares. Assim, eventuais falhas na segurança podem gerar danos e responsabilizações no plano civil e disciplinar, riscos que não são de pouca relevância na gestão da serventia.; **(ii)** todo tratamento precisa ter sua finalidade demonstrada. No caso, a finalidade deve decorrer da mesma prescrição normativa da qual a exigência é embasada; **(iii)** o paradigma deve ser sempre o tratamento mínimo de dados suficiente para praticar o ato, em respeito ao princípio da necessidade (art. 7º, III LGPD). Em outras palavras, quanto menos operações com dados o controlador puder fazer para conseguir seus objetivos, melhor. **(iv)** quando a diligência envolver **dados sensíveis**, o agente delegado deve ter redobrada a reflexão.

169

Diante disso, o delegatário deve-se perguntar com sinceridade se é realmente necessário fazer a exigência. Infelizmente, não é incomum delegatários requererem muito mais documentos e informações do que exige a lei. Isso não é cautelaridade, muito menos “prudência registral”. Além de um desrespeito ao usuário dos serviços, é um tratamento em desconformidade com o **princípio da necessidade** (art. 6º, III, LGPD). A verdadeira prudência registral envolve o respeito a todas as leis e direitos dos usuários dos serviços, inclusive a LGPD. Não se trata de descumprir o dever de cautela, mas de efetivá-lo em maior grau, pesando na segurança dos dados requeridos e na necessidade de tratamento.

Também é concebível nos cartórios o tratamento para execução de **políticas públicas** (art. 7, III, LGPD). A lei determina que a política pública apta a legitimar tratamento de dados deve ser fundamentada em lei, regulamentos convênios e contratos. Caso envolva dados sensíveis, as políticas precisam ser baseadas apenas em leis ou regulamentos.

O compartilhamento de dados pode ocorrer entre as entidades estatais (público-público) ou entre entidades estatais e particulares (público-privado). Enquanto o compartilhamento público-público é pressuposto, o público-privado é vedado em regra, salvo em hipóteses autorizativas.

No uso compartilhado de dados pelo Poder Público, a LGPD resguarda os direitos dos titulares (art. 26, LGPD). Independentemente da finalidade imediata, o tratamento é vinculado, em última instância, ao “atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público” (art. 23, caput, LGPD).

Para o compartilhamento público-privado, enumeram-se os seguintes permissivos (art. 26, § 1º e art. 27, LGPD): **(i)** execução descentralizada de atividade pública (art. 26, I); **(ii)** dados acessíveis publicamente (art. 26, III); **(iii)** transferência respaldada em leis ou contratos (art. 26, IV), devidamente comunicados à ANPD (art. 26, § 2º); **(iv)** prevenção de fraudes e segurança dos dados (art. 26, V); **(v)** consentimento do titular (art. 27, caput); **(vi)** hipóteses de dispensa de consentimento previstas na LGPD (art. 27, I); **(vii)** uso compartilhado de dados, com os requisitos do art. 23, I (art. 27, II).

Quando o agente delegado compartilha dados com entes estatais – como órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública, por exemplo – realiza um compartilhamento público-público. Afinal, conquanto seja uma pessoa física, o delegatário é equiparado às pessoas jurídicas de direito público para fins da LGPD (art. 23, § 4º).

São diversas as situações próprias da atividade notarial e de registro que se amolda às hipóteses legais de compartilhamento público-privado. Uma delas é o **repasse de dados a fornecedores**. Esse compartilhamento se amolda ao art. 26, IV da LGPD, que determina a comunicação dos contratos particulares à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD), informando previamente a existência desses canais de compartilhamento de dados públicos. Outra precaução a ser tomada pelo delegatário é conferir se os seus prestadores de serviço possuem uma política série de proteção de dados, pois eventuais falhas na segurança podem comprometer os dados da serventia.

Em menor escala, os agentes delegados podem utilizar dados do cartório no **exercício regular de direitos em processo** judicial, administrativo ou arbitral. É o caso de compartilhar parte de documentos no âmbito de um Processo Administrativo Disciplinar ou de uma ação cível, nas quais o delegatário seja parte.

O delegatário pode tratar dados para a **execução de contrato** ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato, sobretudo nas seguintes situações: (i) quando coleta dados de seus colaboradores, para selecioná-los ou já na vigência do contrato; (ii) quando coleta dados de

parceiros comerciais, que prestam serviços de maneira autônoma na serventia. Existe a possibilidade de o tabelião de notas utilizarem essa base, ademais, para coletar informações necessárias para a lavratura de escrituras públicas.

A base legal de **proteção ao crédito** pode ser invocada pelo tabelião de protestos para coletar informações de devedores e facilitar o trâmite do pedido de protesto. O mesmo se diga ao registrador de imóveis que recebe um pedido de consolidação extrajudicial da propriedade resolúvel de bem imóvel (artigos 22 a 33 da lei 9.514/1997).

O uso de dados para a **proteção da vida, da incolumidade física do titular ou de terceiro e tutela da saúde** não se relacionam com a atividade-fim do cartório, mas podem ser úteis. Essas previsões dispensam a preocupação com consentimento para colher dados em emergências, por exemplo. Assim caso alguém passe mal no cartório, por exemplo, o delegatário e seus prepostos podem consultar os documentos da pessoa para auxiliá-la.

Por fim, nada impede que sejam utilizados dados do cartório para a realização de estudos por **órgão de pesquisa**. Isso pode ser utilizado para fundamentar a elaboração, em parceria com os corregedores, de planos para aprimorar a prestação dos serviços, na forma do art. 38 da Lei 8.935/1994. Como envolve dados públicos, porém, é interessante que esse tratamento (compartilhamento) esteja previsto ao menos em termos de convênio. Se envolver dados sensíveis, uma previsão regulamentar é imprescindível.

171

5. Considerações finais

A classificação dos notários e registradores como agentes de tratamento de dados pessoais decorre pela previsão expressa da LGPD, Não obstante, é importante o papel das regulamentações administrativas para aplicação da LGPD nos cartórios.

De maneira louvável, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo saiu à frente no esforço regulatório, com a edição do Provimento nº 23/2020. Apesar de não ser completamente isenta de críticas, em muitos pontos a regulamentação prevê detalhamentos relevantes e que auxiliam os cartórios a implementarem a LGPD sem descumprir as exigências típicas de sua função.

Os itens 130 e 130.1 do Provimento nº 23/2020 são importantes porque traduzem para os cartórios o conceito de tratamento de dados. Enquanto o art. 5º, X da LGPD prevê termos genéricos, aplicáveis a todos os agentes de tratamento, o Provimento 23 prevê os atos típicos da atividade notarial e registral.

A previsão dos delegatários como controladores de dados pessoais (item 129) é correta, mas incompleta. Isso porque os conceitos de controlador e operador são contextuais e intercambiáveis. Assim, embora em muitos contextos o delegatário seja um controlador de dados, há situações em que é operador. É o caso de realizar tratamentos de dados sob orientação direta de decisões administrativas ou jurisdicionais emanadas do Poder Judiciário.

Noutro giro, o Provimento 23 equivoca-se ao confundir prepostos do cartório com os operadores de dados. A distinção é importante na diferenciação do regime de responsabilidade civil e administrativa de cada um. Os funcionários jamais poderiam ser considerados operadores, pois estes possuem relação de autonomia e equiparação em relação aos controladores. Os operadores do cartório são todos os que tratam dados em nome do agente delegado, tais como fornecedores e prestadores de serviço externos.

De todo modo, são aplicáveis a funcionários e a operadores de dados os deveres previstos nos itens 132.1 a 132.5 do Provimento 23 determinam boas práticas de governança de dados pessoais, dispostas em três deveres fundamentais do delegatário em relação àqueles que tratam dados em seu nome: orientação e conscientização, monitoramento e registros dessas atividades.

Quanto à legitimação do tratamento dos cartórios, tem-se o enquadramento das atividades em diversas bases legais. Pela natureza da atividade notarial e registral, a maior parte do tratamento de dados é fundamentada no cumprimento de obrigação legal ou regulatória, em primeiro lugar, e para execução de políticas públicas, em segundo. As demais bases legais são de menor utilização, para situações muito específicas. Apenas não se recomenda jamais a utilização da base legal de legítimo interesse.

- ALEIROS JUNIOR, José L. A tutela jurídica dos dados pessoais sensíveis à luz da Lei Geral de Proteção de Dados in LONGHI, João V. R. FALEIROS JUNIOR, José L. (coord.) Estudos Essenciais de Direito Digital. Uberlândia: LAECC. E-book.
- ANPD. Perguntas Frequentes. Disponível em: <https://bit.ly/3oU0Z4P>. Acesso em: 19/12/2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- IEPTBSP. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2020. Disponível em: <https://www.protestosp.com.br/> Acesso: 07 jan. 2020.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega (coord). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados: comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n.13.709/2018 (LGPD). Saraiva, 2018. Ebook.
- SÃO PAULO. TJSP. PROVIMENTO CGJ Nº 23/2020 __. Dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais pelos responsáveis pelas delegações dos serviços extrajudiciais. Disponível em: <https://bit.ly/3pVmHPW>. Acesso: 07 jan. 2020.
- TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria G. F. (coord). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentado artigo por artigo. Salvador: Editora Juspvvm, 2020.
- TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo, R. (coord). Proteção de dados: fundamentos jurídicos. Salvador: Editora Juspvvm, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA Milena D. (coord) A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. RT, 2019. Ebook.
- TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara S. de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD in TEPEDINO, Gustavo. FRAZÃO, Ana. OLIVA Milena

D. (coord) A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. RT, 2019. E-book.

A AUTORREGULAÇÃO ASSISTIDA COMO PREMISSA À SIMETRIA DO SISTEMA DE OPEN BANKING COM AS POLÍTICAS DE COMPLIANCE

*SELF-REGULATION ASSISTED AS PREMISES TO
THE SYMMETRY OF THE OPEN BANKING SYSTEM
WITH COMPLIANCE POLICIES*

Andréa Luísa de Oliveira

Centro Universitário de Brasília, Brasil

andrealui2006@yahoo.com.br

Leonardo Mendonça Davi

Instituto ARC – Auditoria, Riscos e Compliance, Brasil

mendoncadavi@hotmail.com

Resumo

A matéria trazida à reflexão, exorta a análise de como os players integrados ao novo ciclo de modernização financeira irão estabelecer em seus programas de compliance o pilar de conformidade ao arcabouço regulatório do open banking, diante da autorregulação assistida proposta pelo Banco Central do Brasil. A pesquisa terá por objetivo analisar as diretrizes de alinhamento que obstem condutas dissociativas do eixo normativo estatuído pela autoridade regulatória para a construção do sistema financeiro aberto, assim como, examinar o alcance das diretrizes da autorregulação assistida aos programas de compliance financeiro. Para tanto, o artigo buscará esboçar as molduras do ecossistema do open banking; em ato seguinte tentará traçar os alicerces indispensáveis à eficaz implementação do compliance financeiro no contexto gerencial do sistema financeiro aberto, para ao final, dimensionar a influência da autorregulação assistida às bases do programa de compliance financeiro. Diante da contemporaneidade do tema, será realizado estudo empírico de revisão bibliográfica, associado ao exame do arcabouço regulatório sobre o tema, mediante o emprego dos métodos dedutivo e indutivo.

Palavras-chave: open banking; compliance; autorregulação assistida

Abstract

The article brought to reflection, calls for an analysis of how the players integrated into the new financial modernization cycle will establish in their compliance programs the pillar of compliance with the regulatory framework of open banking, given the assisted self-regulation proposed by the Central Bank of Brazil. The research will aim to analyze the alignment guidelines that prevent dissociative conduct from the normative axis established by the regulatory authority for the construction of the open financial system, as well as examine the scope of the assisted self-regulation guidelines for financial compliance programs. To this end, the article will seek to outline the frames of the open banking ecosystem; in the next act, it will attempt to lay the foundations essential for the effective implementation of financial compliance in the managerial context of the open financial system, so as to ultimately measure the influence of assisted self-regulation at the bases of the financial compliance program. In view of the contemporary nature of the theme, an empirical study of bibliographic review will be carried out, associated with the examination of the regulatory framework on the theme, using the deductive and inductive methods.

Keywords: open banking; compliance; assisted self-regulation

1. Introdução

A influência tecnológica tem surtido diversificadas rupturas sociais. Face a relevância temática, o aumento vertiginoso de negócios inovadores e disruptivos, por conseguinte, também impactaram o mercado financeiro.

Com tal característica, na atualidade, o *open banking* é decursivo de uma transformação financeira inevitável e irreversível, que poderá proporcionar serviços mais inclusivos e, por conseguinte, maior eficiência, desde que, o modelo de governança da autorregulação assistida tenha por significado uma alavancagem à efetividade das práticas de *compliance* no setor financeiro.

Até porque, não obstante *benesses* sugeridos pela autoridade reguladora, o artigo propõe reflexões às hipóteses que sinalizam o quanto a premissa da autorregulação assistida proposta pelo Banco Central do Brasil pode impactar a adesão e implantação de práticas de *compliance* aos *stakeholders* do ecossistema financeiro.

177 À vista disso, a pesquisa científica em apreço tem por objetivo alinhar os imperativos de conformidade do *compliance* à construção do sistema *open banking*, o que justifica a sua significância temática, pois inserido em um emergente contexto de inovação tecnológica, que busca a eficiência no sistema financeiro.

2. Os contornos preceptivos do ecossistema do *open banking*

O emprego de inovações tecnológicas de ingresso ao ecossistema de rede tem se mostrado propício à reformulação das concepções tradicionais dos bancos, especialmente, porque uma intensa onda de digitalização no setor bancário, propiciou a abertura desse mercado, como consequência das novas oportunidades apresentadas pelas Fintechs²²².

Gradualmente, diversos países rompem com as barreiras financeiras e adotam a tecnologia do *open banking*, com a finalidade de introduzir o conceito de compartilhamento de dados financeiro seletivo, por intermédio de APIs abertas²²³.

222 Cf. ZACHARIADIS, Markos; OZCAN Pinar. API Economy e Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking. Londres: SWIFT Institute Working Paper nº 2016-001. Disponível na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2975199>.

223 Application programming interfaces (APIs) é uma interface computacional que abriga ferramentas de estruturação de software, bem como, protocolos que oportunizam a interação entre sistemas, por permitir que dois aplicativos conversem entre si. Para Omarini, para que o paradigma do *open banking* possa significar a nascente de um ecossistema estimulador de oportunidades significativas para stakeholders mais responsivos e orientados ao mercado, imprescindível a colaboração dos bancos na abertura total com interfaces sofisticadas de programação de aplicativos. Isto porque, para a autora, os APIs mostram ser o coração revolucionário das Fintechs, pois afetam o modo como o cliente consome produtos e serviços financeiros online. OMARINI, Anna Eugenia. Banks and Fintechs:

As modificações regulatórias na Europa oportunizaram aos bancos a inserção de novas estratégias digitais, haja vista que, tanto o marco regulatório da Diretiva de Serviços de Pagamento Revisada (PSD2) na União Europeia²²⁴, quanto o *open banking* no Reino Unido consolidaram a fundação de um mercado único europeu de serviço de pagamento e compartilhamento informacional²²⁵.

O *open banking*, enquanto novo modelo de negócio com base no compartilhamento de dados de contas de pagamento emergente a partir da Diretiva de Serviços de Pagamento Revisada (PSD2), estabelece uma perspectiva negocial alicerçada na disponibilização segura informacional, processos e funcionalidades financeiras²²⁶, por intermédio de plataforma, junto a um ecossistema de bancos, clientes e terceiros.

A importância da incorporação dessas diretivas no mercado da União Europeia é validada pela percepção avaliativa apresentada pela Comissão Europeia. Tal documento, inclusive exalta como propósito vindouro o conjunto assumido pela Comissão, pela Autoridade Bancária Europeia²²⁷ e autoridades locais, a projeção de aprimoramento das estratégias de finanças digitais, mediante apresentação de proposta normativa “para um novo marco de *finanças abertas* até meados de 2022²²⁸.

178

No Brasil, o Sistema Financeiro Aberto (*open banking*) foi recepcionado pelo Banco Central do Brasil com o objetivo de aumentar a eficiência no mercado de crédito e de pagamentos, com o

How to Develop a Digital Open Banking Approach for the Bank's Future. International Business Research, vol. 11, nº 9, Canadá: Canadian Center of Science and Education, 2018. Disponível <https://iris.unibocconi.it/retrieve/handle/11565/4013970/93077/76769-288169-1-SM.pdf>. Acesso 09 nov. 2020.

224 A Comissão Europeia, em 24 de setembro de 2020, aprovou uma estratégia de pagamentos de varejo, com fins de fomentar o progresso do mercado europeu de pagamento, que prospera em decorrência dos benefícios da inovação e das oportunidades geradas pela digitalização. Os marcos regulatórios se concentram na criação de condições que viabilizam o avanço dos pagamentos instantâneos e soluções de pagamento, que tenham serventia econômica e acessível a todos, em toda a Europa. Cf. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Retail payments strategy for the EU. Disponível https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/payment-services/payment-services_en. Acesso 10 nov. 2020.

225 Cf. Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre serviços de pagamento no mercado interno (PSD2) Disponível <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>. Acesso em 10 nov. 2020. Ver também relatório final, apresentado em 2016, pela Autoridade de Concorrência e Mercados (The Competition and Markets Authority – CMA), em nome do governo britânico, que anunciou a implantação do open banking, mediante um pacote de reformas sobre o mercado bancário de varejo. Disponível <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ac9667e5274a0f6c00007a/retail-banking-market-investigation-full-final-report.pdf>. Acesso 10 nov. 2020.

226 Conforme destacado por Paul, em outubro de 2015, o PSD2 foi aprovado pela primeira vez pelo Parlamento Europeu para iniciar um novo método do sistema de pagamento. Ao longo do tempo perpassou por diversas alterações, especialmente, com referência à autenticação do cliente (Strong Customer Authentications – SCA), posto ser esse um dos principais requisitos do PSD2, vigente a partir de setembro de 2019. PAUL, Pongku Kumar. Strong Customer Authentication: Security Issues and Solution Evaluation. Dissertação de Mestrado em Ciência e Tecnologia. Departamento de Tecnologias do Futuro e Segurança de Sistemas. Universidade de Turku (Finlândia), 2020. Disponível https://www.utupub.fi/bitstream/handle/10024/150184/Thesis_Paul_Pongku_Kumar_A.pdf?sequence=1. Acesso 11 nov. 2020.

227 A Autoridade Bancária Europeia (European Banking Authority - EBA) é uma autoridade independente da União Europeia que trabalha para garantir uma regulação e supervisão prudencial eficaz e consistente em todo o setor bancário europeu. EUROPEAN BANKING AUTHORITY – EBA. Risks analysis and data. Disponível em https://eba.europa.eu/languages/home_en. Acesso 11 nov. 2020.

228 Cf. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões sobre uma Estratégia de Pagamento de Varejo para a União Europeia. - COM/2020/592 Final. Disponível <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0592>. Acesso 10 nov. 2020.

propósito de promover um ambiente negocial mais inclusivo e competitivo, associado à preservação da segurança do sistema financeiro²²⁹.

De modo que, sob a ótica concorrencial, para a autoridade regulatória brasileira o *open banking* representa um processo de equalização das condições competitivas entre os agentes do mercado financeiro²³⁰. Todavia, inobstante os diversificados impactos positivos pressentidos por esse novo modelo de compartilhamento de dados financeiros, a digitalização potencializa os riscos quanto à segurança de dados e de transações; riscos sistêmicos e até mesmo o de exclusão financeira, tendo em vista os problemas de infraestrutura digital²³¹.

179

Por certo, os propósitos do *open banking* ao compartilhamento de dados, produtos, serviços, abertura e integração de plataformas esbarra na desconfiança, mesmo que primária, do titular dos dados financeiros quanto aos riscos de fraude e cibernéticos. As indagações, nesse contexto, circundam a quem será imputada a responsabilidade pela segurança, gerenciamento dos riscos e proteção dos dados, na hipótese de indevida circulação de forma aberta de cada identidade financeira digital²³².

229 “A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em reunião realizada em 23 de abril de 2019, aprovou a divulgação dos requisitos essenciais à implantação do Sistema Financeiro Aberto, que abrangem o objetivo, a definição, o escopo do modelo, a estratégia de regulação e as ações para sua implementação”. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Divulgação dos requisitos fundamentais para implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto. Comunicado DC/BACEN nº 33455 de 24/04/2019. Disponível https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/201973/Voto_0732019_BCB.pdf. Acesso em 11 nov. 2020.

230 No Brasil, a implantação do Open Banking está operante a partir de 2020. Com fins de compatibilizá-lo com o nível de complexidade, sensibilidade do compartilhamento será gradual e em 04 (quatro) fases, para fins de conceder às instituições participantes o tempo necessário para convencionarem previamente os padrões tecnológicos e procedimentos operacionais faseados seguros, bem como, prazo para as instituições adaptarem seus sistemas e processos e testarem as suas interfaces, com observância do cronograma específico para cada fase. Cf. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020 - Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional: dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto. Disponível https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51028/Res_Conj_0001_v1_O.pdf. Acesso 11 nov. 2020.

231 Em prol da segurança, o Banco Central do Brasil estabeleceu que os requisitos técnicos e procedimentos operacionais do open banking serão norteados pela autoridade regulatória e disponibilizados em seu sítio eletrônico na internet, através dos manuais: I- Manual de Escopo de Dados e Serviços do Open Banking; II- Manual de APIs do Open Banking; III- Manual de Serviços Prestados pela Estrutura Responsável pela Governança do Open Banking; e, IV- Manual de Segurança do Open Banking. Cf. Art. 3º da Resolução BCB nº 32, de 29 de outubro de 2020, que estabelece os requisitos técnicos e procedimentos operacionais para implementação no País do Sistema Financeiro Aberto. Disponível <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=32>. Acesso 11 nov. 2020.

232 Cf. Voto 111/2020-BCB, de 22 de abril de 2020, aprovado pela Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, aborda sobre assuntos de regulação e propõe a edição de resolução conjunta sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking), porém não explicita quem responderá judicialmente pela segurança, gerenciamento de riscos decorrentes do sistema financeiro aberto. Apenas menciona: “Ainda no que concerne às responsabilidades das instituições no âmbito do Open Banking, são propostas regras para a contratação de parcerias, resultado de demandas do mercado para assegurar que uma instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central e uma entidade não autorizada a funcionar pelo Banco Central possam firmar um contrato com vistas ao compartilhamento entre elas de dados do escopo do Open Banking, a partir de consentimento prévio e expresso de clientes que seriam comuns às partes contratantes. Esses contratos seriam celebrados com base em estratégias de negócio e finalidades de tratamento de dados próprias e específicas, tendo em vista a regulamentação e legislação vigentes, observado que, no caso de dados transacionais de cliente, seria expressamente vedado o compartilhamento de dados relativos a produtos e serviços contratados em outras instituições. Dessa forma estaria sendo dispensado tratamento similar ao proposto para o compartilhamento entre instituições participantes, tendo por objetivo mitigar os riscos do surgimento de empresas que teriam como única finalidade a coleta de dados para terceiros, sem a possibilidade de reciprocidade. Além disso, a instituição autorizada contratante se responsabilizaria perante o Banco Central quanto à confiabilidade, disponibilidade, segurança e sigilo do compartilhamento, bem como pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.” Disponível https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/CMN/202044/Voto%200442020_CMN.pdf. Acesso 11

Diante desse cenário ainda irresoluto, é de concluir que os resultados práticos do *open banking* em outros países revelam que o êxito da implantação desse novo modelo financeiro subordinase mais ao enfoque a ser empreendido em um adequado programa de *compliance*, do que em desenvolvimento de produtos, serviços e modelos de negócios²³³.

3. O *compliance* financeiro como pilar fundamental à eficácia da gestão do *open banking*

A implementação do *open banking*, enquanto reflexo das transformações e reestruturações do mercado financeiro, apresenta-nos um panorama dúplice. Se, por um lado, confere-nos importantes vantagens competitivas, com a possibilidade de ampliação dos *players* atuantes nesse segmento, desconcentrando o poder econômico por decorrência, bem como possibilitam a prestação de serviços de modo mais eficiente; por outro lado, esse novo modelo está imerso e sujeito a riscos²³⁴.

180

Nesse contexto, diante da possibilidade de ocorrência de numerosos riscos, inerentes ou mitigados, repercutirem de modo extremamente danoso às Organizações, tendo como consequências possíveis a perda de credibilidade, de valor de mercado e de reputação; responsabilização criminal de gestores; em última instância, de sua própria longevidade, faz-se necessário identificá-los, mensurá-los e gerenciá-los.

É nesse cenário que as práticas de Compliance ganham relevância. Considerado como um sistema de gestão de risco, o Compliance “consiste em uma maneira de organizar a gestão da empresa de modo a manter a sua atividade dentro do um nível de risco, que seja aceitável e permitido”²³⁵.

nov. 2020.

233 Segundo Bruno Diniz “Londres é considerada atualmente a capital das fintechs (...). A metrópole britânica consegue reunir uma rara combinação de excelência científica e tecnológica, mão de obra especializada, ambiente regulatório favorável, incentivos governamentais e expertise como importante polo financeiro europeu”. DINIZ, Bruno. O Fenômeno Fintech [recurso eletrônico]: tudo sobre o movimento que está transformando o mercado financeiro no Brasil e no mundo. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 68.

234 Entende-se por riscos os eventos futuros passíveis de previsibilidade, cujos resultados afetam as Organizações de maneiras e graus variados, os quais decorrem de suas próprias atividades empresariais. Cf IBGC. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia. São Paulo: IBGC, 2017.

235 Conceito apresentado pelo professor Giovanni Saavedra, na aula Noções Introdutórias de Compliance, do Certified Expert in Compliance, Instituto ARC, aos 11 de maio de 2020. Enquanto uma metodologia para lidar e tratar riscos, a ideia de Compliance transcende a mera noção comumente apresentada de conformidade às leis, regulamentações e autorregulamentações. Segundo Saavedra, Compliance consiste em um sistema complexo de políticas, de controles e de procedimentos orientadores de comportamentos, os quais ganham relevância jurídica por força de lei ou contrato, a fim de que se mantenha a atividade dentro do um nível de risco que seja aceitável e permitido. Cf. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (orgs.). Governança, Compliance e Cidadania. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 35 a 47.

Tal sistema objetiva prevenir, detectar e mitigar riscos que possam afetar prejudicialmente os objetivos estratégicos de uma Organização²³⁶, a partir de 10 (dez) pilares²³⁷. São eles: suporte da alta administração, avaliação de riscos, código de conduta e políticas de compliance, controles internos, treinamento e comunicação, canais de denúncia, investigações internas, due diligence, auditoria e monitoramento, diversidade e inclusão.

Com efeito, tendo em vista a complexidade e as recorrentes mudanças regulatórias do mercado financeiro, o Programa de Compliance é o instrumento hábil para lidar com a nova dinamicidade exigida pelo modelo do *open banking*. Isso porque referido programa confere métricas suficientes para identificar, mensurar, priorizar, monitorar e reportar riscos que uma Organização está sujeita²³⁸, além de ser de sua própria natureza lidar com fenômenos referentes à autorregulação.

Assim sendo, um programa de compliance financeiro bem estruturado e efetivo, a médio e a longo prazo, poderá resultar em inúmeros benefícios, seja à autoridade regulatória, às Instituições financeiras, aos titulares de dados; em última instância, para a própria sustentabilidade do sistema financeiro.

181

Afinal, os pilares dos programas de compliance das Instituições Financeiras serão balizas e indicadores importantes para fins controle e monitoramento pela Autoridade Regulatória, em que poderão ser atestados os níveis de transparência das informações prestadas pelas mencionadas Instituições, de modo a revelar o *modus operandi* destas em relações às falhas de mercado e de como atuam para identificar e mitigar eventos potencialmente danosos frente aos dados de titulares e ao próprio mercado financeiro.

4. Perspectivas de impactos da autorregulação assistida às bases do programa de *compliance* financeiro

De fato, o *open banking* propõe uma maneira segura em permitir aos provedores acesso às informações financeiras dos seus titulares, ao funcionar como uma banca *online* ou móvel. Por

²³⁶ Muito embora o foco primeiro do programa seja o viés preventivo, com o estabelecimento de um plexo de políticas, de controles e de procedimentos orientadores de comportamentos, esses mecanismos não bastam para proteção da Organização face a riscos. O viés da detecção, neste caso, revela-se imprescindível, na medida em que não apenas cobre lacunas não alcançadas pela prevenção, como também determina o tempo de descoberta e cessação dos danos perpetrados por condutas ilícitas. Tal viés compreende, dessa forma, duas categorias: controles internos e canais de denúncias efetivos. Cf. GIOVANINI, Vagner. **Compliance: a excelência na prática**. 1ed. São Paulo: Compliance Total, 2014.

²³⁷ Cf. LEC, Redação. **Os 10 pilares de um programa de compliance**. Disponível em <https://lec.com.br/blog/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 28 de outubro de 2020.

²³⁸ Considerando que integrarão o *open banking* instituições financeiras de diversos portes e variados apetites aos riscos, a abordagem baseada em risco possibilitará com que cada uma delas se adequem e adotem medidas consoante suas realidades, não existindo modelo uniforme para todas as Organizações, Cf. FEBRABAN. **Guia/Boas Práticas de Compliance** – Edição Revista e atualizada 2018.

consequente, permite ao titular dos dados financeiros um entendimento mais especificado de suas contas e novas formas de gerenciamento de dinheiro, ao viabilizar a oferta de produtos e serviços financeiros que proporcionam melhores resultados.

Todavia, esse novo contexto demanda implantação de uma forte autenticação do cliente representou uma premissa fundamental ao êxito do *open banking* e da operacionalização de transações seguras. Para tanto, imperativo aos provedores de pagamento a aplicação da chamada autenticação forte do cliente²³⁹. Isto porque, o texto do PSD2 introduz rigorosos requisitos de segurança para principiar o processamento de pagamentos eletrônicos, aplicáveis aos prestadores de serviços regulamentados, eis que, tem por lastros uma abordagem mais rigorosa de autenticação ao cliente que busca contribuir para a redução do risco de fraude financeira, bem como, proteger a confidencialidade dos dados financeiros e pessoais do usuário.

Tais argumentações têm por justificativa o propósito do presente artigo, referente à investigação do papel da autorregulação assistida como modelo adotado pela autoridade financeira nacional, no contexto do *open banking*, observada à luz da implementação de um programa de *compliance* financeiro. Isto porque, é preciso avaliar as vantagens e riscos desse modelo em um mercado tradicionalmente sujeito à heterorregulação, qual seja, a regulação emanada do Estado, e que agora parte para uma regulação privada – autorregulação-, a ser desenvolvida pelos *players* habilitados pela autoridade regente.

182

Ademais, resta salientar que, a problemática trazida ao debate não tem o condão de oposição de fluidez do mercado financeiro no ecossistema virtual, até porque o *open banking* é inevitável, além de se apresentar como uma tendência mundial fortificante às relações negociais transnacionais.

Ao contrário, os autores entendem que será necessária uma breve inserção do fluxo monetário estatal ao ecossistema virtual. A problemática trazida ao debate está centrada em avaliar como serão as diretivas da autorregulação assistida frente aos programas de *compliance* financeiro propagadas pela autoridade financeira, de modo a permitir que as regras de governança corporativa com o emprego do *open banking* possam permitir uma equalização informacional, quando pautados na implementação de *compliance* financeiro.

²³⁹ Para a Comissão Europeia, o rigor à autenticação do cliente (*Strong Customer Authentication-SCA*) corresponde a um processo de autenticação que valida a identidade do usuário de uma transação autorizada de pagamento. A autenticação é fortificada pelo emprego de dois ou mais elementos assim categorizados: *i*) de conhecimento único do usuário (como senha ou PIN); *ii*) na posse do usuário (cartão ou dispositivo gerador de código de autenticação, por exemplo); *iii*) ou, inerência pessoal do titular (como o uso de impressão digital ou reconhecimento de voz). Tais elementos são autônomos, pois a violação de um não compromete a confiabilidade dos outros, pois todos têm por serventia a confidencialidade dos dados. As isenções são definidas pela Autoridade Bancária Europeia (EBA) e adotadas pela Comissão Europeia, respaldados no risco envolvido, valor das transações e canais utilizados para o pagamento. Comissão Europeia. Disponível https://ec.europa.eu/search/?queryText=Strong+Customer+Authentication+SCA&query_source=europa_default&filterSource=europa_default&sslang=en&more_options_language=en&more_options_f_formats=&more_options_date=. Acesso 11 nov. 2020.

Até porque, agir em *compliance* no sistema do *open banking*, tem que ter por significado estabelecer uma cultura de gestão de riscos a todos os *stakeholders*, uma vez que, o *compliance* financeiro revela-se um recurso eficaz ao êxito do sistema financeiro aberto, especialmente quanto a correção das falhas desse mercado, decorrentes dos impactos tecnológicos, à eficiência econômico-financeira nacional, bem como, a proteção dos *stakeholders* precursores desse novo mercado.

A bem da verdade, a problemática trazida à argumentação, finca-se no questionamento quanto ao hiato entre a métrica adequada de intervenção do órgão regulador na autorregulação assistida do *open banking* e a estruturação de um programa de *compliance*, que não seja impactado por intervenções da autoridade fiscalizadora, em decorrência dos limites regulatórios da autorregulação²⁴⁰.

Um *compliance* financeiro demanda uma política organizacional faseada e contínua, de gestão de riscos, governança corporativa, gestão de processos e negócios, com vista à redução de incidência de fraudes e desconformidades com a legislação vigente, que pode se tornar inoperante diante de vulnerabilidades decursivas de sucessivas e repentinas intervenções remodelatórias.

183

5. Considerações finais

Diante das argumentações articuladas, resta conclusivo assentir pelas remodelações financeiras apresentadas pelo *open banking*, especialmente por ser este um movimento mundial. Todavia, é preciso ressaltar que o sistema financeiro aberto, com fluidez no ecossistema virtual, apesar de inevitável, não está radicado no mundo real, concreto. Isto porque, o ambiente virtual além de marcado pela descentralização e transnacionalidade, ainda demanda um acautelamento maior quanto ao diagnóstico de riscos cibernéticos.

Desta feita, a implantação de um programa de *Compliance* Financeiro mostra-se como um importante prognóstico dos riscos cibernéticos iminentes, além de propiciar a equalização informacional desse novo cenário financeiro, que possibilite corrigir as desvantagens das partes

²⁴⁰ Sobre o tema, Dias adverte que a autorregulação assistida não é uma novidade ao mercado de capitais. A Bolsa de Valores, por exemplo, é regida pela autorregulação delegada pelo Poder Público, de modo que deve atuar dentro dos limites regulatórios da autorregulação. Isto porque, acaso inobservada as diretivas pela Bolsa de Valores, compete ao Conselho de Valores Mobiliários a possibilidade de cancelar a autorização da instituição, recusar aprovação de regras e, até mesmo, suspender a execução de normas de autorregulação. De modo que, a delegação concedida à Bolsa de Valores delimita que a função de supervisão do mercado deva coexistir com as prerrogativas do órgão regulador. DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. **Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação**. Revista de Direito Empresarial. Curitiba: Fórum, v. 1, p. 13-35, 2012.

operantes no sistema do *open banking*, de modo propiciar o aperfeiçoamento das regras de governança corporativa financeira.

Nessa senda, as argumentações apresentadas ao estudo revelam-se concludentes a considerar que o êxito do sistema financeiro aberto, a ser instrumentalizado pela autorregulação assistida, ademais, carece de simetria aos programas de *compliance* financeiro, indispensáveis à gestão de riscos, processos e negócios.

De modo que, instituir a cultura de um programa eficaz de *compliance* financeiro a todos os *stakeholders* em simetria às diretivas do sistema de *open banking* deve sinalizar um monitoramento desse novo cenário financeiro, pois somente assim, será possível lograr a eficácia dessa nova *Era* financeira, regida por inovações tecnológicas.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Divulgação dos requisitos fundamentais para implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto. Comunicado DC/BACEN nº 33455 de 24/04/2019. Disponível https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadVoto.asp?arquivo=/Votos/BCB/201973/Voto_0732019_BCB.pdf. Acesso em 11 nov. 2020.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e autorregulação do mercado de valores mobiliários brasileiro: limites da autorregulação. *Revista de Direito Empresarial*. Curitiba: Fórum, v. 1, p. 13-35, 2012.

DINIZ, Bruno. O Fenômeno Fintech [recurso eletrônico]: tudo sobre o movimento que está transformando o mercado financeiro no Brasil e no mundo. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019, p. 68.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY – EBA. Risks analysis and data. Disponível em https://eba.europa.eu/languages/home_en. Acesso 11 nov. 2020.

FEBRABAN. Guia/Boas Práticas de Compliance – Edição Revista e atualizada 2018. Acesso em 10 nov. 2020.

GIOVANINI, Vagner. Compliance: a excelência na prática. 1ed. São Paulo: Compliance Total, 2014.

IBGC. INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia. São Paulo: IBGC, 2017.

LEC, Redação. Os 10 pilares de um programa de compliance. Disponível em <https://lec.com.br/blog/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em 28 de outubro de 2020.

MARINI, Anna Eugenia. Banks and Fintechs: How to Develop a Digital Open Banking Approach for the Bank's Future. *Internacional Business*

Research, vol. 11, nº 9, Canadá: Canadian Center of Science and Education, 2018. Disponível <https://iris.unibocconi.it/retrieve/handle/11565/4013970/93077/76769-288169-1-SM.pdf>. Acesso 09 nov. 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Aula Noções Introdutórias de Compliance. São Paulo: Instituto ARC, 11 de maio de 2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos (orgs.). Governança, Compliance e Cidadania. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 35 a 47.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões sobre uma Estratégia de Pagamento de Varejo para a União Europeia. - COM/2020/592 Final. Disponível <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0592>. Acesso 10 nov. 2020.

186

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Retail payments strategy for the EU. Disponível https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/consumer-finance-and-payments/payment-services/payment-services_en. Acesso em 10 nov. 2020.

ZACHARIADIS, Markos; OZCAN Pinar. API Economy e Digital Transformation in Financial Services: The Case of Open Banking. Londres: SWIFT Institute Working Paper nº 2016-001. Disponível na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2975199>.

A APLICAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO NOS CASOS DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM COMPLIANCE DE PAPEL

*THE APPLICATION OF THE ANTICORRUPTION LAW
IN CASES OF IMPLEMENTATION OF A COMPLIANCE
OF PAPER*

Eduardo Adolfo Ferreira

Universidade Estácio de Sá, Brasil

eduardo@stferreira.com.br

Resumo

A Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) estabeleceu em seu artigo 7º, inciso VIII que a existência de programas de integridade será levada em consideração para aplicação das sanções às empresas, quando estas ou seus dirigentes e representantes praticarem atos lesivos contra a Administração Pública. Em razão disso, a partir de pesquisa bibliográfica descritiva e exploratória e método indutivo, o presente trabalho tem como objetivo verificar a aplicação do artigo 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013, observando-se a eficácia e validade dos programas de Compliance anticorrupção. Assim sendo, questiona-se acerca da efetividade do Compliance como instrumento de prevenção à prática de crimes contra a administração pública, bem como se a atenuante prevista na Lei Anticorrupção é aplicável aos organismos empresariais e aos seus dirigentes ou administradores nos casos em que a empresa tenha adotado um “Falso Compliance”. Embora a existência de resoluções que determinem a boa prática empresarial, a legislação vigente não estabelece de forma taxativa os requisitos necessários para implementação de um programa de Compliance. Destarte, não obstante a pressão exercida pelo mercado e pela sociedade sobre as organizações empresariais para que exerçam suas atividades com transparência, diversos Estados e Municípios da Federação editaram legislações anticorrupção que obrigam as empresas que contratarem com o Poder Público a adotarem programas de integridade. Todavia, além da preocupação das empresas em refletir ao mercado que estão em conformidade com as leis, tal circunstância poderá decorrer o problema da implementação do Compliance de Papel ou “Falso Compliance”, situação que poderá resultar em um instrumento artificial e facilitador de transferência de responsabilidade Top-Down, isto é, de nível hierárquico superior para o inferior. Posto isso, considerando que ao se tratar do Compliance como um instrumento de autorregulação regulada e ferramenta de prevenção à prática de crimes contra a administração pública e responsabilização dos dirigentes e administradores da pessoa jurídica, um programa de integridade não deve, tão somente, se nortear pelo cumprimento de leis, pois tal condição decorre do próprio princípio da função social da empresa. Portanto o programa de Compliance, em especial aquele que visa a prevenção de crimes, deve ser efetivo e desenvolver políticas e culturas éticas que sejam destinadas a todos os membros da organização social, razão pela qual, compreende-se como necessária a implementação de um programa de Compliance que observe as resoluções de conformidade para que a atenuante disposta na Lei Anticorrupção seja efetivamente válida e aplicável.

Palavras-chave: Compliance; Compliance de Papel; Anticorrupção.

Abstract

The Law 12.846/2013 (Anticorruption Law) established its Article 7, item VIII that the existence of integrity programs will be taken into account for the application of sanctions to companies, when these or their managers and representatives perform harmful acts against the Public Administration. As a result, based on descriptive and exploratory bibliographic research and inductive method, the present study aims to verify the application of article 7, item VIII, of Law 12.846/2013, observing the effectiveness and validity of anti-corruption Compliance programs. Therefore, it is questioned about the effectiveness of Compliance as an instrument to prevent the practice of crimes against public administration, as well as if the mitigation provided for in the Anticorruption Law is applicable to business bodies and their managers or administrators in cases where the company has adopted a “False Compliance”. Although the existence of resolutions that determine good business practice, the current legislation does not establish in a definitive way the requirements necessary for the implementation of a Compliance program. This way, despite the pressure exerted by the market and by society on business organizations to exercise their activities transparently, several States and Municipalities of the Federation have issued anti-corruption laws that oblige companies that contract with the Public Power to adopt integrity programs. However, in addition to the concern of companies to reflect to the market that they are in compliance with the laws, such a circumstance may arise from the problem of implementing Compliance of Paper or “False Compliance”, a situation that may result in an artificial instrument and facilitator of transfer of information. Top-Down responsibility, that is, from the top to the bottom. That said, considering that when it comes to Compliance as an instrument of regulated self-regulation and a tool to prevent the practice of crimes against public administration and accountability of the directors and administrators of the legal entity, an integrity program should not only guide itself compliance with law, as this condition stems from the very principle of the company's social function. Therefore, the Compliance program, especially the one aimed at preventing crime, must be effective and develop policies and ethical cultures that are aimed at all members of the social organization, which is why it is necessary to implement a program Compliance that complies with compliance resolutions so that the mitigation provided for in the Anti-Corruption Law is effectively valid and applicable.

Keywords: Compliance; Compliance of Paper; Anti-Corruption.

1. O *Compliance* como atenuante na Lei Anticorrupção

Antes da promulgação da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), vislumbrou-se no Brasil a previsão de obrigações de *Compliance* na Resolução nº 2.554/1998 do Conselho Monetário Nacional (CMN), na Lei Complementar nº 105/2001 – que dispõe sobre o sigilo de informações de operações financeiras) – e na Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei nº 9.613/1995 – que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro²⁴¹.

No ano de 2014 passou a vigor no ordenamento jurídico pátrio a Lei Anticorrupção, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, tendo como princípio atender aos compromissos assumidos pelo País como signatário das convenções internacionais que trataram o tema, tais como a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e da Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)²⁴².

A legislação em questão também foi resultado do clamor da sociedade brasileira, pois apesar de ter havido a responsabilização de dirigentes das pessoas jurídicas envolvidas nos esquemas fraudulentos que originaram a Ação Penal nº 470/MG²⁴³, neste caso não houve a responsabilização destas pessoas jurídicas. Desse modo, a legislação anticorrupção preencheu uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à responsabilidade de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública²⁴⁴.

Segundo Marcella Blok²⁴⁵, a Lei Anticorrupção trata-se de um avanço democrático, haja vista que o Brasil se colocou no rol de países que reverenciam a probidade e honestidade no ambiente de negócios, empenhando-se na implementação de uma padronização em termos de qualidade e condutas empresariais, representando, assim maior competitividade do País.

O artigo 7º da Lei Anticorrupção elenca uma série de circunstâncias que serão consideradas para fins de dosimetria da sanção, dentre elas a implementação do programa de *Compliance*, descrito no inciso VIII, o qual dispõe sobre existência de mecanismos e procedimentos internos de

241 ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). *Compliance e Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina. 2019. p. 80.

242 BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 37.

243 ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). *Compliance e Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina. 2019. p. 90.

244 ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). *Compliance e Direito Penal Econômico*. São Paulo: Almedina. 2019. p. 90.

245 BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 37.

integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação de códigos de ética e de conduta²⁴⁶.

Esclarece-se que os programas de *Compliance*, ou programas de integridade, como optou o legislador brasileiro, deverão ser capazes de demonstrar a sua efetividade, conjuntura que não se presta tão somente a reduzir as sanções descritas no artigo 5º da Lei Anticorrupção, mas exige-se que apresentem capacidade de prevenção, identificação, mitigação e correção dos riscos suportados pela pessoa jurídica²⁴⁷.

Assim sendo, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica poderá ser elidida se demonstrado que as condutas tipificadas foram praticadas sem o conhecimento dos administradores e dirigentes da pessoa jurídica e haja estrutura encarregada de controlar a legalidade interna e propagar a cultura ética²⁴⁸.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 7º da Lei Anticorrupção definiu que a parametrização dos programas de integridade se dará através de decreto regulamentador do Poder Executivo Federal²⁴⁹.

191

2. A legislação nacional e o estímulo ao *Compliance* de Papel

De acordo com a interpretação que se faz da Lei Anticorrupção, o efeito mitigador dos programas de *Compliance* influirá tão somente no cálculo da multa administrativa, não incidindo qualquer efeito no âmbito das imposições civis, razão pela qual tem-se como contraditória e contraproducente a limitação à esfera administrativa da atenuante descrita no inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção, pois contraria o espírito legislativo de estimular o cumprimento das leis e a propagação de um ambiente empresarial ético²⁵⁰.

246 ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). Compliance e Direito Penal Econômico. São Paulo: Almedina. 2019. p. 91.

247 BLOCK, Marcella. Compliance e Governança Corporativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 49.

248 ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). Compliance e Direito Penal Econômico. São Paulo: Almedina. 2019. p. 91.

249 BLOCK, Marcella. Compliance e Governança Corporativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 49.

250 VERISSÍMO, Carla. Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547224011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547224011/cfi/891/4/4@0.00:17.6>. Acesso em: 13. jan. 2021. p. 243.

Por seu turno, os Estados²⁵¹ e Municípios²⁵² do País também editaram legislações anticorrupção com a obrigatoriedade de as empresas comprovarem a existência de um programa de *Compliance* específico para contratação com a Administração Pública²⁵³ – embora cada ente federado conte com nuances legislativas distintas, tem-se em comum a fixação de um piso sobre o valor global contratado para estabelecer a obrigatoriedade do programa de *Compliance*²⁵⁴.

Com isso, incentivou-se as empresas para a implementação do chamado *Compliance* de Papel – também conhecido como Falso *Compliance*, *Compliance* Cosmético ou de Fachada –, o qual é compreendido como um programa sem efetividade e elaborado para atender a uma formalidade legal²⁵⁵.

Ocorre que os diversos diplomas jurídicos brasileiros que estimulam ou determinam a adoção de programas de integridade, aparentemente menosprezam o fardo informacional que as leis anticorrupção estabeleceram, haja vista que a Administração Pública dos Estados e Municípios não dispõem de recursos e capacidade técnica para averiguação da efetividade e eficácia dos programas de *Compliance*²⁵⁶.

192

A incapacidade destes entes em lidar com a alta demanda informacional para avaliação do programa de *Compliance* das empresas concorrentes em um processo licitatório poderá resultar na elevação dos custos da contratação por parte do Poder Público, uma vez que serão beneficiadas as empresas que implementam programas de integridade pouco ou não efetivos. Destarte, as leis anticorrupção não trarão o resultado pretendido pelo legislador, pois dão azo para a desvantagem competitiva de mercado entre as empresas que implementaram programas efetivos e aquelas que aplicaram um programa de papel²⁵⁷.

251 Lei nº 7.753/2017 (Estado do Rio de Janeiro); Lei nº 15.228/2018 (Estado do Rio Grande do Sul); Lei nº 16.722/2019 (Estado de Pernambuco); Lei nº 6.112/2018 (Distrito Federal); Lei nº 4.730/2018 (Estado do Amazonas); Lei nº 10.744/2018 (Estado de Mato Grosso). In: BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 121-122.

252 Lei nº 6.050/2018 (Município de Vila Velha/ES). In: BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 122.

253 BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 123.

254 CARVALHO, Victor Aguiar de. As complexidades e consequências não intencionais da exigência de programas de integridade em contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 67-75, Jun. 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/43957655/As_complexidades_e_consequ%C3%AAncias_n%C3%A3o_intencionais_da_exig%C3%AAncia_d_e_programas_de_integridade_em_contrata%C3%A7%C3%B5es_p%C3%BAblicas. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 67-68.

255 CARVALHO, Victor Aguiar de. As complexidades e consequências não intencionais da exigência de programas de integridade em contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 67-75, Jun. 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/43957655/As_complexidades_e_consequ%C3%AAncias_n%C3%A3o_intencionais_da_exig%C3%AAncia_d_e_programas_de_integridade_em_contrata%C3%A7%C3%B5es_p%C3%BAblicas. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 70.

256 CARVALHO, Victor Aguiar de. As complexidades e consequências não intencionais da exigência de programas de integridade em contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 67-75, Jun. 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/43957655/As_complexidades_e_consequ%C3%AAncias_n%C3%A3o_intencionais_da_exig%C3%AAncia_d_e_programas_de_integridade_em_contrata%C3%A7%C3%B5es_p%C3%BAblicas. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 67-68.

257 CARVALHO, Victor Aguiar de. As complexidades e consequências não intencionais da exigência de programas de integridade em

A implementação de um *Compliance* de Papel poderá se tornar uma armadilha, visto que suas estruturas e controles internos, ao invés de serem criados com a finalidade de evitar a prática de delitos contra a Administração Pública e a eventual responsabilização de diretores e dirigentes, serão um facilitador para a transferência de responsabilidade *Top-Down* – isto é, de nível hierárquico superior para o inferior²⁵⁸.

Assim sendo, a pessoa jurídica que opera com mecanismos de incentivo à delação premiada, inclina-se a conceber a figura do *whistleblower* reverso – quando administradores, diretores ou sócios da empresa tornam-se denunciadores de eventuais ilícitos, ocasião que dá abertura para a transferência de responsabilidade para níveis mais baixos na hierarquia do organismo empresarial²⁵⁹.

193

Nesse sentido, Sergio Moro, na cerimônia de lançamento do “Guia Exame de *Compliance*”, relatou que, enquanto Juiz Federal responsável pela Operação Lava Jato, teria ouvido de diretores acusados pela prática de crimes contra a Administração Pública que existiam departamentos de *Compliance* em suas empresas. Contudo, o setor não apontava ilicitude pela prática de pagamento de suborno às autoridades públicas, ocasião em que ponderou a importância da existência de controles para validação do programa de *Compliance*, sob pena de tornar-se um programa de fachada²⁶⁰.

3. O *Compliance* de Papel como fator atenuante: um instrumento aplicável?

O Decreto nº 8.420/2015 regulamentou a Lei Anticorrupção, dispondo em seu artigo 41 o conceito de programa de integridade, compreendido como o mecanismo de controle interno da pessoa jurídica para prevenir e evitar a prática de desvios e ilicitudes no âmbito do exercício da atividade

contratações públicas. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 67-75, Jun. 2020. Disponível em:

https://www.academia.edu/43957655/As_complexidades_e_consequ%C3%A2ncias_n%C3%A3o_intencionais_da_exig%C3%A2ncia_dos_programas_de_integridade_em_contrata%C3%A7%C3%B5es_p%C3%BAblicas. Acesso em: 16 jan. 2021. p. 73.

258 SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo. 2016. 325f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Departamento de Direito de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/en.php>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 50.

259 SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo. 2016. 325f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Departamento de Direito de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/en.php>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 50.

260 FILLIPE, Marina. “Empresas precisam de controle para valer, não de fachada”, diz Moro. Exame, Brasília, 03 Dez. 2019. Disponível em: <https://exame.com/negocios/empresas-precisam-de-controle-para-valer-nao-de-fachada-diz-moro/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

explorada pela pessoa jurídica. Trata-se, portanto, de um conjunto de ferramentas administrativas de autotutela e indicadoras de padrões éticos²⁶¹.

Tal decreto regulador estabeleceu no artigo 42 os parâmetros e os critérios que a Lei Anticorrupção não conferiu, os quais, em conjunto com a Portaria nº 309/2015 da Controladoria Geral da União (CGU), são referenciais teóricos para a implementação de um programa de *Compliance* efetivo²⁶².

A efetividade, quanto a existência e aplicação, do programa de *Compliance* deverá atender aos dezesseis critérios e procedimentos dispostos no artigo 42, os quais serão avaliados, conforme § 2º do dispositivo, recomendando-se que essa avaliação de efetividade seja considerada para fins de atribuição de responsabilização²⁶³.

No que lhe diz respeito, Marcella Blok²⁶⁴ destaca que quando se discute o *Compliance*, há uma preocupação constante acerca da implementação de programas de fachada, pois representam uma adoção formal por parte da empresa, através de sua Alta Administração, sem qualquer tipo de efetividade, haja vista que a mera formalização de programas não é sinônimo de eficiência, de forma que programas superficiais não são válidos.

194

Por seu turno, para Anabela Miranda Rodrigues²⁶⁵, os programas de *Compliance*, em geral, reúnem componentes de regulação, investigação e sancionamento, sendo muito comum a difusão do modelo de elaboração em três colunas – formulação, implementação e consolidação e aperfeiçoamento –, compreendendo-se que estes elementos devem ser considerados na constituição de um programa efetivo de *Compliance*.

Contudo, Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella²⁶⁶ argumentam que as legislações anticorrupção não estabeleceram a obrigatoriedade de as empresas adotarem um programa de *Compliance*, e, ainda que adotem, a legislação em vigor não é taxativa quanto ao dever de

261 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Comentários sobre a Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502630987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502630987/cfi/1771/4/4@0.00:58.9>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 177.

262 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. Comentários sobre a Lei Anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502630987. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502630987/cfi/1771/4/4@0.00:58.9>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 180.

263 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622098. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622098/cfi/2481/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 13. jan. 2021. p. 328.

264 BLOCK, Marcella. Compliance e Governança Corporativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 49.

265 RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito Penal Econômico: Uma política criminal na era do Compliance. Coimbra: Almedina. 2019, p. 58-59.

266 GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas** que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, Abr./Jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em: 15 jan. 2021. p. 143.

obediência às disposições das leis vigentes – contexto que ensejaria a implementação de um programa parametrizado em outros modelos.

De outro lado, segundo Carla Veríssimo²⁶⁷, os mecanismos de prevenção e controles internos poderão não impedir a prática de atos lesivos à Administração Pública, ocasião que deverá ser avaliado se o ato praticado foi uma excepcionalidade, cuja ocorrência não poderia ser evitada, ou se representa um déficit estrutural a ponto de considerá-lo um *Compliance* de Papel.

Conquanto seja discutível a efetividade e eficácia dos programas de *Compliance* de Papel, cuja ocasião concederia à empresa a autorização para implementação de modelos que estejam de acordo com a sua necessidade e realidade empresarial, são poucos os estudos sobre efetividade destes programas de Papel²⁶⁸.

195 Por essa razão, enfatizando a concepção efetividade dos programas de *Compliance*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em seu guia sobre *Compliance*, destacou que os programas de papel são aqueles que utilizam de mecanismos superficiais para emular uma imagem inidônea às autoridades públicas ou aqueles que são complexos, de custo elevado, mas sem qualquer aplicação prática²⁶⁹.

Já a Portaria nº 909/2015 da CGU, impõe à empresa o ônus demonstrar a efetividade do programa de *Compliance*, circunstância em que não incidirá a dedução da multa administrativa em caso de ineficácia ou ausência da avaliação de efetividade do programa²⁷⁰.

Não obstante *Compliance* remeta, isoladamente, a uma expressão vazia, parte-se do pressuposto que as instituições devam estar *in Compliance with/comply to*, isto é, as organizações deverão cumprir regulamentos internos e externos a elas impostos. Todavia, estar *in Compliance with* não significa tão somente estar em conformidade com regras, ou, como adverte Marcella Blok²⁷¹, estar em *by the book*. O *Compliance* tem como objetivo ir além das barreiras e limites legais impostos,

267 VERISSÍMO, Carla. *Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547224011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547224011/cfi/89/4/4@0.00:17.6>. Acesso em 13. Jan. 2021. p. 305.

268 PINTO, Nathália Regina. *A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica*. 2016. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-24102016-095300/en.php>. Acesso em: 17 set. 2020. p. 132-133.

269 MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. *Compliance concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. E-book. ISBN 9788595450073. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450073/cfi/108/4/4@0.00:53.2>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 158-159.

270 MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. *Compliance concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. E-book. ISBN 9788595450073. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450073/cfi/108/4/4@0.00:53.2>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 158-159.

271 BLOCK, Marcella. *Compliance e Governança Corporativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020. p. 20

agregando princípios de integridade, idoneidade e condutas éticas de cada indivíduo inserido em um ambiente empresarial ou na sociedade.

Por isso tem-se que a existência dos programas efetivos de *Compliance* são imprescindíveis para a retomada do controle sobre a atividade econômica, pois estes têm, objetivamente, o propósito de criar normas legais reguladoras da atividade econômico-empresarial, cuja observância das constantes e variadas alterações legislativas aplicáveis ao setor estimulam uma cultura ético-empresarial e de cumprimento, à medida que também visam evitar e prevenir a responsabilidade civil, administrativa e, em *ultima ratio*, penal da pessoa jurídica²⁷².

Portanto, não é aplicável a atenuante do inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção quando a pessoa jurídica tiver implementado um programa de *Compliance* de Papel e tenha praticado atos lesivos contra a Administração Pública, podendo-se, inclusive, ter elevada a dosimetria da sanção em razão da má-fé por tentar emular um programa de integridade para fins de beneficiamento²⁷³.

4. Considerações Finais

196

Diante do estudo desenvolvido no presente trabalho, não obstante a sociedade brasileira conviva até os dias atuais com a sensação de impunidade de agentes públicos e empresariais, as políticas de *Compliance* são adotadas no País desde a década de 1990. Contudo, a Lei Anticorrupção, promulgada no ano de 2013, é um importante instrumento para responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em atos lesivos praticados contra a Administração Pública.

A Lei Anticorrupção dispôs, dentre diversas previsões, da atenuante descrita no artigo 7º, inciso VIII, que passa a considerar a existência de programas de *Compliance* para fins de dosimetria da sanção administrativa da pessoa jurídica, tratando-se de um estímulo ao setor privado para adoção de programas de *Compliance*, cuja regulação se deu através dos artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015, os quais impuseram as condições de eficácia e efetividade dos programas de *Compliance*. Por seu turno, alguns Estados e Municípios do País editaram legislações que passaram a exigir a adoção de programas de *Compliance* para contratações com o Poder Público, de modo a estimular a conduta ética das empresas.

272 RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Econômico: Uma política criminal na era do Compliance*. Coimbra: Almedina. 2019, p. 57.

273 MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. *Compliance concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017. E-book. ISBN 9788595450073. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450073/cfi/1081/4/4@0.00:53.2>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 160.

Todavia, apesar do pretendido estímulo, a legislação não veda que as pessoas jurídicas implementem programas de *Compliance* de Papel, elaborados sem efetividade e a baixo custo, para tão somente cumprir uma exigência legal, tendo em vista que os entes federados, em razão da ausência de capacidade técnica, recursos e fiscalização, são extremamente limitados para aferir a efetividade dos programas de *Compliance*.

Nesse fio condutor, compreende-se que a difusão de programas de *Compliance* de Papel tende a promover a desvantagem competitiva entre as pessoas jurídicas de determinado setor, a aumentar os custos da contratação e a transferência de responsabilização por critério hierárquico.

Em que pese a divergência doutrinária em relação ao rol de requisitos descritos no decreto regulador da Lei Anticorrupção e a sua adequação no ambiente empresarial nacional e no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que um programa de *Compliance* não é efetivo quando se restringe ao mero cumprimento da lei, pois tal obrigação decorre da função social da empresa, razão pela qual, a efetividade do programa de *Compliance* deverá estar em consonância com os artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/2015 e as normas técnicas da CGU e do CADE. Além disso, a adoção de um programa de papel contraria a própria concepção ética e preventiva que norteia o *Compliance*.

197

Assim sendo, a respeito da aplicabilidade do inciso VIII do artigo 7º da Lei Anticorrupção aos programas de *Compliance* de Papel, compreende-se que a atenuante não se aplica às pessoas jurídicas que implementem tais modelos, haja vista que a parametrização estabelecida no decreto regulador e nas normas técnicas da CGU e do CADE são norteadoras para implementação do programa efetivo. Outrossim, ao se admitir a aplicação da atenuante nos programas de fachada, estar-se-á concedendo privilégio à pessoa jurídica que fez a opção de maquiar um instrumento que exige a propagação de cultura ética e prevenção de atos lesivos à Administração Pública.

BLOCK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2020.

CARVALHO, Victor Aguiar de. **As complexidades e consequências não intencionais da exigência de programas de integridade em contratações públicas**. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 19, n. 222, p. 67-75, Jun. 2020. Disponível em https://www.academia.edu/43957655/As_complexidades_e_consequ%C3%Aancias_n%C3%A3o_intencionais_da_exig%C3%Aancia_de_programas_de_integridade_em_contrata%C3%A7%C3%B5es_p%C3%BAblicas. Acesso em: 16 jan. 2021.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502630987. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502630987/cfi/177!4/4@0.00:58.9>. Acesso em: 14 jan. 2021.

FILLIPE, Marina. “Empresas precisam de controle para valer, não de fachada”, diz Moro. **Exame**, Brasília, 03 Dez. 2019. Disponível em <https://exame.com/negocios/empresas-precisam-de-controle-para-valer-nao-de-fachada-diz-moro/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, Abr./Jun. 2015. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/55>. Acesso em: 15 jan. 2021.

MENDES, Francisco Schertel; DE CARVALHO, Vinicius Marques. **Compliance concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017. E-book. ISBN 9788595450073. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450073/cfi/108!4/4@0.00:53.2>. Acesso em: 14 jan. 2021.

PINTO, Nathália Regina. **A importância dos marcos regulatórios na prevenção à criminalidade econômica**. 2016. 190f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-24102016-095300/en.php>. Acesso em: 17 set. 2020.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Direito Penal Econômico**: Uma política criminal na era do Compliance. Coimbra: Almedina. 2019.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo. 2016. 325f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, Departamento de Direito de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito, São Paulo, 2016. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/en.php>. Acesso em: 17 set. 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622098. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622098/cfi/2481/4/4@0.00:0.00> Acesso em: 13. jan. 2021.

VERISSÍMO, Carla. **Compliance incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547224011. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547224011/cfi/891/4/4@0.00:17.6>. Acesso em: 13. jan. 2021.

ZANON, Patricie Barricelli. FANTN; Lucas Alfredo de Brito. 20 Anos de Compliance e Políticas Públicas de Combate e Prevenção à Corrupção à Lavagem de Dinheiro. In: BECHARA, Fábio Ramazzinni (Coordenador); FILHO, Marco Aurélio Pinto Florêncio (Coordenador). **Compliance e Direito Penal Econômico**. São Paulo: Almedina. 2019.

CORRUPÇÃO NO PODER EXECUTIVO DO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL: RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS FEDERAIS CIVIS

*CORRUPTION IN THE FEDERAL PUBLIC SERVICE EXECUTIVE BRANCH:
ADMINISTRATIVE ACCOUNTABILITY OF CIVIL FEDERAL PUBLIC AGENTS*

Flávio de Arruda Assumpção Silva 

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

flaviodearruda@gmail.com

Cecília Arlene Moraes 

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

cecilia@ufmt.br

Resumo

O combate à corrupção vem sendo intensificado para minimizar os efeitos danosos a sociedade de sua prática com a adoção de medidas de prevenção e combate pelo Estado. Este estudo objetiva o mapeamento dos casos de corrupção praticados por agentes públicos civis do Poder Executivo do Governo Federal no período de 2016 a 2018, oriundos de punições administrativas, demonstrando os vínculos dos agentes envolvidos com a administração pública, a definição dos órgãos e carreiras com maior incidência, a forma de acesso ao cargo além de informações que possam proporcionar tomadas de decisões mais eficazes para a contenção do crime. Pesquisa exploratória descritiva de abordagem quantitativa numérica em relatórios oficiais demonstraram que as punições administrativas representaram 0,135% do total de agentes públicos civis em exercício nacionalmente, o órgão e a carreira com maior ocorrência de crimes realizam rotineiramente trabalhos voltados ao atendimento ao público. Destacam-se os estados de Rio de Janeiro com 194 casos e Mato Grosso com 0,343%, detêm a maior incidência de casos em termos absolutos e proporcionais respectivamente.

Palavras-chave: Corrupção. Agentes públicos. Indicadores. Documentos oficiais.

Abstract

The fight against corruption has been intensified to minimize the harmful effects on society of its practice with the adoption of preventive and combat measures by the State. This study aims to map the cases of corruption practiced by civil public agents of the Federal Government's Executive Branch in the period from 2016 to 2018, arising from administrative punishments, demonstrating the links of the agents involved with the public administration, the definition of the bodies and careers with greater incidence, the form of access to the position in addition to information that can provide more effective decision-making for the containment of crime. Descriptive exploratory research with a quantitative numerical approach in official reports showed that administrative punishments represented 0.135% of the total number of civilian public servants in practice nationally, the body and career with the highest occurrence of crimes routinely carry out work aimed at serving the public. The states of Rio de Janeiro stand out with 194 cases and Mato Grosso with 0.343%, has the highest incidence of cases in absolute and proportional terms respectively.

Keywords: Corruption. Public agents. Indicators. Official documents.

1. Introdução

O combate à corrupção vem sendo intensificado para mitigar os efeitos danosos a sociedade com a adoção de medidas de prevenção, operações de fiscalização pelo Estado realizadas nos últimos anos demonstraram que os recursos desviados em atos corruptivos são vultuosos a ponto de comprometer diversos investimentos públicos, logo compromete a qualidade dos serviços públicos oferecidos ao povo brasileiro, bem como interfere na classificação de risco do Brasil diante do mercado internacional.

Os recursos financeiros desviados mundialmente demonstram o dano potencial que a corrupção vem causando em esfera global causando distorções de mercado, inibição de crescimento econômico e ainda afetando democracias e o Estado de Direito.

O controle da corrupção na esfera pública vem sendo ampliado e novos instrumentos de combate vem sendo idealizados e implementados, tais como a Lei nº 12.846/2013 do Poder Executivo Federal, conhecida como Lei Anticorrupção ou Lei de Integridade Empresarial (BRASIL, 2013). Está lei dispõe sobre o fortalecimento dos órgãos de controle e fiscalização, a aplicação de políticas de integridade (*Compliance*) na administração pública. Há ainda a elaboração de estudos das “Novas medidas contra a corrupção” que apresentou propostas de ajustes na legislação e ações a serem tomadas através de estudos baseados em boas práticas nacionais e internacionais para minimização do ato e punição aos envolvidos (MOHALLEM, 2018).

202

Este trabalho objetiva apresentar um mapeamento do agente público envolvido nos casos de corrupção, identificando-o de maneira mais detalhada a fim de se conhecer as características dos envolvidos, tais como órgãos de lotação, cargo exercido, tipo de vínculo, tempo de acesso ao serviço público, forma de acesso e outros.

2. A Corrupção

O significado etimológico do termo corrupção surgiu do latim “*corruptus*”, que significa o “ato de quebrar aos pedaços”, deteriorar, decompor.

Uma descrição mais ampla pode ser observada por Pazzaglini Filho, et. al. (1996, p. 39):

A corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano) revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo “tráfico de influência” nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em

detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Os atos corruptivos vão contra os 5 princípios da Administração Pública direta e indireta da União (Estados, Municípios e Distrito Federal), presentes no artigo 37 da Constituição Federal de 1988: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 1988) e ainda a Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964 que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal” (BRASIL, 1964), ao infringir diretamente nos recursos orçamentários necessários à administração da máquina pública e aos serviços entregues para os cidadãos.

A corrupção no serviço público pode ocorrer em todos os poderes do governo, tanto no Legislativo, Executivo e Judiciário, desde os serviços operacionais rotineiros até procedimentos mais complexos, como os processos licitatórios de aquisição de materiais ou serviços, obras ou ainda em atos judiciais e alterações de leis que privilegiem a certos grupos de interesse.

O Código Penal (Decreto-Lei Nº 2.848) em seu Art. 333, considera como Corrupção Ativa “o ato de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”. A Corrupção Passiva (Art. 317) considera “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” (BRASIL, 1940).

Nos dois casos, para se caracterizar o ato corrupto é necessário a participação de dois atores, o corruptor, que normalmente é um agente da sociedade, e o corrompido, exercido pelo agente público, sendo que a iniciativa da compensação ilícita definirá o tipo de natureza (ativa ou passiva).

Diversas foram as operações de controle e fiscalização nos últimos anos que resultaram na evidência de aproveitamentos pessoais e desvios públicos, destacando-se entre as principais a Operação Lava Jato (2009 - atual), Zelotes (2015), Fundos de Pensão (2015), Navalha na Carne (2007), Anões do Orçamento (década de 1980), dentre outras operações de controle e fiscalização (HERMES, 2016).

A Operação Lava Jato é considerada pelo Ministério Público Federal como a maior operação de controle e fiscalização contra a corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil em termos de quantidade de processos instaurados, prisões efetuadas, valores desviados, valores reavidos e condenações. Conta ainda, com a maior força tarefa já montada pela Polícia Federal (BRASIL, 2020).

A importância ao assunto e as decorrências da Operação Lava Jato vem resultando numa maior percepção por parte da sociedade em relação ao tema e conseqüentemente num maior engajamento político da população, onde a corrupção foi um dos temas mais relevantes na eleição presidencial brasileira de 2018. Dentre as causas, conforme Garcia (2013, p. 34), destaca-se a ética dos envolvidos:

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero "exemplar" do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum pelos cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

O fator personalístico vinculado à corrupção propõe que a função exercida pelo ente público tanto em cargos de gestão e de técnicos, dependem do agente atrelado a respectiva função, em relação a seu caráter, grau de vinculação a instituição pública, burocracia dos processos envolvidos e ainda na facilidade de acesso ao público quanto agente regulador.

Segundo o Índice de Percepção de Corrupção de 2019 (IPC) da Transparência Internacional, o Brasil ocupa atualmente a 106^a (centésima sexta) posição dentre 180 (cento e oitenta) países pesquisados, com uma pontuação de 35 pontos, que representa o nível percebido de corrupção no setor público numa escala de 0 a 100 onde quanto mais baixa a pontuação, o país é considerado mais corrupto e sendo a pontuação média de 43 pontos. A atual posição (106) é a pior nota desde o ano de 2012 sendo a ano de 2019 o quinto recuo seguido no quadro mundial (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, 2020).

204

Dentre os resultados obtidos pelo IPC (2020, p. 13), os principais motivos influenciadores da situação atual da corrupção brasileira são: uma série de retrocessos legais e institucionais anticorrupção, a dificuldade na implantação de reformas no sistema político e ainda atos judiciais que dificultaram o sistema de combate à lavagem de dinheiro no país.

3. Os agentes envolvidos

A Lei Nº 8.429 de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), em seu Art. 2, caracteriza o agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem

remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função” (BRASIL, 1992).

Consequentemente, todo cidadão que representa o Estado por meio de uma função pública através de nomeação, designação ou contratação, enquadram-se durante o exercício temporário de suas funções, na caracterização equivalente ao dos servidores efetivos, independentemente do vínculo definitivo ou temporário dos agentes públicos.

No caso dos servidores públicos a Constituição Federal de 1988, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por meio do seu art. 19, promoveu a incorporação dos servidores aos quadros fixos da administração pública, conforme normas definidas na época, e consequente estabilidade equiparando-os aos servidores legislados pela Constituição Federal de 1988 que distingue ainda a função pública a serem exercidas como cargos em comissão (art. 37, IX) e funções de confiança (art. 37, V).

A Portaria nº. 3.700 de 04 de abril de 2018 contribui ainda mais para as definições, pois tem como objetivo “uniformizar definições referentes à gestão de pessoas para fins de divulgação de dados gerenciais por parte dos órgãos do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC” e que serão utilizadas para a pesquisa deste trabalho (BRASIL, 2018).

205

4. O sistema brasileiro apurativo de corrupção

Para o combate à corrupção, a legislação brasileira adota um sistema de triplice responsabilidade onde o agente envolvido pode sofrer sanções nas esferas cíveis, administrativas e judiciais de forma cumulativa e independente.

Esse sistema é analisado por Alencar e Gico Júnior (2011, p. 82) da seguinte forma:

Sanções criminais, cíveis e administrativas por corrupção são completamente independentes umas das outras e são impostas por parcelas diversas da burocracia pública. Sanções penais são impostas por varas criminais, enquanto sanções cíveis são impostas por varas cíveis, e sanções administrativas, por comissões administrativas formadas por pares, não necessariamente com formação jurídica. Logo, a mesma conduta pode ser investigada, independente e simultaneamente, ou não, por três diferentes entes.

Observa-se que cada esfera (administrativa e de tribunais) possuem legislações próprias e tratam as provas levantadas de maneira diferente podendo haver divergências nas penalizações impostas

aos agentes corruptos e até mesmo nas sentenças aplicadas, onde uma instância pode considerar o agente culpado e outra absolvê-lo.

O estudo realizado por Alencar e Gico Jr. (2011) que teve como objetivo medir o desempenho sistema judicial de tríplex responsabilidade no combate à corrupção e abordou uma análise nos casos de agentes públicos federais demitidos entre os anos de 1999 e 2005.

Os resultados obtidos pelos autores demonstraram que 64,19% (sessenta e quatro vírgula dezenove por cento) dos agentes denunciados foram demitidos por casos de corrupção e a chance de um agente público ser condenado criminalmente é de 3,17% (três vírgula dezessete por cento). Diante desses resultados, é possível afirmar-se que a eficácia do sistema judicial no combate à corrupção no Brasil é desprezível, o que apenas torna o controle administrativo ainda mais relevante (ALENCAR, GICO JR, 2011, p. 90).

5. Conceituação e caracterização

5.1. Caracterização dos agentes públicos.

Para a caracterização dos Agentes Públicos para esta pesquisa, foram adotados os conceitos baseados na Portaria nº. 3.700 de 4 de abril de 2018, sendo eles: a) Agentes Públicos (Pessoas físicas que exercem ou atuam em nome do Poder Público, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, para atender a interesses do Poder Público); b) Aposentado no Serviço Público (Beneficiário de aposentadoria na forma do art. 40 da Constituição); c) Beneficiário de Pensão ou Pensionista (Dependente do servidor titular de cargo efetivo ou do aposentado que faleceu, dependente do militar e demais concessões); d) Cargo em Comissão (Cargo de livre nomeação e exoneração, destinado às atribuições de direção, chefia e assessoramento, que pode ser ocupado tanto por pessoa sem vínculo com a administração, quanto por servidor efetivo e/ou empregado público); e) Cargo Efetivo (Cargo cuja nomeação depende de aprovação em concurso público, conforme o art. 10 da Lei n. 8.112, de 1990, bem como os alcançados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); f) Empregado Público (Ocupante de emprego público e que tem sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT); g) Estagiário (Educando que frequente o ensino regular em instituições de educação que visa à preparação para o trabalho produtivo); h) Função de Confiança (Função destinada às atribuições de direção, chefia e assessoramento, exercida exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo); i) Pessoal Contratado por Tempo Determinado (Pessoas contratadas por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público); j) Servidor

Público (Pessoa legalmente investida em cargo público, de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.112, de 1990.); k) Servidores sem Vínculo Efetivo (Ocupantes de cargo em comissão que não possuem vínculo efetivo com a Administração Pública Federal), (BRASIL, 2018).

A Portaria nº 3.700 de 04 de abril de 2018 ainda caracteriza a Força de Trabalho como: “Quantidade de agentes públicos disponíveis aos órgãos ou entidades da Administração Pública, formada por servidores ativos ocupantes de cargos efetivos, cargos em comissão sem vínculo, empregados públicos e profissionais contratados por tempo determinado” (BRASIL, 2018).

A estrutura do Ministério do Planejamento leva em consideração em sua base de dados que a classificação de “Servidores” considerando os agentes públicos em exercício (cargos efetivos, cargos de comissão sem vínculo, funções gratificadas, empregados e contratados) e ainda aposentados e pensionistas. As duas estruturas não levam em consideração estagiários e funcionários terceirizados.

5.2. Caracterização da corrupção

207 A caracterização de corrupção adotada foi a utilizada pelo Ministério Público Federal (MPF) conforme enquadramento por suas tipologias e respectivas legislações, conforme Decreto-Lei nº. 2.848/40 – Código Penal (CP), Decreto-Lei nº. 201/67 e Lei nº. 8.429/92, sendo elas: a) Corrupção Ativa (CP, Art. 333); b) Corrupção Passiva (CP, Art. 317); c) Facilitação de contrabando ou descaminho (CP, Art. 318); d) Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (CP, Art. 315); e) Peculato (CP, Art. 312); f) Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (CP, Art. 313-B); g) Corrupção ativa em transação comercial internacional (CP, Art. 337-B); h) Tráfico de influência (CP, Art. 332); i) Advocacia administrativa (CP, Art. 321); j) Crimes da lei de licitações (CP, Art. 89); k) Corrupção eleitoral (CP, Art. 299); l) Concussão (CP, Art. 316); m) Condescendência criminosa (CP, Art. 320); n) Inserção de dados falsos em sistema de informações (CP, Art. 313-A); o) Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores (Decreto-Lei nº. 201/67, Art. 1); p) Improbidade administrativa (Lei nº. 8.429/92, seções I a III); q) Prevaricação (CP, Art. 319), (BRASIL, 1940, 1967 e 1992).

Essa caracterização foi adotada na metodologia de classificação dos casos de corrupção obtidos do Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF) da Controladoria-Geral da União (CGU);

6. Procedimentos metodológicos

A pesquisa teve uma abordagem tipo exploratória documental e com uma abordagem quantitativa descritiva com dados numéricos, com base de fontes em dados secundários oficiais disponibilizadas em portais do Governo Federal que abordam dados sobre expulsões de agentes públicos federais civis do Poder Executivo.

O período estudado compreendeu as expulsões no período de 2016 a 2018, referentes aos eventos de corrupção praticados por agentes públicos federais civis do Poder Executivo e que ocasionaram em expulsões (demissões, cassações de aposentadorias e destituições de cargos/funções). As fontes de pesquisas utilizadas foram: a) Cadastro de Servidores e Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF) e Cadastro de Aposentados do Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União (CGU); b) Painel Estatístico de Pessoal (PEP), Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais (BEP) e Tabela de Remuneração dos Servidores Públicos Federais Civis e dos Ex-Territórios do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP); c) Portal de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal (MPF); d) Portal Brasileiro de Dados Abertos – Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA); e) População residente, por situação, sexo e grupos de idade - Tabela 261– SIDRA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

208

As informações analisadas fazem parte de informações públicas disponíveis nos canais do Governo Federal, conforme ações de promoção da transparência pública e de políticas de acesso de informações ao cidadão, regulamentada pela Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011 que dispõe sobre os procedimentos para garantir o acesso a informações (BRASIL, 2011).

A análise e correlação de dados adotado obedeceu ao seguinte procedimento: a) Análise de dados da planilha de Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF); b) Filtragem de dados para o período compreendido; c) Classificação dos atos de corrupção através da Fundamentação Legal; d) Classificação de dados por tipo de punições sofridas; e) Levantamento de dados gerais de servidores e da população; f) Correlação dos dados obtidos com outras bases oficiais; g) Elaboração de planilhas de dados obtidos, gráficos, tabelas e diagramas.

7. Análise dos dados coletados

7.1 Resultados obtidos

Dos resultados analisados e obtidos, considerando o período da pesquisa de 2016 a 2018, destacaram-se:

- A quantidade de casos de corrupção por data de publicação das punições teve em 2016 o total de 32,84% de casos, em 2017, 30,73% de casos e em 2018, 36,43% de casos do universo pesquisado;

- A demissão de servidores efetivos representou 74,89% dos casos de corrupção, a cassação de aposentadorias teve 15,92% dos casos e a destituição de Cargo Comissionado ou Função Gratificada teve um total de 9,20%;

- A fração de agentes públicos efetivos no serviço federal (contabilizados a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 – ADCT – Art. 19) foi de 70,60%. Um total de 29,40% dos casos teve acesso anterior a CF/88. Os dados pesquisados não puderam apresentar com a exatidão necessária a forma de acesso dos agentes públicos anteriores ao ano de 1988 que poderia reproduzir dados estatísticos quanto à forma de ingresso aos cargos.

- Dos estados com maior quantidade de casos de corrupção em termos absolutos, destacaram-se Rio de Janeiro com 17,85% dos casos, seguido de São Paulo com 14,72%, Distrito Federal com 11,78% e Minas Gerais com 5,06%. O estado do Acre com 0,46% obteve a de menor ocorrência de casos absolutos;

209

- Considerando a quantidade de casos por Estado versus a quantidade de agentes públicos civis ativos por Estado, Mato Grosso teve a taxa mais alta de incidência (0,343), seguido por Amazonas (0,333) e Maranhão com 0,276;

- Os órgãos federais de maior incidência de casos foram: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com 298 casos de punições, representando um total de 27,41%, seguido da Polícia Federal do Brasil (DPF) com 94 ocorrências (8,65%), Polícia Rodoviária Federal (DPRF) com 94 casos (8,65%), Receita Federal do Brasil (SRF) com 90 casos (8,28%) e Universidades Federais com 78 casos correspondentes a 7,18% do total. Os demais órgãos somaram 39,83% dos casos punidos;

- As carreiras com maior quantidade de casos de corrupção foram: Técnico do Seguro Social com 164 casos (15,09%), Policial Rodoviário Federal com 93 casos (8,56%), Agente Administrativo com 87 casos (8,00%), Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil com 82 casos (7,54%), Agente da Polícia Federal com 60 casos (5,52%), Professores de ensino básico, técnico e tecnológico de instituições federais com 37 casos (3,40%), Professores do Magistério Superior com 30 casos (2,76%), Agente de Serviços Diversos com 28 casos (2,58%) e Médico Perito Previdenciário com 28 casos (2,58%) dos casos. As demais carreiras somaram 478 casos, representando um total de 43,97%;

- A quantidade média nacional de agente públicos no período analisados foi de 604.427 agentes. O total de casos de corrupção no mesmo período foi de 814 casos com punições, o que correspondeu a um total de 0,135% do universo total de servidores.

7.2 Dificuldades enfrentadas

Durante a realização da pesquisa, foram observadas situações nas documentações e dados oficiais que podem ocultar ou mascarar parcialmente os resultados obtidos, tais como:

- Do Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF), pode-se observar que a fundamentação legal utilizada para comprovar os casos previstos com sanções administrativas de punições de agentes públicos civis do Poder Executivo em alguns casos tende a ser generalista dificultando a categorização do ato ilegal praticado;
- No Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF) existem casos de expulsões catalogadas que não apresentam a Fundamentação Legal utilizada no desligamento do agente público;
- Foi possível observar que os casos de punições onde classificam-se agentes políticos ocupantes de cargos em comissão e de funções gratificadas do Cadastro de Expulsões e do cadastro de agentes públicos da CGU não são equivalentes, demonstrando uma disparidade nos quantitativos;
- Dos dados disponibilizados pelos dispositivos de informação do Governo Federal, não foi possível identificar o sexo e a idade dos agentes públicos a fim de se elaborar e quantificar um indicador nesses universos;
- A base de dados do Portal da Transparência não disponibiliza dados de agentes públicos da Polícia Federal (DPF), porém os dados de punições desse órgão/carreira são disponibilizados pelo CEAF;
- Os dados do Painel Estatístico de Pessoal do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP) não contempla os servidores do Banco Central e das carreiras de Inteligência da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN).

210

8. Considerações finais

A execução dessa pesquisa possibilitou a elaboração de dados estatísticos sobre a corrupção no Serviço Público Federal, no Poder Executivo, dentre o universo de agentes públicos civis. Esses

dados traduzem o momento vivido pela sociedade brasileira a respeito da percepção em relação ao assunto e da importância que tem havido em relação aos gastos públicos e a conduta dos agentes políticos que devem representar os seus anseios.

Dos dados obtidos foi possível identificar uma polivalência nos cargos com as maiores quantidades de casos de expulsões por corrupção onde constaram carreiras de atendimento direto ao público (Técnico do Seguro Social (1ª colocação) e Agente Administrativo (3ª)), carreiras policiais (Policial Rodoviário Federal (2ª) e Agente da Polícia Federal (5ª)), carreiras tributárias (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (4ª) e Analista Tributário da Receita Federal do Brasil (11ª)), carreiras de ensino (Professor de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (6ª) e Professor do Magistério Superior (7ª)), carreiras de serviços generalistas (Agente de Serviços Diversos (8ª) e Datilógrafo (10ª)) e ainda carreiras médicas: Médico Perito Previdenciário (9ª.) e Médico (12ª.). Essa diversidade de carreiras demonstra que não existem nichos específicos de ocorrência dentro do Poder Executivo ou grau de escolaridade predominantemente com maior incidência.

Os salários das carreiras de maior evidência auxiliam no entendimento da disseminação do ato nos mais diversos graus do Poder Executivo, onde os cargos com maior incidência de corrupção possuem médias salariais que variam de R\$ 7.151,37 (Técnico do Seguro Social – 1ª colocação) a R\$ 22.444,33 (Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil – SRF – 4ª colocação).

211

Das problemáticas ocorridas durante o processo de levantamento de dados oficiais e elaboração da pesquisa, é possível a recomendação de medidas facilitadoras futuras tais como:

- A adoção de fundamentações legais menos generalistas durante o procedimento de análise administrativa da conduta dos agentes públicos que infringem a lei e que sofrem punições a fim de se aperfeiçoar o diagnóstico e classificação;
- A padronização na apresentação de informações relacionadas a ocupação de agentes públicos em cargos comissionados e funções gratificadas e de forma tempestiva, uma vez que as mudanças nessas ocupações tendem a ter grande rotatividade;
- A apresentação de uma maior gama de informações no Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF) a fim de se aprimorar os indicadores possíveis, tais como sexo e idade dos agentes.

Os dados mapeados referentes a atuação dos agentes públicos em casos de corrupção poderão subsidiar a elaboração de novas políticas públicas ao identificar as situações problemáticas e propor abordagens mais eficientes de prevenção e enfrentamento uma vez que a modalidade desse crime dificulta a geração de provas e dados estatísticos.

ALENCAR, C.H.R.; GICO JR., I. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. Revista Direito GV. São Paulo: v. 7, n. 1, p. 75-98, jan./jun. 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília: 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm. Acesso em: 06 mar. 2020.

BRASIL. Portaria nº 3.700, de 4 de abril de 2018. Uniformiza definições referentes à gestão de pessoas para fins de divulgação de dados gerenciais por parte dos órgãos do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC. Brasília: 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/9580046/do1-2018-04-09-portaria-n-3-700-de-4-de-abril-de-2018-9580042. Acesso em: 25 out. 2019.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Cadastro de Expulsões da Administração Federal (CEAF). Brasil: s.d. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/download-de-dados/ceaf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

GARCIA, E. Improbidade Administrativa / Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves. 7 ed. ver. e amp. e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

GOVERNO FEDERAL. Aposentados do Poder Executivo Federal. Brasil: s.d. Disponível em: <https://www.servidor.gov.br/gestao-de-pessoas/dados-abertos>. Acesso em: 18 jan. 2020.

HERMES, F. Os 10 maiores casos de corrupção da história do Brasil. Spotniks. S.l: 27 jun. 2016. Disponível em: <https://spotniks.com/os-10-maiores-casos-de-corrupcao-da-historia-do-brasil/>. Acesso em: 26 jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. População residente, por situação, sexo e grupos de idade (Tabela 261). Brasil: s.d. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/Tabela/261>. Acesso em: 16 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA e MINISTÉRIO DE PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais (BEP). Brasil: s.d. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA e MINISTÉRIO DE PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Painel Estatístico de Pessoal (PEP). Brasil: s.d. Disponível em: <http://painel.pep.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painelpep.qvw&lang=en-US&host=Local&anonymous=true>. Acesso em: 05 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA e MINISTÉRIO DE PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Tabela de Remuneração dos Servidores Públicos Federais Cíveis e dos Ex-Territórios. Brasil: s.d. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/tabela-de-remuneracao-1>. Acesso em: 22 jan. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – Operação Lava Jato. Brasil: s.d. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 10 nov. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – Tipos de Corrupção. Brasil: s.d. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/tipos-de-corrupcao>. Acesso em: 08 dez. 2019.

MOHALLEM, M. F. Novas medidas contra a corrupção. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <http://unidoscontraacorrupcao.org.br/>. Acesso em: 16

dez. 2019.

PAZZAGLINI FILHO, M. et al. *Improbidade Administrativa: Aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

PORTAL BRASILEIRO DE DADOS ABERTOS. *Gestão de Pessoas (Executivo Federal) – Carreiras / Cargos*. Brasil: s.d. Disponível em: <http://www.dados.gov.br/dataset/carreiras-do-poder-executivo-federal>. Acesso em: 18 jan. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de Percepção de Corrupção 2019*. Berlin, Germany: 2020. Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/asset/67:indice-de-percepcao-da-corrupcao-2019?stream=1>. Acesso em: 10 fev. 2020.

A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO
APROPRIADA DOS PADRÕES DE ESG NO
TERRITÓRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE
COMPARATIVA COM A
REGULAMENTAÇÃO EUROPEIA

*THE NEED OF AN APPROPRIATE REGULATION FOR
ESG STANDARDS IN BRAZIL: A COMPARATIVE
ANALYSIS WITH THE EUROPEAN REGULATION*

Ana Paula Roberti Cristofolini

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

acristofolini@freitasleite.com.br

Carolina Lanzini Scatolin

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

carol.scatolin@gmail.com

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a regulamentação europeia e brasileira acerca dos padrões de ESG, de modo a averiguar se seria recomendável - e até mesmo benéfico para as empresas brasileiras, que poderiam se aproveitar o fluxo de investimentos nacional e estrangeiro para os ativos que adotam boas práticas de ESG - o aperfeiçoamento normativo brasileiro, não tão detalhado e esparso, para que esteja alinhado com a prática global, especialmente europeia. Para isso, foi realizada pesquisa legislativa e regulatória, bem como de produção acadêmica especializada sobre o assunto. Foi necessário, para compreender o fenômeno da valorização do ESG como um todo, a utilização de análise da evolução histórica e das boas práticas do mercado financeiro.

Palavras-chave: ESG; regulamentação; governança; investimento.

Abstract

This article aims to analyse the European and Brazilian regulation about ESG standards, in order to verify if it would be recommendable - or even beneficial to the Brazilian corporatives, that could take advantage of the flow of Brazilian and foreign investments that have been directed at players who adopt ESG practices - to perfect the Brazilian normative, currently sparse and rather incomplete, so it could be aligned with the international practice, specially European. For this, legislative and regulatory research was carried out, as well as specialized production on the subject. In order to understand the phenomenon of the appreciation of the ESG as a whole, it was necessary to use analysis of historical evolution and good practices in the financial market.

Keywords: ESG; regulation; governance; investment.

1. Introdução

Considerando o avanço dos debates sobre a valorização do ESG – sigla inglesa para “*Environmental, Social and Governance*” –, tanto no Brasil quanto internacionalmente, essa pesquisa visa averiguar eventual necessidade, bem como possíveis benefícios decorrentes de uma adequada regulamentação dos padrões de *ESG* em território brasileiro, tendo como ponto inicial a análise da normatização consolidada da Europa. Por fim, buscar-se-á identificar os impactos do distanciamento entre as legislações brasileira e europeia no mercado de capitais brasileiro, bem como no fluxo de investidores brasileiros e estrangeiros.

Inicialmente, deve-se esclarecer o significado da sigla *ESG*. Os termos que a compõe traduzem para o português como “Ambiental, Social e Governança”. Assim, em breve resumo, *Environmental* está ligado ao impacto ambiental e as providências para diminuí-lo ou neutralizá-lo; *Social* é decorrente do comprometimento com o bem-estar de todos os colaboradores da empresa, além da responsabilidade para com o consumidor e sociedade; e *Governance* engloba os processos internos de governabilidade objetivando dar transparência e segurança aos investidores. Quando se trata do mundo do mercado de capitais, o investimento *ESG* é aquele que agrega as questões ambientais, sociais e de governança como parâmetros na análise de uma empresa de forma abrangente.

217

Através da análise do comportamento dos investidores nos últimos anos, verifica-se uma tendência de prioridade de capitalização de empresas que adotam as práticas de *ESG*, tendo tal movimento, inclusive, auxiliado na valorização desses ativos. O impacto é tanto que os padrões de *ESG* passaram a ser considerados como critérios para o *valuation*²⁷⁴ das empresas listadas em bolsa.

No Brasil, a adoção de práticas de *ESG* segue em estágio inicial, especialmente por força da ausência de normativa única acerca das diretrizes adequadas de tais práticas, o que acaba por colocar as empresas listadas na bolsa brasileira em descompasso com a prática internacional, especialmente europeia.

Sendo assim, busca-se averiguar se a aproximação do ordenamento brasileiro às normativas consolidadas na Europa seria adequada e benéfica ao mercado de capitais brasileiro, que poderia aproveitar o fluxo de investimentos que vem se direcionando aos *players* do mercado que adotam as boas práticas socioambientais e de governança corporativa.

²⁷⁴ *Valuation* pode ser entendido como o resultado de processo de auditoria realizado para a avaliação do negócio, através do levantamento da situação econômico-financeira, jurídica, contábil e fiscal da companhia, de modo a revelar a totalidade dos ativos e passivos (REBELO, 2013, p. 1.532-1.602).

Para apresentar adequadamente essas premissas, o trabalho se divide em três capítulos. O primeiro apresentará o modelo regulatório adotado na União Europeia (UE), referência em boas práticas de *ESG*, e, em seguida, o atual formato normativo no Brasil. O capítulo inicial servirá de base para o seguinte, no qual será abordado a influência do *ESG* no fluxo de investimentos no âmbito brasileiro e internacional, demonstrando porque a adequação dos padrões de *ESG* brasileiros ao padrão europeu é medida necessária e benéfica para as empresas listadas na Bolsa de Valores Brasileira²⁷⁵.

O método adotado para pesquisa foi dedutivo, com auxílio dos métodos históricos e comparativos. Foi utilizada pesquisa legislativa e regulatória, bem como de produção acadêmica especializada sobre o assunto. Foi necessária, para compreender o fenômeno do *ESG* como um todo, a análise da evolução histórica e das boas práticas do mercado financeiro, o que se deu, majoritariamente, através de *reports* produzidos por órgãos internacionais e empresas de auditoria.

2. O ESG

Conforme destacado, *ESG* advém de “Ambiental, Social e Governança”. Tal conceito, no ambiente econômico, adquire importância adicional, sendo utilizado para verificar a adequação da empresa aos padrões considerados desejáveis para as questões ambientais, sociais e de governança, representando critério de *valuation* das empresas de capital aberto.

218

Em artigo recente, Marcella Ungaretti, destrincha os principais pontos de cada uma das letras que compõem a sigla *ESG*, de modo a esclarecer o que é mais comumente analisado ao falarmos desses fatores - sem que se pretenda, importante ressaltar, exaurir o assunto²⁷⁶.

São eles, dentre outros, fatores ambientais: uso de recursos naturais, emissões de gases de efeito estufa, eficiência energética, poluição, gestão de resíduos e efluentes; fatores sociais: políticas e relações de trabalho, inclusão e diversidade, engajamento dos funcionários, direitos humanos, relações com comunidades, privacidade e proteção de dado; e fatores de governança: independência do conselho, política de remuneração da alta administração, estrutura dos comitês de auditoria e fiscal.

A autora prossegue, pontuando que as empresas que decidem por adequar seus padrões de sustentabilidade, preocupação social e governança corporativa adquirem, com o tempo, vantagem

²⁷⁵ Conforme elucida André Cruz, a Bolsa de Valores Brasileira (B3 - Bolsa, Brasil, Balcão) não é um órgão integrante do aparato estatal, mas associação privada formada por sociedades corretoras que atuam com a autorização da CVM (CRUZ, 2019, p. 389). Os papéis presentes na Bolsa são negociados livremente e de maneira pública, obedecendo às regras do mercado mobiliário.

²⁷⁶ UNGARETTI, 2020, p.4.

competitiva perante seus pares devido a adoção cada vez mais expressiva do *ESG* como critério de *valuation*.

Ainda que tal discussão tenha adquirido expressiva relevância apenas recentemente no Brasil, a importância da adoção de padrões adequados para empresas vem sendo, há anos, objeto de atenção na União Europeia - exemplo mundial das boas práticas, conforme se verá a seguir.

2.1. Legislação europeia

Em 2018, a Comissão Europeia apresentou proposta de regulamentação - COM/2018/353 - para o enquadramento do investimento sustentável, estabelecendo critérios uniformes para determinar se uma atividade econômica pode ser sustentável. A proposta foi aprovada e tornou-se o Regulamento 2020/852, o qual, juntamente com a proposta, serão analisados a seguir.

Importante destacar que estas não foram as primeiras normativas que a União Europeia expressou sua preocupação com o desenvolvimento sustentável. Nos anos 90, foram editadas a Diretiva 91/676 do Conselho de 1991, relativa à proteção das águas contra poluição por nitratos de origem agrícola, e a Diretiva 92/43 do Conselho de 1992, relativa à preservação dos *habitats* naturais, fauna e flora selvagens europeias.

219

Nos anos 2000, a UE manteve a conduta de preservação e atenuação dos danos ao meio ambiente mediante a Diretiva 2009/147/CE, objetivando a conservação das aves selvagens, dos Regulamentos nº 995/2010, fixando as obrigações dos operadores que inserem madeira no mercado e dos produtos de madeira, e nº 1143/2014, acerca da prevenção e propagação de espécies exóticas invasoras.

Além disso, em 2019, o Regulamento 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho - relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros - conceituou investimento sustentável como:

Um investimento numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza ambiental [...] ou um investimento numa atividade económica que contribui para um objetivo de natureza social, em particular um investimento que contribui para combater as desigualdades ou que promove a coesão social, a integração social e as relações laborais, ou um investimento em capital humano ou em comunidades económica ou socialmente desfavorecidas, desde que tais investimentos não prejudiquem significativamente nenhum desses objetivos e desde que as empresas beneficiárias do investimento empreguem práticas de boa governação, em particular no que diz respeito a estruturas de

gestão, relações laborais e práticas de remuneração do pessoal sãs e ao cumprimento das obrigações fiscais²⁷⁷.

Diante deste conceito, a proposta apresentada pela Comissão Europeia, em 2018, objetivando a unificação das regras esparsas e concessão de maior importância ao tema da preservação ambiental, foi justificada com base no Acordo de Paris, na Agenda 2030 e nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Organização das Nações Unidas (ONU). Segundo a justificativa, a regulamentação tem como finalidade normalizar o conceito de investimento sustentável na UE. Além disso, a proposta estabeleceu uma base para que a UE coloque o *ESG* no centro no sistema financeiro, para transformar a economia europeia num sistema ecológico e circular²⁷⁸.

Nos dois primeiros artigos do Regulamento 2020/852 definiu-se objetivo, âmbito de aplicação e definição dos conceitos utilizados. Já na proposta apresentada, identificava-se o objetivo do estabelecimento de base para a demonstração da sustentabilidade ambiental das atividades econômicas como um todo, não apenas de empresas ou ativos. Com isso, a expectativa da própria proposta é possibilitar a determinação do grau de sustentabilidade para investimentos.

No artigo 3º, verifica-se o avanço da normatização para estabelecer critérios para determinar a sustentabilidade da atividade econômica e o grau de sustentabilidade ambiental de um investimento. Nos artigos subsequentes, elucida-se a obrigação de transparência, tanto do produto financeiro quanto das empresas, na divulgação e demonstrações financeiras. Assim, logo no início, evidencia-se a importância da governança para que os ativos se enquadrem nos padrões de *ESG*.

220

O artigo 9º do Regulamento é bem específico ao expor os objetivos ambientais, como mitigação das alterações climáticas; adaptação às alterações climáticas; transição para uma economia circular; prevenção e o controle da poluição; entre outros²⁷⁹.

Do Artigo 10 ao Artigo 16 estão as definições dos critérios para a realização de um contributo substancial para cada objetivo ambiental, que servirão para a elaboração progressiva da classificação da UE. Eles se coadunam com os objetivos elencados no artigo 9 e na ordem em que lá são apresentados. Ainda, é somado a eles a não condução à uma dependência de ativos que comprometam as metas ambientais de longo prazo.

²⁷⁷ Regulamento 2019/2088 do Parlamento e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, p. 8.

²⁷⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, 24 de maio de 2018, p. 2.

²⁷⁹ Regulamento 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2020, p. 17.

Com essas previsões, a normativa dá às atividades econômicas critérios progressivos de adaptação aos padrões considerados adequados às práticas de *ESG*, conferindo, concomitantemente, tempo suficiente para a realização da adaptação e progressão na sustentabilidade das atividades internas.

Seguindo a linha ambiental, a proposta define, em seu artigo 19, os critérios técnicos de avaliação da sustentabilidade. De acordo com a normativa, tais critérios devem considerar os requisitos constantes na legislação Europeia, além de serem de fácil aplicação e verificação e possuírem clareza jurídica para que não causem confusões ou distorções.

A normativa possui, ainda, cláusula de revisão, na qual a Comissão Europeia está obrigada a publicar relatório de avaliação sobre a aplicação dessa legislação e sobre eventual necessidade de modificação a cada três anos. Essa cláusula objetiva manter a legislação atualizada e adequada à realidade que os ativos econômicos se encontram. Tal medida é de sensível importância, considerando a evolução acelerada e exponencial da economia como um todo e, em contrapartida, o procedimento burocrático que, normalmente, envolve mudanças normativas.

221 Até esse ponto, pode parecer que o Regulamento concentrou suas forças em critérios unicamente ambientais, a despeito das demais categorias do *ESG*. Mas a análise cautelosa da legislação, em especial dos Considerandos, permite identificar rica discussão sobre questões sociais e de governança que a norteiam como um todo. Menciona-se, por exemplo, a importância da transparência a respeito dos ativos sustentáveis.

O Considerando 18 expõe que como forma de evitar prejuízo aos interesses dos investidores, os gestores de fundos e os investidores institucionais devem divulgar como e em que medida usam os critérios estabelecidos no Regulamento para determinar a sustentabilidade de seus investimentos²⁸⁰.

Ademais, a regulamentação sustenta a necessidade da atividade econômica, para cumprir os requisitos estipulados, possuir uma organização interna, desde o planejamento até o efetivo cumprimento, de medidas sustentáveis, deixando evidente a presença da governança como requisito dessas atividades. Em verdade, a Regulamentação apresenta o *ESG* como sendo um critério de consideração que permeia todas as camadas da empresa, fazendo parte dela como um todo.

Além disso, os participantes de todas as atividades econômicas - investidores, gestores ou consumidores - devem estar engajados com os propósitos de sustentabilidade do *ESG* para que

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 4.

os seus objetivos sejam alcançados. Exemplo tangível dessa visão é o Considerando 44 do Regulamento, estabelecendo a obrigação da Comissão de considerar, quando atualizar os critérios técnicos, as especificidades do setor e das infraestruturas, além das externalidades ambientais, sociais e econômicas, o custo-benefício²⁸¹.

Assim, desde a proposta, frisou-se a importância da parte social das atividades econômicas, a ponto de ser analisado o custo-benefício do estabelecimento dos critérios já mencionados sobre a atividade sustentável. O papel social, que normalmente ocupa posição de ínfima importância na atividade econômica, é trazido ao centro da discussão, servindo, juntamente com o aspecto ambiental e de governança, como contrapeso ao desenvolvimento econômico desenfreado.

Além do seu papel humanitário, o Regulamento possui clara aplicação prática, uma vez que fica evidente que a União Europeia busca evitar a fragmentação ou o enfraquecimento do seu mercado de capitais por conta da divergência sobre conceitos de atividades econômicas sustentáveis. Ainda, a UE previa que, com uma regulamentação consolidada, os investidores iriam investir em produtos financeiros verdes com mais confiança, incentivando o seu crescimento contínuo - fato que restou confirmado, conforme se verá no capítulo a seguir.

Por fim, a análise da legislação europeia, bem como dos pontos que incentivaram a sua promulgação, permite identificar a necessidade e os benefícios de uma regulamentação unificada, tanto para ao investidor - ao ter mais segurança nos seus investimentos - quanto para a própria empresa que sucede em seguir adequadamente os critérios de *ESG* - ao valorizar o *valuation* das suas atividades econômicas.

222

2.2. Legislação brasileira

O Brasil, ainda que, assim como a União Europeia, signatário do Acordo de Paris (compromisso global de reduzir a temperatura do planeta), não possui regulamentação consolidada sobre critérios *ESG* para investimentos sustentáveis.

Isso não significa ausência de normativa sobre os três pontos que envolvem o *ESG*, mas sim que a legislação ou regulamentação disponível não é voltada e não exaure os pontos do Regulamento nº 2020/852, o que pode refletir negativamente no país enquanto alvo de investimentos.

Quanto à sustentabilidade ou proteção ao meio ambiente, o Brasil possui tanto legislação Federal quanto Estadual abrangentes e, até certo ponto, rigorosas e, ainda, é signatário do Acordo de

²⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

Paris, com meta de zerar o desmatamento ilegal até 2030. Todavia, o cumprimento das normas vigentes carece de efetividade.

A exemplo disso: o aumento do desmatamento no ano de 2020 que, conforme Herton Escobar em reportagem no *Jornal da USP*, “contraria uma série de compromissos legais, políticos e diplomáticos assumidos pelo Brasil nos últimos anos - incluindo, ainda, o Decreto 9.578/2018, referente à Política Nacional sobre Mudança do Clima”²⁸².

Não suficiente, a ideia de desenvolvimento econômico sustentável está expressa na Constituição Federal de 1988, determinando a obrigatoriedade da ordem econômica observar o princípio da defesa do meio ambiente (art. 170, VI). De acordo com Romeu Thomé, a inclusão do princípio é “clara indicação constitucional da necessidade de harmonização entre a atividade econômica e a preservação ambiental”²⁸³.

Além do art. 170, a Constituição Federal, no art. 225, estabelece o direito dos cidadãos brasileiros 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”.

223

Ainda, quanto ao requisito da sustentabilidade das empresas, é preciso ter ciência que este se refere a forma com que a empresa lida com o meio ambiente, o impacto que esta tem sobre ele e o que faz para reduzir ou compensar danos. Ademais, conforme ensina Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira, a proteção ambiental deve ter caráter preventivo, porque os danos ambientais, uma vez efetivados, são praticamente irreversíveis²⁸⁴.

A Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/73), segue a mesma linha, mencionando, nos arts. 116 e 154, a questão do interesse social e a necessidade de que sejam consideradas as exigências do bem público e da função social da empresa. A lei ainda menciona a necessidade de respeitar os “direitos e interesses dos trabalhadores e da comunidade onde atua”, ao recordar a responsabilidade social da empresa (art. 116, p.u.).

Embora seja possível defender que há previsão legislativa nos diplomas legais brasileiros (tanto no Código Civil quanto na Lei das S.A.s) acerca da função social dos contratos da atividade empresarial, fato é que parcela da doutrina e jurisprudência brasileira caminha no sentido de que a função social se restringe ao aspecto econômico. Como exemplo, Paula Forgioni, defende que,

²⁸² Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/desmatamento-da-amazonia-dispara-de-novo-em-2020/>> Acesso em 17 jan. 2021.

²⁸³ THOMÉ, 2015, p. 62.

²⁸⁴ OLIVEIRA, 2017, p. 89.

ao promover o desenvolvimento econômico do país, os contratos empresariais já preenchem sua função social²⁸⁵.

O aspecto social enquanto critério de *valuation* pertencente ao *ESG* vai além da função social, implica a participação ativa da empresa no desenvolvimento social do país através de mecanismos de inclusão e combate às discriminações.

Por fim, a governança corporativa, ainda que por último, está longe de ser fator menos preponderante no *ESG*. De fato, a análise histórica demonstra que a governança tende a ser o primeiro dos fatores a ser desenvolvido pelas companhias abertas, muito em razão do ganho financeiro que pode surgir da prática de mecanismos administrativos mais eficientes e justos. Não surpreendentemente, no Brasil, os critérios de governança corporativa possuem regulamentação mais apurada dos componentes do *ESG*.

Conforme definição da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), governança corporativa é “o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia e favorecer a sua longevidade ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores”²⁸⁶. A CVM vai além, reconhecendo que, no momento de tomada de decisão de um investidor, práticas de governança corporativa são critério diferenciador, vez que repercutem na gestão da empresa e, até mesmo, na redução de custos de capital²⁸⁷.

224

O movimento pelas melhores práticas de Governança Corporativa iniciou na década de 90, alcançando significativa importância com o lançamento do Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em 1999²⁸⁸. Todavia, apenas com a criação pelo Bovespa (atualmente B3) dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa (Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado) que as práticas se difundiram efetivamente nas companhias abertas²⁸⁹.

De lá para cá, viu-se constante evolução, que segue a linha das práticas europeias e levou à criação de diversos códigos que estabeleceram as melhores práticas de governança e *compliance*²⁹⁰ às empresas brasileiras - sejam elas listadas em bolsa, ou não.

²⁸⁵ FORGIONI, 2020.

²⁸⁶ CVM, 2014, p. 142.

²⁸⁷ *Ibid*, p. 143.

²⁸⁸ SILVA, 2016, p. 70.

²⁸⁹ OLIVÉRIO, 2016, p. 71.

²⁹⁰ Marco Larrate define *compliance* como sendo o que determina que “os agentes de governança devem zelar pela sustentabilidade das organizações, visando à sua longevidade, incorporando considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações” (LARRATE, 2013, p. 34)

Em 2016, diversas agências regulatórias brasileiras formaram o Grupo de Trabalho Interagentes (GT Interagentes) para lançar o Código Brasileiro de Governança Corporativa: Companhias Abertas, buscando padronizar o comportamento das empresas brasileiras no que tange à governança corporativa.

Otavio Yazbek pontua que o surgimento de códigos sobre governança corporativa está relacionado à crescente participação dos investidores institucionais no mercado de capitais. Conforme pontua o autor, esses investidores causam “aumento da demanda por melhores práticas na organização das companhias e mesmo no desenvolvimento de suas atividades - demandas que transcendem em muito a criação de salvaguardas formais”²⁹¹.

Além disso, o Brasil possui resoluções emitidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pela CVM que indicam uma evolução regulatória quanto aos padrões *ESG*. Destaca-se a Resolução nº 4.327 do CMN que determina a necessidade das instituições financeiras de adotarem política de responsabilidade socioambiental. Ainda, o Capítulo III trata exclusivamente de padrões de Governança para o cumprimento das diretrizes e objetivos da política de responsabilidade socioambiental.

225

Por fim, mesmo que exista regulamentação acerca do tema no Brasil, essa ainda é bastante esparsa e carece de complementação - como, por exemplo, na especificação sobre os impactos sociais e econômicos, como o que tem sido feito com governança - causando prejuízos para a economia brasileira, uma vez que afasta os investidores estrangeiros pela falta de segurança jurídica que a ausência de regulamentação específica acarreta.

3. O MOVIMENTO DO MERCADO

Conforme pontuado anteriormente, a atenção global ao investimento sustentável não é recente. Entretanto, o desenvolvimento econômico acelerado mundial e as consequências nocivas que tal crescimento representou ao meio ambiente e a determinadas esferas sociais, levou ao aumento gradativo da preocupação dos investidores, influenciados pela preocupação da população em geral, com as boas práticas de *ESG*.

No próprio Regulamento 2020/852 europeu, restou consignado a necessidade de padrões regulatórios de *ESG*, pois a inexistência de critérios uniformes para aferir a sustentabilidade do

²⁹¹ YAZBEK, 2014, p. 123.

ativo econômico aumentará os custos e, conseqüentemente, desincentivará significativamente os operadores econômicos.

Em *report* divulgado em 2018, a Global Sustainable Investment Alliance (GSIA) revelou o montante de US\$ 30.700.000.000,00 em ativos de investimento sustentável, um aumento de 34% em relação a 2016²⁹². O relatório destaca a Europa como região onde o investimento sustentável tem adoção mais longa e melhor aceita entre os investidores, já estando o mercado em fase de maturação e consolidação²⁹³.

O relatório inclui, ainda, o Brasil entre os cinco principais países da América Latina em que há atuação dos PRI e destaca a atuação do CMN, pela inclusão de critérios ESG para os fundos de pensão, e da B3, pela introdução dos chamados *green bonds*, títulos de renda fixa que adotam critérios de sustentabilidade²⁹⁴.

Ainda que a atenção dos investidores brasileiros tenha se voltado ao *ESG* de maneira mais enfática apenas recentemente, os relatórios anuais elaborados pelo *Principles for Responsible Investment* (PRI) revelam constante crescimento no número de empresas signatárias no país.

O *PRI Annual Report 2019* destacou a aderência de 50 empresas, representando crescimento de 2.5% em relação ao ano anterior. É número modesto se comparado com países como a China, que foi de 64%, ou o restante da América Latina, que foi de 45%, porém representativo da crescente adesão do país à tendência mundial²⁹⁵.

Além dos fatores sociais, ambientais e de governança que podem incentivar a adoção das boas práticas de *ESG* pelas empresas, pesquisas recentes mostram que o crescimento econômico é, também, influenciado pelos critérios de *ESG*.

Marcela Ungaretti, com base em estudos da Bloomberg e da MSCI, relata crescimento acima do *benchmark* para empresas que adotam as práticas de *ESG* nos Estados Unidos, Europa e Brasil. Neste último, a diferença chega a 67 pontos percentuais, desde 2006, em comparação ao índice Bovespa²⁹⁶.

²⁹² GSIA, Trends Report 2018, p. 3.

²⁹³ *Ibid.*, p. 13.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁹⁵ PRI, 2019, p. 62.

²⁹⁶ UNGARETTI, 2020, p.16.

O CFA Institute, em relatório sobre o Brasil, destaca que a demanda pelas práticas de *ESG* em âmbito global parte dos investidores, que são os grandes catalisadores das mudanças que vêm sendo realizadas²⁹⁷.

Ainda que reconheça o estágio inicial do *ESG* no País, a pesquisa realizada pelo CFA Institute vê contínua adoção do *ESG*, estimando crescimento no ano de 2022, em comparação ao ano de 2017, nos preços de ações e nos *yields* de títulos privados e de títulos públicos no Brasil²⁹⁸ e no mundo²⁹⁹.

Das informações acima apresentadas, infere-se a tendência mundial em direção ao investimento sustentável, o que valida e fortalece a necessidade das políticas de *ESG* nas empresas. Fato é que, por mais que a iniciativa das empresas de adotar práticas de *ESG* seja fato relevante ao investidor, a ausência de regulação é fator de insegurança, o que pode desestimular a capitalização, prejudicando até mesmo as empresas que adotam, voluntariamente, os padrões internacionais de *ESG*.

227

Conforme ensina Romeu Thomé, dentre as funções constitucionais do Estado Contemporâneo, estão as de fiscalizar, incentivar e planejar a atividade econômica³⁰⁰. Nessa linha, a escolha de atuação por parte do legislativo brasileiro para adotar parâmetros de *ESG*, especialmente quanto aos valores e graduações, estaria em consonância com suas prerrogativas constitucionais.

O autor pontua, ainda, que a existência de normativas é de essencial importância, sendo através delas que o Estado estabelece políticas econômicas e define os rumos de atuação governamental³⁰¹. Na mesma linha, Luís Paulo Sirvinskias leciona que “o Estado deve facilitar o acesso do cidadão a toda informação impactante ao meio ambiente para poder decidir o caminho a seguir”³⁰².

Ainda, destaca que a sociedade contemporânea apresenta uma série de demandas multidisciplinares e de inovação, ao mesmo tempo em que requer novos formatos de atividade que se pautem em sustentabilidade e globalização. Na mesma linha, as atividades empresariais seguem, seja por pressão social ou de investidores institucionais, integrando os setores tradicionais com a sustentabilidade³⁰³.

²⁹⁷ CFA INSTITUTE, 2018, p. 3.

²⁹⁸ *Ibid*, p. 29-30.

²⁹⁹ *Ibid*, p. 17.

³⁰⁰ THOMÉ, 2015, p. 819.

³⁰¹ *Ibid*, p. 822-823.

³⁰² LAVINSKAS, 2018, p.92

³⁰³ *Ibid*, p. 90.

Do apresentado, conclui-se que, para que o Brasil evite a possibilidade do desinvestimento e do desincentivo ao investimento no mercado de capitais é imperioso que a legislação continue avançando para dar maior segurança jurídica ao investidor e assegurar que os ativos econômicos estejam em conformidade com os padrões *ESG*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa realizada, confirmou-se a hipótese inicial de que, no Brasil, a adoção de práticas de *ESG*, ainda que em constante crescimento, segue em estágio inicial. Verificou-se, também, que o avanço se dá por iniciativa das empresas, motivadas pela prática do mercado e pela exigência de investidores institucionais.

Ponto de preocupação segue sendo a ausência de normativa centralizada acerca das diretrizes, valores e critérios adequados de tais práticas, o que acaba por colocar o país em descompasso com a tendência mundial. A conclusão do presente trabalho é que a normativa existente, ainda que tenha destaques que merecem ser reconhecidos, ainda tem espaço para aperfeiçoamento, o que vem ocorrendo mais expressamente na parte de governança, deixando a desejar nos valores sociais e ambientais.

Portanto, entende-se que a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro às normativas já consolidadas na Europa é medida recomendada e necessária para a adequação do mercado de capitais brasileiro aos padrões estabelecidos internacionalmente, sendo, inclusive, benéfico às empresas listadas em bolsa, que poderão se aproveitar do fluxo de investimentos brasileiros e estrangeiros que vem se direcionando aos *players* do mercado que adotam as boas práticas socioambientais e de governança corporativas.

BRASIL, Banco Central. Resolução nº 4.327/2014, do Conselho Monetário Nacional. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_0.pdf> Acesso em 17 jan. 2021.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

_____. Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

CFA INSTITUTE. Integração ASG no Brasil: Mercados, práticas e dados. 2018. Disponível em: <<https://www.unpri.org/download?ac=5569>>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

_____. Environmental, Social and Governance Factors at Listed Companies. ISBN 978-1-932495-78-2. Centre for Financial Market Integrity: 2008.

_____. Environmental, Social and Governance Issues in Investing. ISBN: 978-1-943713-21-0. October 2015.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. O mercado de valores mobiliários brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014.

_____. Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa, 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0001/3935.pdf>> Acesso em 27 mar. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho. 18 de junho de 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852&from=P>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao estabelecimento de um enquadramento para promover o investimento sustentável. 24 de maio de 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal->

content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0353&from=PT> Acesso em 13 jan. 2021.

_____. Regulamento 2019/2088 do Parlamento e do Conselho. 27 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R2088&from=pt>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Diretiva 91/676 do Conselho. 12 de dezembro de 1991. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0676>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Diretiva 92/43 do Conselho. 21 de maio de 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0043-20070101&from=EN#:~:text=Artigo%202.o-1.,que%20o%20Tratado%20%C3%A9%20aplic%C3%A1vel.>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Diretiva 2009/147/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 30 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0147&from=PL>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Regulamento 995/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho. 20 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0995&from=EN>> Acesso em 15 jan. 2021.

_____. Regulamento 1143/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho. 22 de outubro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R1143&from=EN>> Acesso em 15 jan. 2021.

CRUZ, André Santa. Direito Empresarial. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

ESCOBAR, Herton. Desmatamento da Amazônia dispara de novo em 2020. *Jornal da USP*, publicado em 07 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/desmatamento-da-amazonia-dispara-de-novo-em-2020/>> Acesso em 17 jan. 2021.

EUROPEAN UNION EXPERT GROUP ON SUSTAINABLE FINANCE. Report on Benchmarks. September 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190930-sustainable-finance-teg-final-report-climate-benchmarks-and-disclosures_en.pdf>. Acesso em 16 de jan. de 2021.

_____. Technical Report. March 2020. Disponível em: <https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/sustainable-finance-teg-final-report-eu-taxonomy_en>. Acesso em 16 de jan. de 2021.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 5ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GLOBAL SUSTAINABLE INVESTMENT ALLIANCE. Trends Report 2018. Disponível em: <www.gsi-alliance.org/trends-report-2018/>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

GRUPO DE TRABALHO INTERAGENTES. Código Brasileiro de Governança Corporativa: Companhias Abertas. São Paulo: IBGC, 2016.

LARRATE, Marco. Governança Corporativa e Remuneração dos Gestores. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES, Rodrigo; PINIANO, Juliene. Inovações trazidas pela Instrução CVM 578 para Fundos de Investimentos em Participações. In: HANSZMANN, Felipe (org.). Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais - Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 403-416.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Direito ambiental. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; 2017.

OLIVÉRIO, João Otávio Pinheiro. Acordo de confidencialidade, não competição e não solicitação: a proteção de informações estratégicas e a restrição à liberdade criativa e a livre-iniciativa. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (coord.); NYBO, Erik Fontenele. Direito das Startups. Curitiba: Juruá, 2016, p. 51-68.

PRINCIPLES FOR RESPONSIBLE INVESTMENT. PRI Annual Report 2019. Disponível em: <<https://www.unpri.org/annual-report-2019/>>. Acesso em 17 de jan. de 2021.

REBELO, Nikolai Sosa. A Sociedade Empresária e a captação de recursos de private equity e venture capital: estudo interdisciplinar do financiamento empresarial. Porto Alegre: Buqui, 2013.

SILVA, Layon Lopes da. Governança corporativa para startups. In: JÚDICE, Lucas Pimenta (coord.); NYBO, Erik Fontenele. Direito das Startups. Curitiba: Juruá, 2016, p. 69-84.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental. 5ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

UNGARETTI, Marcella. ESG de A a Z: Tudo o que você precisa saber sobre o tema. Publicado em 08 de setembro de 2020. Disponível em:

<<https://conteudos.xpi.com.br/esg/esg-de-a-a-z-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-o-tema>>. Acesso em 15 de jan. de 2021.

YAZBEK, Otavio. As companhias abertas - sua caracterização, as vantagens e as desvantagens da abertura de capital. In: FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis (coord.); PROENÇA, José Marcelo Martins (coord.). *Direito Societário: Sociedades Anônimas*. Série GVLaw. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109-150.

O CONCEITO DE DOMÍNIO COMO FONTE DE
RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO
ADMINISTRADOR: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A APLICABILIDADE DO DEVER DE
GARANTIDOR E A TEORIA DO DOMÍNIO DO
FATO DENTRO DAS EMPRESAS

*THE CONCEPT OF DOMAIN AS A SOURCE OF CRIMINAL LIABILITY:
BRIEF CONSIDERATIONS ON THE APPLICABILITY OF "GUARANTEE
DUTY" AND "FACT DOMAIN THEORY" WITHIN THE COMPANIES*

Luiz Filipe de Andrade Neves Braghirolli

Instituto Ibero-americano de Compliance, Brasil

contato.brg.adv@gmail.com

Rodrigo Silva Barreto 

Centro Universitário Unicathedral, Brasil

rodrigo@barreto.br

Resumo

Qual o conceito de domínio? Como que ele se aplica dentro do ambiente corporativo? Os objetivos do presente trabalho são os de estabelecer um campo comum em que se possa afirmar o que é o conceito de domínio/controle, exercido pelo administrador ou dirigente, dentro de uma empresa. As técnicas a serem utilizadas nesta pesquisa constituem-se na consulta às doutrinas de grande relevância nacional e internacional, bem como na análise de julgados recentes dentro da suprema corte deste país (Ação Penal nº 470 do STF). O método de pesquisa a ser utilizado será o hipotético-dedutivo, visto que serão abordados conceitos acerca das teorias do domínio do fato e da omissão imprópria. Com o aumento da complexidade das atividades empresariais, faz-se necessário que o Estado dê uma resposta para os casos em que uma empresa durante a sua atuação, através de algum(uns) funcionário(s), acabe por violar um bem jurídico de outrem. Para que se evite a imputação objetiva do Administrador, meramente pelo cargo que ocupa, é necessário se estabelecer critérios básicos de influência deste no resultado, o que imprescindivelmente passa pela consolidação do significado de domínio/controle. Assim sendo, estabelecer critérios objetivos é essencial para que os Tribunais exerçam melhor sua jurisdição e assim garantam uma maior segurança jurídica. Um dos maiores problemas que se enfrentou ao se estabelecer a responsabilidade por crimes tributários envolvendo pessoas jurídicas fora justamente a mera utilização do cargo do indivíduo como suficiente para se estabelecer a responsabilidade criminal do indivíduo. Outro problema, sobre a autoria mediata, recai justamente na dificuldade prática de definir o instrumento enquanto executor livre e da capacidade do homem de trás controlar a sua atuação. Porém, existem visões dogmáticas que entendem que há sim a possibilidade de condenação do Administrador ou Dirigente justamente pela sua posição de garantidor (controle sobre o subordinado ou controle sobre a fonte de perigo "empresa"). Tanto na teoria do domínio do fato para a autoria mediata, quanto para a teoria do dever de garante dos crimes omissivos impróprios exigem que haja uma certa capacidade de controle do Administrador sobre o instrumento, ou sobre a fonte de perigo/subordinado respectivamente. Este controle está diretamente atrelado ao cargo exercido e ao poder de coordenação que advém desta função. Entretanto, como podemos "medi-los"? Como podemos mensurar tal capacidade do administrador? Todas essas perguntas são interligadas nesse estudo.

Palavras-chave: domínio do fato, posição de garantidor, administrador, responsabilidade criminal.

Abstract

What is the concept of domain? How does it apply to the corporate environment? The objectives of the present work are to establish a common field in which it is possible to affirm what is the concept of domain/control, exercised by the administrator or manager, within a company. With the increase in the complexity of business activities, it is necessary for the State to provide an answer to the cases in which a company during its performance, through some employee(s), ends up violating the law. In order to avoid the objective imputation of the Administrator, merely for the position he holds, it is necessary to establish basic criteria of influence of this in the result, which indispensably passes through the consolidation of the meaning of domain/control. Therefore, establishing objective criteria is essential for that the Courts exercise their jurisdiction better and thus guarantee greater legal certainty. One of the biggest problems faced when establishing responsibility for tax crimes involving legal entities was precisely the mere use of the individual's position as sufficient to establish criminal liability. Another problem, concerning mediated authorship, lies precisely in the practical difficulty of defining the instrument as a free performer and the ability of the man behind to control his performance. However, there are dogmatic views that understand that there is a possibility of condemnation of the Administrator or Manager precisely for his position of guarantor (control over the subordinate or control over the source of danger "company"). Both in the "fact domain theory" for mediated authorship, and for the theory of the duty of guarantee of inappropriate omissive crimes, there must be a certain capacity of the Administrator's control over the instrument, or over the source of danger/subordinate respectively. This control is directly linked to the position held and the power of coordination that comes from this function. However, how can we "measure" them? How can we measure such an administrator's ability? All these questions are intertwined in this study.

Keywords: "fact domain theory", position of guarantee, administrator, criminal liability.

1. Introdução

Com o julgamento da Ação Penal nº 470, feito pela suprema corte brasileira, instaurou-se um novo paradigma, bem como reacendeu o debate acerca das possibilidades de condenações criminais de Administradores de organizações empresariais. Como base de sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal (STF) utilizou-se de uma variação da teoria do domínio do fato para condenar alguns réus dessa ação. A decisão, como veremos mais adiante, estabeleceu para alguns casos que era possível estabelecer uma presunção de autoria por parte dos Administradores, uma vez que, por conta de sua posição hierárquica, poderiam interferir dentro do curso causal e assim impedir que o resultado ocorresse.

Isto fez com que o debate acerca da responsabilização criminal dos dirigentes empresariais tomasse força dentro da comunidade jurídica e dividisse opiniões. Dentro da utilização da teoria do domínio do fato, alguns concordaram com a posição tomada pelos Ministros e outros aderiram ao posicionamento de que algumas condições da teoria não foram preenchidas. De outro lado, levantou-se também, como solução para o problema, a averiguação dos deveres de garantidor por parte do Administrador como forma de solução para averiguar-se a responsabilidade penal dos dirigentes empresariais.

Entretanto, para que qualquer uma das duas teorias possa "solucionar" esta questão é necessário que se identifique qual é o domínio que o Administrador exerce sobre a empresa. Além disto, é preciso que se identifique como este domínio pode ser exercido através de suas funções e como ele se manifesta dentro das teorias elencadas acima. O objetivo deste trabalho é, portanto, identificar (dentro do possível) um núcleo duro sobre o que é o conceito de domínio exercido pelo Administrador.

236

2. O que podemos considerar como domínio para a teoria do domínio do fato

Enquanto parte da construção dogmática histórica e diversa, a teoria do domínio do fato pode ser compreendida em dois pontos centrais: o ponto teórico e o prático. Se, pelo ponto prático, o domínio do fato é compreendido dentro da famosa Ação Penal nº 470 do STF. Por aquele lado (o teórico), alguns autores principais vêm debatendo e verificando diversas congruências em sua denominação.

De início, a teoria do domínio do fato origina-se nas ideias centrais de Roxin (livro: *Autoria e Domínio do Facto*³⁰⁴). Embora a teoria tenha origem em Lope, foi com Roxin que ela fora largamente difundida. Para Roxin, autor é aquele que tem o controle da execução do fato criminoso, na medida em que controla o acontecimento do crime e sua forma. Além disto, o fato (supostamente criminoso), segundo Figueiredo Dias³⁰⁵, surge aqui (e é compreendido) atreves de um sentido objetivo-subjetivo: “ele aparece, numa sua vertente como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo”. Assim sendo, no viés de Roxin, o domínio do fato limita-se aos crimes dolosos de ação, motivo pelo qual tal teoria assume diferentes modalidades de autoria: domínio da ação por parte do autor imediato, domínio da vontade do executante e o domínio funcional do fato (autoria imediata, mediata e coautoria)³⁰⁶.

237 Ou seja, como descreve Figueiredo Dias, o agente pode dominar o fato na medida em que é ele próprio quem procede à realização típica, quem leva a cabo o comportamento com o seu próprio corpo (domínio da ação), bem como é autor também quem domina o fato quando domina o executante através de coação, de erro ou de um aparelho organizado de poder (domínio da vontade). Como pode também dominar o fato através de uma divisão de tarefas com outros agentes, desde que, durante a execução possua uma função relevantes para a realização típica³⁰⁷.

Sobre o olhar de Welzel, a teoria do domínio do fato é conceituada dentro da concepção finalista da ação. O domínio do fato, então, é compreendido através daquele que leva a sua decisão volitiva consciente da finalidade à execução do fato. Desta forma, descreve Welzel:

*No es autor de una acción dolosa quien solamentecausa un resultado, sino quien tiene el dominio conscientedel hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva elautor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigatory el cómplice no tienen el dominio del hecho, sino quesólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica sóloes posible dentro de los tipos dolosos.*³⁰⁸

304 ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2000.

305DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2 ed., 2012, p. 738 e ss.

306Nesse sentido: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho em derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2000; SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra/PT: Almedida, 2019. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2 ed., 2012.

307Além disso, observe-se que Figueiredo Dias, dentre as três modalidades de domínio do fato e autoria (imediata, mediata e coautoria), acrescenta uma quarta modalidade de autoria - Instigação-autoria. Para mais informações: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2 ed., 2012, p. 768 e ss. SOUSA, Susana Maria Aires de. *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra/PT: Almedida, 2019

308De melhor sentido, descreve o autor: “Pertencen al concepto de autor: 1. La característica general de autor: el dominio finalista

Aderindo, em parte, à esta linha da dogmática penal, entenderam os Ministros do STF, a respeito da questão de gestão fraudulenta ocorrida dentro do Banco Rural, que a teoria do domínio do fato era uma decorrência da teoria finalista e de que o propósito da conduta criminosa seria daquele que exerce o controle, ou seja, nos crimes com utilização da empresa o autor é(são) o(s) dirigente(s) que pode(m) evitar que o resultado venha a ocorrer. Domina o fato, portanto, aquele que detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa - está sendo a ação final. Ademais, o que precisaria se verificar, no caso concreto, é qual indivíduo que detinha o poder de controle da organização, a fim de poder decidir pela consumação do delito - se a resposta for negativa deve-se concluir pela inexistência da autoria (entretanto, realçam os Ministros, que no estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, pode-se afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes da empresa). Se a vontade do homem de trás, sobre o qual recai a presunção de autoria, constitui a própria ação delituosa da empresa, bastaria então que a denúncia meramente descrevesse como a referida empresa desenvolveu suas ações³⁰⁹. Vale aqui uma ressalva: considerar que existe uma presunção de autoria (ainda que relativa) gera um grave problema ao direito penal, pois começa a deslocar o foco da lesividade da conduta (ofensa ao bem jurídico) para um foco nos deveres de interveniência dos dirigentes, o que deturpa a própria finalidade do Direito Penal - proteção de bens jurídicos e não dever de intervenção³¹⁰⁻³¹¹.

238

Descrevem ainda Greco e Leite que o domínio do fato, na medida que toca a autoria mediata, encontra-se sobre a vontade. Em outras palavras, significa que o homem de trás domina a vontade

delhecho. Dueño del hecho es quien lo ejecuta en forma finalista, sobre la base de su decisión de voluntad. 2. Las características específicas de autoría: a) las características objetivas-personales de autor: los especiales deberes del autor, immanentes a su posición; p. ej., como funcionario, soldado, etc.; b) las características subjetivas-personales de autor: las intenciones especiales, tendencias y formas de ánimo o de sentimiento; p. ej., intención de apropiación, propósito deshonesto, ánimo brutal. El dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría. En cambio, los elementos personales de autor únicamente son necesarios donde el tipo particular los contiene como presupuestos de la autoría. P. ej., en los delitos propios de los funcionarios públicos (S§ 331 y SS.); delitos con determinada intención (S§ 242 y 263), y cosas semejantes" (WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General, Traducción de Carlos FontánBalestra. Buenos Aires: Roque Deparlna Editor, 1956, 105 e ss).

309 Cabe ressaltar aqui que também entendeu o STF de que, ao contrário dos dirigentes empresariais, não há como se presumir autoria dos subordinados ou auxiliares que aderem à cadeia causal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal 470. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, ano 2013, n. 74, p. 39, publicado em 22 abr. 2013, Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 07 jan. 2021. Em pdf, p. 1-8.405, p. 1161-1162).

310 Estellita aborda este assunto (mudança de foco na responsabilidade criminal, sob uma perspectiva de política criminal) ao tratar dos deveres de garantidor primários e secundários, tratando especificamente do dever original dos Administradores de empresas. Não trata a respeito da Teoria do Domínio do Fato, entretanto, podemos relacionar os dois tópicos. Justamente por termos dentro do Código Penal Brasileiro a necessidade de uma relação causal entre uma ação/omissão e o resultado, transferir a responsabilidade de ocorrência do resultado para uma não intervenção dos gestores pode acabar deturpando a finalidade do Direito Penal que é a proteção dos bens jurídicos e não a violação de deveres (que consequentemente acaba se tornando uma punição pela mera ocupação de um cargo dentro da empresa - cargo este imbuído de deveres, resultando em uma eventual condenação meramente por ocupar uma posição hierárquica alta dentro da organização). (ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e empregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 56-58).

311 Necessário também referenciar que a argumentação de que "A como chefe do grupo tem o domínio do fato", ainda que intuitivamente plausível, não tem nada a ver com tal teoria. O que se faz com este raciocínio é confundir-lo com a omissão, uma vez que a teoria do domínio do fato diz respeito à delitos de domínio, ou seja, delitos comissivos. A mera posição de chefe não implica que, automaticamente, o indivíduo tenha em seu poder a capacidade de evitar um fato - caso tivesse agido. Por fim, é importante lembrar que nem tudo que o indivíduo pode evitar, deva ser evitado por ele. (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. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 933/2013, p. 61-92, jul 2013. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-18, p. 9).

(*Willensherrschaft*) de um terceiro, o qual é reduzido a mero instrumento. As maneiras de se exercer este tipo de domínio seriam três: (i) coação exercida sobre o homem da frente; (ii) o erro (que vai desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável) - como no exemplo de "A dá a B uma arma supostamente descarregada e convence-o a 'assustar' C, apertando o gatilho; o susto é mortal."; (iii) domínio por meio de um aparato organizado de poder. A respeito desta terceira hipótese, os autores descrevem que se trata daqueles indivíduos que, utilizando-se de uma organização verticalmente estruturada (bem como apartada e dissociada da ordem jurídica), emitem uma ordem cujo cumprimento é incumbido à executores fungíveis, que funcionariam como meras "engrenagens" dentro de uma estrutura automática, ou seja, aqueles que não se limitam a meramente instigar, mas que figuram como verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isto significa, portanto, que todos que estiverem no comando de, por exemplo, grupos terroristas ou até mesmo de governos autoritários, serão considerados autores mediatos. Entretanto, os juristas ressaltam que no caso de organizações empresariais: se o superior emitir ordens ilegais (e não haja outro fundamento para autoria mediata, como erro ou coação) estará apenas instigando o empregado à prática de um fato criminoso, pois, nestes casos, não se estaria agindo com o aparato e sim contra ele. Logo, a autoria mediata aqui não recai meramente sobre o poder cru de mando, mas sim no funcionamento "clandestino" da organização, uma vez que em organizações empresariais - inseridas dentro da ordem jurídico - espera-se que ordens ilegais emitidas por superiores não sejam automaticamente cumpridas por terceiros autorresponsáveis - que não estejam em erro ou coagidos.³¹²

239

Ademais, como destaca Alflen, não podemos vislumbrar a organização empresarial como um instrumento (*Werkzeug*), pois é próprio da autoria mediata que tal instrumento se refira a um indivíduo, que é utilizado por outro (onde justamente encontra-se o problema), ou seja, as condições estruturais e organizacionais da empresa constituem meras circunstâncias do fato utilizadas pelo autor mediato. A autoria mediata assenta-se, portanto, na capacidade do homem de trás de determinar a realização do fato punível. Como exemplo o autor menciona o seguinte contexto: "A, enquanto funcionário da empresa X, tem ciência que os detritos empresariais não estão sendo despejados de forma correta (ultrapassando-se os limites permitidos), emite um relatório incorreto informando que as atividades estão dentro dos parâmetros, levando então aos dirigentes em erro e mantendo-se assim a poluição das águas".³¹³

³¹² 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. *Revista dos Tribunais*, [s. l.], v. 933/2013, p. 61-92, jul 2013. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-18, p. 3-5.

³¹³ Destaque-se o fato de que o autor refere também que a posição hierárquica do indivíduo não é um aspecto necessário dentro do ponto de vista dogmático. (ALFLEN, Paulo Rodrigo. Teoria do domínio do fato.

3. O conceito de domínio para a posição de garantia em direito penal

Enquanto buscamos definir – de maneira nada simples – o domínio do fato para a autoria mediata, da mesma forma, podemos tentar conceituar o domínio para a posição de garantia como parte dos crimes omissivos impróprios. De maneira inicial, entendemos que a posição de garantidor exige que haja uma certa capacidade de controle do Administrador sobre a fonte do perigo. Entretanto, o problema central é outro – é aquele que demonstra um conceito central com base em construções dogmáticas complexas. Importante lembrar também que os crimes omissivos impróprios - objeto do nosso estudo - sempre serão crimes de omissão qualificada³¹⁴.

A partir de Schunemann, é possível entendermos e compreendermos um conceito geral de domínio para a posição de garantia em direito penal. Antes de adentrar nesse assunto, é necessário descrever alguns pontos essenciais. Em primeiro lugar, o autor parte da premissa da equiparação da omissão à ação – fundamentando-a no domínio da garante sobre a causa do resultado³¹⁵. Nesse sentido, descreve Estellita:

[...] nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado [...] e o movimento corporal que é a sua causa e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado [...]. Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá uma imputação deste ao agente omissivo [...]³¹⁶

Nesse sentido, esse domínio em âmbito omissivo é visto em dois pontos. O primeiro através do agente que exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação – exemplos: garantidores por vinculação natural. O segundo se dá através do agente exerce domínio sobre uma coisa (leia-se aqui: coisa ou pessoa) essencial do resultado, algo em que o garantidor tem deveres de asseguramento. No domínio sobre a pessoa³¹⁷, retira-se a responsabilidade criminal por omissão dos

São Paulo: Saraiva, 2014, p. 239-242).

³¹⁴Neste sentido Tavares escreve que os crimes omissivos impróprios são qualificados justamente por ter o sujeito uma conexão especial com a vítima que a torne garantidora do bem jurídico - qualidade específica que não existe nos crimes omissivos próprios onde qualquer pessoa poderá ser autora do fato típico (TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018., p. 312).

³¹⁵Para informações completas: ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e empregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, SOUSA, Susana Maria Aires de. Questões fundamentais de direito penal da empresa. Coimbra/PT: Almedida, 2019; SCHUNEMANN, Bernd. Fundamento y Límites de los delitos de omisión impropia: com una aportación a la metodología del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009.

³¹⁶ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e empregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 88 e ss.

³¹⁷ Necessário ressaltar aqui, conforme lembra Martins-Costa, que o domínio sobre a pessoa "depende da possibilidade concreta da

dirigentes/administradores. Nesse sentido, descreveu Schuneman que a posição de garante tem de estar limitada à função que compete ao sujeito dentro da estrutura empresarial. Isto significa que a posição de garante dentro da empresa é atribuível aos seus concretos órgãos particulares em função da esfera empresarial que dominam, observando aqui a dimensão de competência entre os departamentos dentro da organização. Ou seja, a relevância específica da estrutura empresarial se relaciona com os princípios da hierarquia e da divisão de trabalho, bem como com os da delimitação da posição de garantia dos dirigentes empresariais³¹⁸. Fundamentada nesta ideia, Susana Aires de Sousa elucida que a responsabilidade do dirigente empresarial por omissão exige como imprescindível a comprovação de elementos necessários à fundamentação da autoria, ou seja implica situar o fato criminoso na esfera de responsabilidade do agente (e não apenas de forma generalizada ao associá-la ao cargo administrativo exercido) e, cumulativamente, exige-se que sobre ele recaia individualmente o dever de intervir e prevenir a eventual atuação criminosa³¹⁹.

241

4. Considerações finais

Como visto anteriormente, podemos traçar uma possível responsabilização penal do Administrador da empresa através de duas formas: pela autoria mediata, tendo por base a teoria do domínio do fato, e pela omissão imprópria, implicando que o dirigente empresarial teria assim deveres de garantidor. Na primeira hipótese temos que o autor mediato (homem de trás) sempre irá se utilizar de um indivíduo autorresponsável para executar a tarefa, uma vez que a organização empresarial não figura como instrumento e sim como contexto no qual o crime ocorre. Ademais, é imprescindível que o autor mediato possua o domínio da cadeia causal geradora do fato típico o qual só poderá ocorrer se o instrumento estiver sob erro ou coação. Isto implica em duas constatações extremamente importantes: (i) como há a presunção de que a organização não está voltada exclusivamente para o cometimento de ilícitos (podemos citar aqui: grupos terroristas, governos autoritários e, possivelmente, empresas exclusivamente de "fachada") para que se configure a autoria mediata é necessário que o dirigente induza em erro ou coaja o instrumento;

peessoa sujeitada ser influenciada por seu responsável." (MARTINS-COSTA, Antônio Goya de Almeida. Posição de garantia em direito penal: a problemática da equiparação na omissão imprópria. Orientador: Fabio Roberto D'Avila. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 155)

318Nesse sentido: SOUSA, Susana Maria Aires de. Questões fundamentais de direito penal da empresa. Coimbra/PT: Almedida, 2019; SCHUNEMANN, Bernd. Fundamento y Limites de los delitos de omisión impropia: com una aportación a la metodologia del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009; ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e empregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 88 e ss.

319SOUSA, Susana Maria Aires de. Questões fundamentais de direito penal da empresa. Coimbra/PT: Almedida, 2019, p. 68.

(ii) se não for este o caso, o Administrador só poderá ser condenado caso empregue meios e esforços (junto com o empregado) para que o fato punível ocorra, caso apenas ordene que tal ação seja feita, não passará de um mero instigador, em razão da autorresponsabilidade do indivíduo que executaria a conduta, em outras palavras, não é possível que aceitemos que haja a responsabilização penal do dirigente empresarial por apenas exercer seu poder de comando, pois seria lícito e possível ao empregado recusar-se a executar a tarefa; (iii) ao contrário do que fora sustentado pelo STF, como não há uma vinculação explícita sobre domínio e hierarquia, não podemos aceitar que exista uma presunção de autoria dos Administradores como sustentando pela suprema corte.

No que toca a questão do domínio na omissão imprópria, primeiro é necessário averiguar se o Administrador ocupa ou não a posição de garantidor de bens jurídicos. Assumindo que tenha esse encargo, será necessário então averiguar a função exercida pelo sujeito para se averiguar possíveis limites para o dever de agir (não cabendo aqui assunções genéricas de deveres) para que se defina se o fato típico está dentro das mesmas. Logo, aqui domínio refere-se à causa e fundamento do resultado típico. Logo, após verificar se o Administrador possui de fato a posição de garantidor, que o fato ocorrido estava dentro das suas atribuições e que o mesmo possuía condições de intervenção para evitar o resultado, poderemos dizer que a ausência de sua interferência (leia-se conduta) é equivalente à própria conduta comissiva em si, podendo então ensejar uma responsabilidade penal sobre o mesmo.

242

Por fim, podemos então definir que domínio (tanto na teoria do domínio do fato quanto na posição de garantia no direito penal) refere-se justamente sobre o controle exercido pelo indivíduo sobre o curso causal que leva até a ocorrência do fato típico. Enquanto na teoria do domínio do fato há o controle do curso causal, pelo agente de trás, para que se chegue até o fato típico no caso da posição de garantia há justamente o contrário: o agente que possui um dever de proteção sobre o bem jurídico, mesmo com o dever e a capacidade de fazê-lo opta por não intervir.

ALFLEN, Paulo Rodrigo. Teoria do domínio do fato. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Penal 470. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, ano 2013, n. 74, p. 39, publicado em 22 abr. 2013, Rel. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>. Acesso em: 07 jan. 2021. Em pdf, p. 1-8.405.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2 ed., 2012

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e empregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Almor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. Revista dos Tribunais, [s. l.], v. 933/2013, p. 61-92, jul 2013. Artigo consultado na Base de Dados RT Online mediante assinatura. Em pdf, p. 1-18.

MARTINS-COSTA, Antônio Goya de Almeida. Posição de garantia em direito penal: a problemática da equiparação na omissão imprópria. Orientador: Fabio Roberto D'Avila. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho em derecho penal. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2000.

SCHUNEMANN, Bernd. Fundamento y Límites de los delitos de omisión impropia: comuna aportación a la metodología del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SOUSA, Susana Maria Aires de. Questões fundamentais de direito penal da empresa. Coimbra/PT: Almedida, 2019.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. 1ª. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Roque Deparlma Editor, 1956.

GOVERNANÇA CORPORATIVA E CONCESSÃO DE CRÉDITO

*CORPORATE GOVERNANCE AND CREDIT
GRANTING*

Francisco Rudnicki Martins de Barros

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

francisco@brsadvocacia.com.br

Resumo

O objetivo da presente pesquisa é averiguar o alcance e utilidade das boas práticas de governança corporativa na atividade de concessão de crédito por instituições financeiras e suas eventuais adequações no âmbito de modelos de empreendimento reconhecidos enquanto fintechs de crédito. Para além da revisão bibliográfica, serão abordadas normas legais e regulatórias aplicáveis às instituições financeiras no âmbito da concessão de crédito. A atividade de concessão de crédito compreende não somente a análise de crédito e a efetiva concessão, como também os atos da administração referentes à elaboração da política de crédito. A relevância e atualidade do tema se mostram presentes por conta da valorização das práticas de governança corporativa nos mais recentes modelos de regulação do sistema financeiro. Referidos modelos, cada vez mais, atendem aos ideais da regulação prudencial e vinculam-se a normas baseadas em recomendações – soft law – de entidades regulatórias internacionais que, por sua vez, valorizam deveres fiduciários e mecanismos de controle e fiscalização da conduta da administração. Especificamente, um plano de governança corporativa aplicável à atividade de concessão de crédito compreenderá ferramentas hábeis para adequada execução da política de crédito e delegação das atividades de análise de risco de crédito e concessão efetiva. Neste ponto, estruturas de gerenciamento de risco devem cumprir suas funções de controle e ainda de prestar contas ao órgão regulador. Também pertencente ao referido plano é a metodologia de remuneração, eleição e fiscalização dos administradores da instituição financeira. Em sede de conclusões, é possível afirmar que a governança corporativa, em especial por seu pilar de responsabilidade corporativa, muito tem a oferecer à boa gestão da concessão de crédito, na medida em que pode colaborar com a minimização de riscos inerentes à atividade e promover a credibilidade e confiança da instituição perante o mercado, implicando em valorização do empreendimento a longo prazo. A compreensão de responsabilidade corporativa também pode ser concretizada mediante a adesão da instituição a modelos de controle da atividade que promovam a estabilidade do mercado financeiro como um todo, tarefa que idealmente não cabe tão somente ao regulador, mas também a todos que nele operam.

Palavras-chave: Governança Corporativa; Crédito; Risco de Crédito; Instituição Financeira

Abstract

This paper investigates the scope and usefulness of corporate governance practices in the activity of credit granting by traditional banks and its adaptations to the business model known as fintech. In addition to the bibliographic review, legislation and regulatory rules applicable to financial market will be addressed. The credit granting activity comprehends not only the credit analysis and direct granting, but also the preparation of the credit policy by the bank's board of directors. The relevance of the theme is due to the valuation of corporate governance practices in the most recent models of regulation of the financial system. These models increasingly meet the ideals of prudential regulation and are connected to standards based on soft law from international regulatory entities that values fiduciary duties and mechanisms for controlling and supervising directors' conduct. A corporate governance plan applicable to the credit granting activity will comprehends provisions for the proper execution of the credit policy and delegation of the credit risk analysis. Also, risk management structures must fulfill their supervision functions and also report to the regulator. Referred plan must as well comprehend the director's methodology of remuneration, election, and supervision. Concluding, it is possible to affirm that corporate governance, especially due to its corporate social responsibility element, has a lot to offer to the credit granting activity, as it can collaborate to the minimization of inherent risks and promote the institution's credibility and confidence by the market, implying a long-term appreciation. In particular, the understanding of corporate social responsibility can also be realized through the institution's adherence to corporate governance models that promote the stability of the financial market as a system, a task that ideally is not only up to the regulator, but also to all the market players.

Keywords: Corporate Governance; Credit; Credit Risk; Bank.

1. Considerações Iniciais.

O presente trabalho tem como proposta analisar a relevância das práticas de governança corporativa no âmbito do mercado de crédito, sob um prisma regulatório e funcional. Contudo, observadas as limitações de espaço propostas, não é possível afirmar que o assunto é esgotado.

O artigo, para além de considerações iniciais e finais, foi dividido em duas partes. Uma, com maior teor de ambientação, explora a atividade de concessão de crédito e o cenário decisório que, via de regra, é encontrado em instituições que operam em referido mercado (abordando, ainda, de forma breve, recentes alterações estruturais em referido mercado). A outra parte aborda a regulação do sistema financeiro e a governança corporativa, temas que têm apresentado ao longo do tempo interconexões e encontros.

A concessão de crédito, invariavelmente, é operada sob a premissa de que naturalmente o risco de crédito lhe é intrínseco. A noção de conexão do mercado financeiro e promoção da sua estabilidade como um dever geral esperado do Estado (regulador) e dos próprios agentes, tornando imperativo o gerenciamento adequado dos riscos, tornam valiosa a contribuição da governança corporativa a este cenário, na medida em que um adequado programa promoverá eficiência e responsabilidade na condução dos negócios empresariais, como se busca demonstrar ao longo do trabalho.

248

2. Concessão de Crédito e Procedimento Decisório.

Crédito representa verdadeira “antecipação do poder de compra baseado na confiança do credor de que o devedor irá pagar sua dívida já estipulada em moeda em data futura pré-estabelecida”.

³²⁰ Tal poder antecipatório de riquezas e suavização do consumo ao longo dos anos tornou o crédito ferramenta de desenvolvimento econômico e social, inclusive otimizando a produção de riquezas e a atividade empresarial como um todo. ³²¹

Desde a institucionalização do crédito³²², com o surgimento das instituições de dupla finalidade que realizavam depósitos e transferências bancárias e, também, concediam crédito, muita coisa mudou. O crescimento do alcance e extensão do mercado de crédito em sentido geral foi acompanhado, na mesma medida, por um aumento, primeiro, na complexidade estrutural e

320 WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Legislação, jurisprudência e contratos bancários. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). Contratos bancários. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 39.

321 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 435.

322 MIRAGEM, Bruno. Direito bancário. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 73/74.

operacional das instituições que nele operam ativamente e, segundo, nos riscos assumidos por referidos agentes do mercado.

Como qualquer promessa ou obrigação futura, o transcurso de carga obrigacional pelo tempo opera-se de forma que sempre é possível imaginar o seu descumprimento.³²³ Referida confiança (quem detém crédito é merecedor de credibilidade) em conduta futura – pagamento pelo tomador – não pode, portanto, ser dissociada da noção de risco. No âmbito do direito privado, a complexa definição jurídica de risco compreende a “associação das ideias de incerteza, futuro e dano”, sendo ainda base de inúmeros institutos e construções jurídicas no âmbito do direito das obrigações.³²⁴

A relevância especial do risco na atividade bancária decorre primeiramente da premissa básica empresarial de proporcionalidade entre risco e lucro e, também nas diversas formas em que o risco se manifesta neste cenário e na própria ideia de sistema financeiro, eis que “o risco assumido por um determinado banco pode gerar consequência aos demais bancos presentes no setor financeiro” e a este último como um todo, como um sistema.³²⁵

249

Especificamente na temática da concessão de crédito, é protagonista o denominado risco de crédito. Da própria noção de que o banco capta recursos dos depositantes para, posteriormente, disponibilizá-los a tomadores de crédito e daí rentabilizar o capital nasce a possibilidade de que tal tomador venha a inadimplir com o ajuste entabulado e, por consequência, o risco de crédito.

³²⁶

Trata-se, portanto, da “probabilidade de que o recebimento não ocorra”, podendo ainda ser classificados no âmbito de um banco em: “(i) risco do cliente ou risco intrínseco (*intrinsic risk*); (ii) risco da operação (*transaction risk*); (iii) risco de concentração (*concentration risk*); e (iv) risco da administração do crédito (*credit management risk*)”. Tal classificação não é somente estética, mas também funcional, apoiando o administrador responsável pela gestão do risco de crédito “na redução das perdas decorrentes da assunção de riscos indevidos, bem como propiciando a busca da maximização do valor do banco a partir da tomada de decisão orientada pela avaliação da relação risco e retorno”.³²⁷

³²³ SILVA, José Pereira da. **Gestão e análise de risco de crédito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 47.

³²⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 229/230.

³²⁵ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 52.

³²⁶ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **Fundamentos da regulação bancária e a aplicação do princípio da subsidiariedade**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 56.

³²⁷ SILVA, José Pereira da. **Gestão e análise de risco de crédito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 56.

A tomada de decisão neste ambiente tem peso singular. Assunção demasiada de riscos pode, em primeiro momento, proporcionar grandes ganhos, no entanto, no longo, médio ou até mesmo curto prazo pode se demonstrar conduta amplamente prejudicial. Prejudicial não só para referido agente, diga-se de passagem, mas para todos aqueles que operam no mercado financeiro, inclusive em âmbito até mesmo internacional de acordo com o alcance de suposta instituição.

Como referido, o mercado de crédito e os próprios bancos (ou banqueiros) experimentaram agravamento de sua complexidade estrutural ao longo do tempo. Pequenas e isoladas operações, com atuação puramente regionalizada de agentes do mercado, deram espaço a estruturas empresariais ramificadas, conexas por inúmeros fatores e complexas como um todo, criando até mesmo um ecossistema internacional e com muita delegação de poder decisório e compartilhamento de riscos.

Banco, repetindo modelo adotado em outros ordenamentos, é conceito mais estabelecido na tradição do que na lei em nosso ordenamento. São instituições creditícias de caráter genérico, com função geral de captação e repasse de recursos sem preponderância de atividade em algum tipo de operação financeira que caracteriza as sociedades de crédito, financiamento e investimento e as sociedades de arrendamento mercantil. São classificados ainda em bancos comerciais, de investimento, desenvolvimento, de câmbio e bancos múltiplos³²⁸.³²⁹

250

Referida imprecisão de um conceito legal de banco “espelha uma tendência também encontrada em outros sistemas jurídicos³³⁰, derivada do fato de que as normas gerais devem se referir em geral às entidades que exercem intermediação financeira, sejam elas bancos ou não”, posto que todas estas são capazes de interferências significativas na economia, “influindo na circulação da moeda, criando moeda e afetando a poupança popular”. Tal situação se dá, justamente, sob um norte de simplificação e aumento do espectro da racionalidade legislativa.³³¹

Novos expedientes representam bem o que parece ser ainda mais nova etapa evolutiva do mercado de crédito. As *fintechs*, assim denominados de forma muito resumida³³² os empreendimentos inovadores e disruptivos que atuam no mercado financeiro (crédito, meios de

³²⁸ FABIANI, Emerson Ribeiro. **Direito e crédito bancário no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

³²⁹ SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 67.

³³⁰ Nesta linha, Eduardo Salomão Neto refere as instituições financeiras no regime jurídico brasileiro, os *établissements de crédito* no regime francês e a instituição de crédito do Direito Comunitário Europeu.

³³¹ SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 66/67.

³³² A expressão *fintech* não corresponde unicamente ao uso de tecnologia em serviços financeiros, posto que os bancos tradicionais usam tecnologia na prestação de seus serviços há significativo período de tempo. Para ser classificado enquanto *fintech* o empreendimento deve especializar-se na prestação de serviços financeiros por meio de plataforma online, de forma disruptiva e com acesso direto pelos consumidores. (MAGNUSON, William. Regulating Fintech. **Vanderbilt Law Review**. Vol. 71. N. 4., mai-2018, disponível em: <<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol71/iss4/2>>. Acesso em 15/01/2021. p. 1174.)

Ainda é possível referir como características de definição da *fintech* a automatização dos serviços, por meio da internet, a agilidade de execução e a redução dos custos de transação envolvidos no empreendimento. (MIRAGEM, Bruno. **Direito bancário**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 139).

pagamento, criptoativos, etc.), representam o que parece ser “verdadeira alteração estrutural do setor”. Especialmente no mercado de crédito, os empréstimos *P2P* (*peer-to-peer*) e o fenômeno do *crowdfunding* por meio de plataformas digitais representaram cenário de “desintermediação (ou antes, uma reintermediação) de relações que tradicionalmente dependiam de um *middle man*: o banco”.³³³

Figuras como a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP), regulamentadas pela Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018, representam a força destes fenômenos no cenário nacional. Modelos inovadores de intermediação de crédito, com suas próprias peculiaridades – uma que opera apenas com recursos próprios (SCD) e outra que opera como simples intermediadora e plataforma que não faz uso de capital próprio (SEP)³³⁴ – receberam significância suficiente para atrair a atenção dos órgãos reguladores equiparando-se de certa forma a modelos mais tradicionais de instituições financeiras.³³⁵

251

Ainda no Brasil, recentemente, como parte deste fenômeno, viu-se a criação da Empresa Simples de Crédito (ESC) pela Lei Complementar n.º 167, de 24 de abril de 2019. Trata-se de empreendimento de cunho financeiro, de menor dimensão, com autorização para a prática de taxas de juros superiores às limitações legais, porém, sem a robustez estrutural e regulatória de uma instituição financeira sob perspectiva tradicional.

A concessão de crédito é atividade bancária típica. Se a função é creditícia e os negócios vinculados aos contratos foram realizados no exercício da atividade mercantil bancária, são chamados de operações bancárias que, por sua vez, dividem-se em operações bancárias principais ou típicas e operações bancárias acessórias. Denominam-se operações bancárias típicas aquelas vinculadas ao cumprimento da função creditícia dos bancos, dividindo-se ainda em operações ativas e passivas, sendo as primeiras aquelas em que o banco aplica a disponibilidade financeira na concessão de crédito e as passivas em que o banco assume a posição de devedor, como quando recebe depósitos.³³⁶

Ainda, a atividade de concessão de crédito divide-se em duas etapas distintas: a formulação de uma política de concessão de crédito e a sua execução. Sobre ambos os cenários incidem deveres

³³³ OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. As recentes tendências da FinTech: disruptivas e colaborativas. In: CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (coord.). *FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 62/63.

³³⁴ ALVARENGA, Daniel H. C. *Fintechs de Crédito: Regulamentação Jurídica Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 38.

³³⁵ BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018**. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas [...]. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4656>>. Acesso em: 15/01/2021.

³³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 360/361.

de conduta e princípios a serem observados pelos órgãos da administração (e os próprios administradores), motivo pelo qual um robusto e responsável programa de governança ocupa lugar de destaque.

A política de concessão de crédito comporta a regra diretiva de todas as condutas adotadas pela instituição financeira e seus prepostos, sendo mensurada e estabelecida pelo conselho de administração³³⁷, em conduta mais estratégica do que comissiva, na linha do art. 48 da Resolução n.º 4.557 do Conselho Monetário Nacional.³³⁸ A política de crédito serve como “orientação nas decisões de crédito”. Tem como pontos principais de conteúdo: as “normas legais; a definição estratégica do banco; os objetivos a serem alcançados; a forma de decisão e de delegação de poder; os limites de crédito; a análise de crédito; a composição e a formalização dos processos; a administração e o controle de crédito”.³³⁹

A concessão direta de crédito ao tomador é chancelada pela diretoria da instituição financeira e, obviamente, por fins de volume, organização e dinamismo, executada por prepostos das mais diversas qualidades delegadas nesta função com suas respectivas alçadas. Neste espectro, podem ser eleitas alçadas individuais em consonância com o cargo do administrador ou gestor; alçadas conjuntas ou, ainda, alçadas colegiadas.³⁴⁰

252

Tais estruturas decisórias, subalternas à diretoria da instituição, executam as decisões que envolvam assunção de risco observando as estratégias estabelecidas pela estrutura de gerenciamento de riscos.³⁴¹ A própria estrutura de gerenciamento do risco de crédito, com indicação de diretor específico para tanto, estabelece a necessidade de observância da prudência e pertinência da política de concessão de crédito.

Na medida em que a Resolução n.º 4.557, de 23 de fevereiro de 2017 do Conselho Monetário Nacional estabelece a necessidade de criação de uma estrutura de gerenciamento contínuo e

³³⁷ Na inexistência do conselho de administração, cabe à diretoria da instituição a competência, conforme disposto no art. 49 da Resolução n.º 4.557/2017.

³³⁸ BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução n.º 4.557, de 23 de fevereiro de 2017**. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=2017&numero=4557>>. Acesso em: 15/01/2021.

³³⁹ SILVA, José Pereira da. **Gestão e análise de risco de crédito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80 e 86.

³⁴⁰ SILVA, José Pereira da. **Gestão e análise de risco de crédito**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87.

³⁴¹ Art. 50. Compete à diretoria da instituição conduzir, em conformidade com as políticas e estratégias de que trata o art. 7º, inciso I, as atividades que impliquem a assunção de riscos. (BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução n.º 4.557, de 23 de fevereiro de 2017**. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=2017&numero=4557>>. Acesso em: 15/01/2021.).

integrado de riscos e de capital, devendo haver nesta estrutura, conforme art. 7º, inciso VI, definição clara dos “papéis e responsabilidades para fins do gerenciamento de riscos, claramente documentados, que estabeleçam atribuições ao pessoal da instituição em seus diversos níveis, incluindo os prestadores de serviços terceirizados”, está, claramente, tratando de incentivo às boas práticas de governança corporativa.

3. Regulação do Mercado Financeiro e Governança Corporativa.

A regulação do sistema financeiro experimentou profundas alterações com o passar do tempo. A intervenção em momento posterior à crise e os critérios de mensuração puramente estáticos cederam espaço ou somaram-se ao modelo de regulação prudencial, em que a intervenção se dá de forma plurilateral e sistêmica, com abordagem preventiva e mitigadora dos riscos bancários, operando também com um visível sistema de incentivos aos agentes do mercado.

253

Todo o arcabouço regulatório em questão, importante dizer, deriva do que Rachel Sztajn denominou de paradoxo que aflige constantemente o sistema financeiro: “canaliza riscos e deve ser estável”.³⁴² O próprio “negócio bancário tradicional” é causa para a complexidade regulatória da atividade, eis que a concessão de empréstimos e o recebimento de depósitos em ritmo descompassado, além de outras características atinentes às regras específicas da atividade bancária comercial, como o sigilo das transações, facilitam a realização de fraudes se comparada às demais atividades.³⁴³ Além do mais, a atividade bancária não coloca em risco somente o patrimônio do empresário (banqueiro ou banco), mas também daqueles que lhe confiam o seu capital de poupança por meio do depósito.

Ainda, a notável importância da atividade de distribuição do crédito (e o respectivo efeito de criação de moeda), com a necessidade de proteção dos depositantes, “conduziram o Estado a um dirigismo económico da actividade bancária”. Impondo normas jurídicas imperativas com o cunho de “ordem pública económica de direcção (regulamentação do crédito)”, os governos dão a orientação necessária à economia da forma como entendem mais pertinente.³⁴⁴

Não só a governos ou Estados de forma isolada interessa o direcionamento do mercado financeiro, mas também a organismos internacionais formados por coletividade internacional. No âmbito do

³⁴² SZTAJN, Rachel. **Sistema financeiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 12.

³⁴³ LASTRA, Rosa Maria. **Banco central e regulamentação bancária**. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 62.

³⁴⁴ VEIGA, Vasco Soares da. **Direito bancário**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

sistema financeiro, por meio do fenômeno da “globalização financeira”, foram ultrapassadas as fronteiras no âmbito da regulação financeira, justamente porque os efeitos de suas crises atualmente desconsideram limites territoriais. A regulação financeira de um país soberano não pode ser enfrentada sem observar também a realidade dos demais.³⁴⁵

A partir da década de 1980 a regulação prudencial voltou-se a um modelo de maior controle de condutas e incentivos à assunção de risco. Especialmente, a partir de 1988, com a publicação do *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, ou Acordo de Basileia I, pelo Comitê de Basileia, o foco da regulação prudencial passou de uma “regulação por balanço” para a mensuração e prevenção dos riscos bancários, com “atenção crescente à dinâmica de remuneração das instituições financeiras e seus incentivos para incorrer em riscos excessivos”.

³⁴⁶

Dentre referidas normas de regulação prudencial, figuram também recomendações – *soft law* –, sem caráter cogente hábil a elevá-las ao patamar de “instrumento de direito internacional”, porém, fruto de manifestação de vontade internacional e coletiva muito bem construída em procedimento negocial (e, pode-se dizer, diplomático) próprio. Emitidas pela Comissão da Basileia sob Supervisão Bancária, atualmente, não podem referidas recomendações ser desconsideradas para uma abordagem valiosa em Direito Bancário.³⁴⁷

254

E justamente neste cenário é cada vez mais frequente o enfrentamento do tema das boas práticas de governança corporativa. Carrega a governança corporativa expectativa de grandeza por parte dos reguladores nacionais e principalmente internacionais. O *Bank for International Settlements* (BIS), publicou, no ano de 2015, em tradução livre, os Princípios de Governança Corporativa para Bancos, documento que comporta treze princípios basilares para a efetiva governança corporativa bancária.³⁴⁸

No Brasil, a preocupação, por parte da autoridade reguladora, na promoção da governança corporativa dentre as instituições financeiras é também clara. A Resolução n.º 4.595, de 28 de agosto de 2017, impõe a instauração de política de conformidade nas instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN. A norma regulatória, ainda, aumenta as atribuições do conselho de administração, conforme seu art. 9º, e busca complementar a eficiência da governança corporativa

³⁴⁵ HELLWIG, Guilherme Centenaro. **Internacionalização regulatória no Sistema Financeiro Nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 32/36.

³⁴⁶ MONTEIRO, Joana Pinto. O desenvolvimento recente da supervisão bancária comportamental. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.). **O novo direito bancário**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 234.

³⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito Bancário**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 102.

³⁴⁸ BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. **Corporate governance principles for banks**, jul. 2015. Disponível em: <<https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>>. Acesso em: 15/01/2021.

da instituição, estabelecendo um órgão administrativo estratégico e independente que visa principalmente a redução do risco de conformidade.³⁴⁹

No ano de 2015, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)*, uma organização privada norte-americana sem fins lucrativos patrocinada pelas associações norte-americanas de contadores, auditores internos, executivos financeiros e outras profissões de relevância, com objetivos de estudar o gerenciamento de risco empresarial, controles internos e de fraudes, publicou, por meio do *Institute of Internal Auditors*, um roteiro de promoção de controles internos baseado em um modelo de três linhas de defesa. Referido modelo, buscando eficiência no gerenciamento de riscos e estruturas de controle, baseia-se na ideia de uma primeira linha de defesa composta por controles de gerenciamento e indicadores efetivos de controle interno; uma segunda linha com política eficiente de *compliance*, gestão integrada de riscos, controle financeiro e responsabilidades bem delineadas dos administradores e colaboradores; e, por fim, uma terceira linha baseada no procedimento de auditoria interna.³⁵⁰ As três linhas de defesa referidas podem ser resumidas na repetida sequência: governança corporativa, gerenciamento de riscos e *compliance*.³⁵¹

255

A definição do conceito de governança corporativa é terreno vasto. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), trata-se a governança corporativa de “sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”. Também aponta o IBGC que “boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização”, aumentando, assim, o seu acesso a recursos de terceiros e “contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum”.³⁵²

Pode-se dizer que a governança corporativa compreende o “conjunto de normas, processos e disposições estatutárias que orientam a operação, regulação e o controle de uma determinada

³⁴⁹ BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução n.º 4.595, de 28 de agosto de 2017**. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=4595&tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=28/8/2017>. Acesso em: 15/01/2021.

³⁵⁰ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. **Leveraging COSO across the three lines of defense**. 2015. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>. Acesso em: 15/01/2021.

³⁵¹ MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. **Compliance bancário: um manual descomplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 35.

³⁵² INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5 ed. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/index.php/publicacoes/codigo-das-melhores-praticas>. Acesso em: 15/01/2021. Pg. 20.

entidade”. Sob uma ótica de análise econômica do direito, tem como objetivo primário evitar riscos de assimetria informacional e suas consequências.³⁵³

A *corporate governance*, segundo Menezes Cordeiro, não é definível em termos jurídicos estritos, posto que corresponde a “um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riqueza a longo prazo, para um controlo de empresas para a transparência”, abrangendo regras jurídicas societárias como a prestação de contas, regras gerais de ordem civil e deveres acessórios, princípios e normas de gestão de natureza econômica e, também, postulados morais e de bom senso.³⁵⁴ Trata-se, como muitos outros temas, de matéria da qual apropria-se o Direito por uma questão de utilidade, utilização e até mesmo necessidade (o que torna ainda mais importante e necessária a sua análise por outros campos, tais como a análise econômica do Direito).

Andrea Polo recorda que uma das concepções mais reproduzidas de governança corporativa vem da lição de Andrei Shleifer e Robert W. Vishny, no sentido de que a governança corporativa abrange os meios pelos quais os investidores e fornecedores de recursos financeiros para companhias asseguram-se do retorno de seus investimentos.³⁵⁵ No entanto, os escândalos e falhas no mercado corporativo renovaram os interesses que circundam a pesquisa do tema da governança corporativa nas décadas de 1990 e 2000. A tendência global de privatização, presença de investidores institucionais, incentivo às economias privadas como a previdência privada, desregulação e integração de mercados de capitais levou a um ambiente de aumento da importância da governança corporativa por um modelo privado e baseado em eficiência de mercado de investimento.³⁵⁶

256

A complexidade e opacidade da atividade bancária torna muito difícil para acionistas e depositantes monitorar os administradores de bancos. Da mesma forma, referida opacidade, como refere Andrea Polo, torna igualmente difícil controlar alterações de apetite por risco, havendo divergência de incentivos no ponto entre os depositantes e os administradores e acionistas, na medida em que os primeiros em nada se beneficiam com a maior tomada de riscos e têm muito a perder com o desaprumo financeiro da instituição. Como se não bastasse, tal cenário torna complexa a

³⁵³ PORTO, Éderson Garin. **Compliance & Governança Corporativa: uma abordagem prática e objetiva**. Porto Alegre: Lawboratory, 2020. p. 94.

³⁵⁴ CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito das sociedades: I volume, das sociedades em geral**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 695.

³⁵⁵ SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W.; A survey of corporate governance. **Journal of finance**, Vol. LII, N. 02, jun-1997, disponível em: <<https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/surveycorpgov.pdf>>. Acesso em: 15/01/2021. p. 737.

³⁵⁶ POLO, Andrea. Corporate governance of banks: the current state of the debate. **SSRN**. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958796>. Acesso em: 15/01/2021. p. 2.

mitigação de efeitos do conflito de agência (*agency theory*) nos bancos com uso de instrumentos contratuais.³⁵⁷

São muitos os pontos que tornam especial a governança corporativa no âmbito da atividade bancária. Sua própria especialidade é o ponto de início. Da sua própria natureza decorrem situações como a opacidade e a complexa regulação aplicável, com imposição de prestação de contas constante aos órgãos regulatórios e a própria noção de crise financeira e seu alcance extraordinário.

“Em que pese não seja uníssono o entendimento de que a governança da instituição financeira tem interferência direta no cenário de crise, por certo que a sua importância é inegável”, segundo Paulo Câmara. É o cenário de crise justamente um grande mecanismo de incentivo aos questionamentos e avaliação da “consistência da governança societária da instituição financeira”, tal como se deu após a crise de 2007/2008 em que muito se falou nas figuras clássicas da governança corporativa como “a estrutura e remuneração dos administradores”.³⁵⁸

257

Para além de qualquer imposição regulatória, as boas práticas de governança corporativa nos bancos, potencialmente, afetam o valor de sua avaliação em mercado, o seu custo de capital, sua performance e, também, a mensuração e controle de seu apetite por riscos. Inclusive, até mesmo na medida em que os bancos atuam ativamente na governança corporativa de muitas companhias e empreendimentos, seja na posição de credores, acionistas ou favorecidos em posição contratual, a sua própria governança corporativa exercida em bom nível é crucial para o crescimento e o desenvolvimento da economia.^{359 360}

4. Considerações Finais.

Na seara do mercado financeiro a governança corporativa é tema muito referido. Instrumentos de governo empresarial que garantem eficiência e condução responsável do empreendimento ocupam, também nas normas regulatórias e suas tendências, lugar de destaque. Até mesmo a

³⁵⁷ POLO, Andrea. Corporate governance of banks: the current state of the debate. **SSRN**. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958796>. Acesso em: 15/01/2021. p. 4/5.

³⁵⁸ CÂMARA, Paulo. O governo societário dos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.). **O novo direito bancário**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 142.

³⁵⁹ POLO, Andrea. Corporate governance of banks: the current state of the debate. **SSRN**. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958796>. Acesso em: 15/01/2021. p. 2.

³⁶⁰ Neste sentido, também: “Nalguns casos, os Bancos saíram até do seu papel tradicional de intermediários de pagamentos, de intermediários financeiros no mercado de valores mobiliários e de distribuidores de crédito, para participar mais estreitamente na gestão de empresas”. (VEIGA, Vasco Soares da. **Direito bancário**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 35).

ideia de menor regulação comumente defendida traz ainda mais luz e destaque à prática da governança corporativa.

Especificamente quanto à atividade de concessão de crédito, um programa satisfatório de governança corporativa compreenderá: (a) a elaboração atenta da política de crédito, de acordo com parâmetros estabelecidos na boa prática e normas regulatórias; (b) a remuneração e o controle de incentivos dos tomadores de decisão; (c) critérios para eleição e indicação destes tomadores de decisão; (d) a fiscalização do cumprimento do plano estratégico e normas regulatórias, especialmente pelos variados níveis da estrutura, (e) prestação de contas aos órgãos regulatórios e (f) transparência na condução dos negócios empresariais, sem prejuízo de diferentes disposições ou matérias.

Imperativo relatar o que pode ser definido enquanto consequência quase natural. Modelos de governança corporativa devem atender à realidade específica de cada instituição. Pelo contrário, o que definirá a potencial maior eficiência de um plano é a compreensão de inúmeros fatores tais como dimensão do negócio, padrão de investidores, norma regulatória especificamente aplicável, tipo de indivíduo disposto a exercer cargos de administração, dentre outros.³⁶¹

258

As normas de governança empresarial devem, ainda, atender a uma máxima de proporcionalidade. Nesta seara, a aplicação do princípio da proporcionalidade, como assim é denominado pela doutrina, serve para “calibrar a intensidade das restrições ao princípio de autonomia empresarial bancária, em função da dimensão, organização interna e natureza, âmbito e complexidade das atividades desenvolvidas”. Se presta à determinação de “menores exigências em termos de governação para bancos de menor dimensão, menor risco e menor complexidade”.³⁶²

Na linha desta máxima de proporcionalidade, as próprias disposições de regulação prudencial são adequadas de acordo com a dimensão e potencial captação de risco de cada instituição financeira. Nos modelos de governança corporativa não pode ser diferente, o que não acaba por afastar sua pertinência para modelos como os propostos pelas *fintechs* de crédito.

Os contornos do contexto decisório da concessão de crédito refletem cenário complexo. Dividida a atividade bancária típica entre a formulação da política de crédito e a efetiva concessão, ambas se dão sob estrutura organizacional que deve como um todo ser objeto de boa governança, mitigando riscos, conservando valor ao longo do tempo e promovendo estabilidade e

³⁶¹ SPONG, Kenneth; SULLIVAN; Richard J. Corporate Governance and Bank Performance. **SSRN**. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1011068>. Acesso em: 15/01/2021.

³⁶² CÂMARA, Paulo. O governo societário dos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.). **O novo direito bancário**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 149.

responsabilidade corporativa sem, por óbvio, deixar de atender ao intuito lucrativo do empreendimento.

Segundo Thierry Bonneau, as obrigações que orbitam a relação de instituições financeiras e seus clientes na concessão de crédito são divididas entre aquelas voltadas à proteção do interesse público geral, com uma ideia de supervisão bancária, e aquelas direcionadas à proteção do próprio cliente. Tais grupos coexistem, mesmo com um aparente conflito ou incompatibilidade, quando, por exemplo, há dever de sigilo dos dados bancários do cliente e dever de informar a autoridade reguladora das peculiaridades de cada operação. Como bem refere o autor, tal coexistência se baseia na limitação desta proteção individual em favor do interesse público.³⁶³

Referido interesse público, por sinal, sinaliza ao ideal de estabilidade e higidez do sistema financeiro como um todo, na medida em que figuras como a internacionalização do mercado financeiro, o risco sistêmico e a conexão indireta entre as instituições imperam neste cenário. A essencialidade do serviço financeiro na sociedade atual torna inequívoca a necessidade de sua proteção e supervisão.

259 Justamente sob este aspecto de promoção geral de estabilidade que a governança corporativa tem muito a oferecer ao mercado de crédito. O pilar de responsabilidade corporativa, com a compreensão de coexistência e promoção geral de valor à sociedade pela empresa, é abastecido, neste campo específico, por referida promoção geral da estabilidade.

Como já didaticamente esclareceu Éderson Garin Porto: a razão para implementação de programas de governança corporativa é de que “perpetuação do negócio, conquistar mercado (clientes e investidores), atrair talentos, são objetivos que só podem ser alcançados se a percepção sobre aquela instituição inspira confiança”.³⁶⁴

Confiança, não é exagero referir, é a base da relação creditícia, base da atividade bancária e base (da estabilidade) do sistema financeiro como atualmente conhecemos. Não há motivo melhor para justificar a pertinência de pelo menos um olhar atento à governança corporativa pelas instituições em geral que operam no mercado de crédito: confiança.

363 BONNEAU, Thierry. *Droit bancaire*. 8 ed. Paris: Montchrestien, 2009. p. 315.

364 PORTO, Éderson Garin. *Compliance & Governança Corporativa: uma abordagem prática e objetiva*. Porto Alegre: Lawlaboratory, 2020. p. 94.

ALVARENGA, Daniel H. C. *Fintechs de Crédito: Regulamentação Jurídica Comentada*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Corporate governance principles for banks*, jul. 2015. Disponível em: <<https://www.bis.org/bcbs/publ/d328.pdf>>. Acesso em: 04/06/2018.

BONNEAU, Thierry. *Droit bancaire*. 8 ed. Paris: Montchrestien, 2009.

BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n.º 4.557, de 23 de fevereiro de 2017. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos e a estrutura de gerenciamento de capital. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=2017&numero=4557>>. Acesso em: 15/01/2021.

BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n.º 4.595, de 28 de agosto de 2017. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?numero=4595&tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&data=28/8/2017>>. Acesso em: 15/01/2021.

BRASIL. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Resolução n.º 4.656, de 26 de abril de 2018. Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas [...]. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o&numero=4656>>. Acesso em: 15/01/2021.

CÂMARA, Paulo. O governo societário dos bancos – em particular, as novas regras e recomendações sobre remuneração na banca. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.). *O novo direito bancário*. Coimbra: Almedina, 2012.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. *Leveraging COSO across the three lines of defense*. 2015. Disponível em: <<https://www.coso.org/Documents/COSO-2015-3LOD.pdf>>. Acesso em: 15/01/2021.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito das sociedades: I volume, das sociedades em geral*. Coimbra: Almedina, 2004.

FABIANI, Emerson Ribeiro. *Direito e crédito bancário no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

- HELLWIG, Guilherme Centenaro. Internacionalização regulatória no Sistema Financeiro Nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5 ed. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/publicacoes/codigo-das-melhores-praticas>>. Acesso em: 15/01/2021.
- LASTRA, Rosa Maria. Banco central e regulamentação bancária. Trad. Dan Markus Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MARTINEZ, André Almeida Rodrigues; LIMA, Carlos Fernando dos Santos. Compliance bancário: um manual descomplicado. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Direito bancário. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MONTEIRO, Joana Pinto. O desenvolvimento recente da supervisão bancária comportamental. In: CÂMARA, Paulo; MAGALHÃES, Manuel (coord.). O novo direito bancário. Coimbra: Almedina, 2012.
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. As recentes tendências da FinTech: disruptivas e colaborativas. In: CORDEIRO, António Menezes; OLIVEIRA, Ana Perestrelo de; DUARTE, Diogo Pereira (coord.). FinTech: Desafios da Tecnologia Financeira. Coimbra: Almedina, 2017.
- POLO, Andrea. Corporate governance of banks: the current state of the debate. SSRN. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=958796>. Acesso em: 15/01/2021.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PORTO, Éderson Garin. Compliance & Governança Corporativa: uma abordagem prática e objetiva. Porto Alegre: Lawboratory, 2020.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. Fundamentos da regulação bancária e a aplicação do princípio da subsidiariedade. São Paulo: Almedina, 2015.
- SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W.; A survey of corporate governance. Journal of finance, Vol. LII, N. 02, jun-1997, disponível em: <<https://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/surveycorp.gov.pdf>>. Acesso em: 15/01/2021.
- SILVA, José Pereira da. Gestão e análise de risco de crédito. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SPONG, Kenneth; SULLIVAN; Richard J. Corporate Governance and Bank Performance. SSRN. 2007. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1011068>. Acesso em: 15/01/2021.

SZTAJN, Rachel. Sistema financeiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VEIGA, Vasco Soares da. Direito bancário. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1997.

WALD, Arnoldo; WAISBERG, Ivo. Legislação, jurisprudência e contratos bancários. In: FONTES, Marcos Rolim Fernandes; WAISBERG, Ivo (coord.). Contratos bancários. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM MATÉRIA DE ORDEM
TRIBUTÁRIA E A CONSEQUENTE
INSEGURANÇA JURÍDICA INSTALADA

*THE SUPREME FEDERAL COURT'S DECISIONS
ABOUT TAX MATTERS AND THE ESTABLISHMENT
OF JURIDICAL INSECURITY AS A CONSEQUENCE*

Isabel Danieli Nardon Siciliana

Universidade de Lisboa, Portugal

contato@isabelnardon.adv.br

Vinicius Domingues de Faria

FUNDACE/USP, Brasil

viniciusdominguesf@hotmail.com

Resumo

O princípio constitucional da segurança jurídica é um dos pilares que estruturam o Estado Social e Democrático de Direito, e muito embora implícito, deve se mostrar presente para a eficácia da função jurisdicional. O programa de Compliance Tributário, por sua vez, tem por objetivo assegurar que o contribuinte esteja em conformidade com as normas tributárias, garantindo, assim, a segurança jurídica de seus atos. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões em matéria tributária, vem afirmando entendimento prejudicial aos contribuintes sob a argumentação de que o posicionamento desfavorável à Fazenda Pública acarretaria verdadeiro rombo ao equilíbrio fiscal, devendo prevalecer, portanto, a arrecadação mesmo que ausente validade constitucional e legal para a exigência do tributo. Tal posicionamento corrobora com a diária sensação de insegurança jurídica por parte do contribuinte. Afinal, por vezes, a Suprema Corte não profere decisões coerentes com a própria legislação constitucional e tributária. Ainda nesse sentido, importante a reflexão acerca da aplicação do instituto da modulação dos efeitos das decisões da referida Corte e da impossibilidade do contribuinte em ser restituído daquilo que recolheu indevidamente. A problemática consiste na análise da efetividade do programa de compliance fiscal a ser adotado pelo empresariado que se compromete a estar em conformidade tributária, e que age em observância aos preceitos legais e éticos, muito embora não haja a reciprocidade por parte do Fisco, postura essa que vem sendo legitimada pelo poder judiciário. Ademais, pretende-se analisar a possível ocorrência de prejuízos para a construção de uma política fiscal capaz de fortalecer o pacto entre Fazenda Pública e o contribuinte, bem como influenciar no comportamento de adimplemento voluntário das obrigações fiscais, tendo em vista a desconfiança daquele que paga o tributo e da sua percepção acerca do sistema tributário como um todo, conseqüente da insegurança jurídica promovida pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Tributário; STF; Insegurança Jurídica; Contribuintes.

Abstract

The constitutional principle of the legal security is one of the pillars which sustain the Social and Democratic Rule of Law. Although implicit, it must be present to guarantee the efficacy of the jurisdictional function. The Tax Compliance program, in turn, ensures that the taxpayer is in conformity with the tax rules, which guarantees their legal security for their endeavors. The Supreme Court, in its decision about tax matters, has been stating that there is a harmful understanding to the taxpayers under the allegation that the unfavorable positioning towards the Federal Treasury may result in a leak to the fiscal balance, therefore, the collection should prevail even in the absence of constitutional and lawful validity to the tax. Such decision corroborates to the daily impression of legal insecurity to the taxpayers, for in some cases the Supreme Court decides incoherently to the very constitutional and tributary law. Still, it is important to reflect on the application of effect modulation on decisions from the referred court and the preclusion for the taxpayer to be restituted from what was improperly collected. The problematic consists in the effectiveness analysis of the tax compliance program to be adopted by the entrepreneur whose commits to liquidate the taxes and acts following the legal and ethic precepts, although no reciprocity is employed by the tax authority, which has been legitimated by the Judicial Power. Furthermore, it is intended to assess the possible occurrence of impairment in the development of a tax policy which is able to strengthen the pact between the National Treasury and the taxpayer, as well as influencing the voluntary payment behavior of the tax obligations, aiming towards the mistrust from those who pay the taxes and their perception concerning the tribute system as a whole, and consequently the law insecurity promoted by the Superior Court.

Keywords: Tributary; STF (Supreme Federal Court); Juridical Insecurity; Taxpayers.

1. Introdução

Diante de um ordenamento tributário desafiador como o do Brasil adotar um programa de compliance tributário não se mostra apenas como ferramenta capaz de gerir o cumprimento das obrigações fiscais, mas também tem por objetivo evitar situações que podem por fim a atividade negocial, como a aplicação de multas e penalidades por parte do Fisco.

Desta forma, com o fim de estar em conformidade com os dispositivos legais, e ainda pautar-se por condutas éticas e íntegras, as empresas buscam cada vez mais a implementação de programas de compliance, obedecendo fielmente os dispositivos legais e buscando segurança nas suas práticas empresariais.

Entretanto, as decisões das cortes superiores, principalmente aquelas do Supremo Tribunal Federal em ordem de matéria tributária, foco deste estudo, vem colocando em risco essa relação de confiança e de estabilidade, ofendendo um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja o princípio da segurança jurídica.

O objetivo principal deste estudo fundamenta-se na análise da efetividade dos programas de compliance ante a insegurança jurídica instalada com as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, além de causar prejuízos aos contribuintes pode influenciar a desconfiança tributária ante a sensação de injustiça perpetrada pelas decisões judiciais em discordância com os dispositivos legais.

266

2. Do princípio da segurança jurídica e a sua importância para o estado democrático de direito

O princípio da segurança jurídica encontra-se disposto, implicitamente, na Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo também denominado como uma norma-princípio. Ademais, a segurança jurídica se revela como elemento essencial do Estado Democrático e de Direito uma vez que visa assegurar a estabilidade e a previsibilidade dos atos jurídicos e normativos.³⁶⁵

Em um sentido mais completo, pode se afirmar que a segurança jurídica tem como função coordenar as relações humanas em sociedade, propagando em toda a comunidade o sentimento de previsibilidade no que se refere aos efeitos jurídicos da regulação da conduta.

Helena Taveira Torres assevera que:

³⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 132

[...] define-se a segurança jurídica como princípio-garantia constitucional que tem por finalidade proteger direitos decorrentes das expectativas de confiança legítima na criação ou aplicação das normas jurídicas, mediante certeza jurídica, estabilidade do ordenamento ou efetividade de direitos e liberdades fundamentais.³⁶⁶

Portanto, o princípio da segurança jurídica diz respeito a garantia de estabilidade quando dos negócios jurídicos celebrados em sociedade, garantindo a todos a confiança prévia das consequências de se inserirem em determinada situação, bem como quais são os seus direitos e deveres.

Ainda, José Canotilho afirma que:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autonomia e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção à confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança sempre mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos do acto.³⁶⁷

267

Portanto, uma vez que o Estado Democrático de Direito se revela na proteção dos indivíduos contra arbitrariedades, a prevalência da segurança jurídica é de fato o que torna possível o exercício do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que estabelece confiança e estabilidade a todos cidadãos.³⁶⁸

Ademais, tem por objetivo a organização de uma sociedade justa e segura, em respeito à soberania popular e respeitando os direitos fundamentais, sendo divididos em três poderes independentes e harmônicos entre si, quais sejam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Quando há conflitos acerca do cumprimento da legislação seja entre particulares como também na relação entre o Estado e cidadão, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, reestabelecer

366 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 26.

367 CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almeida, 2000. p. 256.

368 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Ed. Malheiros. Ano 2017. p. 483

o cumprimento das normas conforme assegurado pelo ordenamento jurídico, garantindo a segurança (de direitos) e estabilidade da vida em sociedade.

Destaca-se que não se está a retirar dos magistrados o poder de interpretação da Lei quando necessário a adequação ao caso concreto. Entretanto, não se pode extrapolar os limites plausíveis de obediência da legislação de modo que o poder judiciário passe a legislar em favor de determinada parte.

3. A busca pela conformidade normativa através da adoção do programa de compliance tributário

Compliance tributário diz respeito ao conjunto de medidas que tenham por objetivo controlar o cumprimento das obrigações tributárias nos processos diários, assegurando o pagamento correto de tributos, a entrega das declarações em tempo hábil e em conformidade com as exigências legais, apresentação de documentos fiscais, entre outros, garantindo a conformidade e prevenindo a imposição de multas e penalizações por parte do Fisco.³⁶⁹

O Brasil possui um sistema tributário de alta complexidade, necessitando as empresas disporem de tempo considerável para cumprir com as obrigações impostas pelo Fisco. Logo, gerir o sistema fiscal de uma empresa é tarefa árdua que merece muita atenção, tendo em vista que o descumprimento da legislação pode levar a implicações como multas e penalidades, pondo em risco, inclusive, a continuidade do negócio.

Portanto, com o fim de minimizar riscos de inconformidade tributária, os programas de *compliance* vem se mostrando úteis, possibilitando às instituições um maior controle do cumprimento dos regulamentos tributários vigentes, como também das mudanças normativas.

Importante destacar que o programa de *compliance* tributário possui outro papel importante que vai além da prevenção de riscos e monitoramento do cumprimento das obrigações fiscais. Trata-se da diminuição da carga fiscal suportada pela empresa, uma vez que com um maior controle sobre os procedimentos tributários é possível identificar benefícios e vantagens que antes eram desconhecidos, além de também possibilitar a tomada de decisões que antecedem a incidência do fato gerador do tributo.

³⁶⁹ SANTOS, Cleônimo dos. **Compliance Fiscal e Tributário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019. p. 1.

Por fim, e não menos importante, quando se fala em programas de *compliance* também é indispensável que as instituições adotem uma postura íntegra e ética em suas práticas empresariais. Não basta o simples cumprimento da legislação, mas também a preocupação com os impactos que aquela organização causará na sociedade e principalmente para a coletividade que a cerca.

Isso porque, quando se analisa pelo viés do sistema tributário como um todo, o Poder Público necessita dispor de recursos para a promoção dos serviços essenciais e cumprimento dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Logo, isso só é possível através do adimplemento dos tributos por parte dos contribuintes.

Assim sendo, a própria preocupação da empresa com princípios éticos e valores morais empresariais são fundamentais para que se estabeleça critérios e parâmetros necessários para adequar as atividades empresariais como socialmente responsáveis.³⁷⁰ Isso serve também no que tange ao cumprimento das obrigações tributárias.

269

Importante frisar também que a sociedade vem desempenhando a função fiscalizatória, se mostrando cada vez mais intolerante às práticas empresariais que tenham por objetivo esquivar-se do pagamento de tributos. Destaca-se o episódio de boicote dos consumidores da multinacional Starbucks após o fisco inglês divulgar a perda arrecadatória que se deu através de planejamento tributário desleal. Logo, estar em conformidade com as leis e regulamentos é uma importante ferramenta para atrair a atenção dos consumidores de forma positiva e evitar desgastes reputacionais.³⁷¹

Como consequência, o programa de *compliance*, além de reduzir riscos, priorizar a economia financeira com a adoção de medidas éticas e integras, também serve de ferramenta para fortalecer a relação de confiança do Fisco para com o contribuinte que de forma espontânea decide adotar um comportamento de total cumprimento das exigências legais.

Destaca-se que as entidades privadas revelam papel importante como agentes transformadores da sociedade, influenciando, diretamente, o mercado, a livre concorrência e a justiça fiscal. Logo, além do auto comprometimento destas em manter uma postura de conformidade tributária, há

370 VELOSO, Leticia Helena Medeiros. *Ética, valores e cultura. Ética e responsabilidade social nos negócios*. Coordenação: Patricia Almeida Ashley. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Ebook. cap. 1.

371 RIBEIRO, Maria de Fátima. PAULA, Sandra Cristina Martins Nogueira Guilherme de. SILVA, Renata Cristina De Oliveira Alencar. *Responsabilidade Social da Empresa, Economia Circular e Compliance*. Disponível em <https://portal.unimar.br/site/public/simposios/VOLUME6-PROGRAMA%20DEP%C3%93SGRADUACAOEMDIREITOXIIISICeIXENPOS.docx.pdf#page=72>> Acesso em 20 de dezembro 2020.

também a importância de medidas por parte do Fisco que visem a estimular esses sujeitos corporativos em manter-se em *compliance*.³⁷²

Ocorre que, a adoção dos programas de *compliance* tributário por parte das empresas vem se mostrando ineficazes haja vista o descumprimento legal por parte do próprio Fisco e legitimado pelo Poder Judiciário. A intenção de cumprir com a legislação de forma transparente por parte das instituições privadas deixa de fazer sentido frente a insegurança jurídica instalada, conforme será analisado a seguir.

4. Do posicionamento do stf e a insegurança jurídica instalada

Segundo se depreende da leitura da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, assim como o Superior Tribunal de Justiça, encontra-se como último grau de jurisdição. Ou seja, competem aos ministros integrantes das cortes superiores conhecer e julgar, em *ultima ratio*, as demandas judiciais que tramitam em nosso sistema judiciário, desde que cumpridos os requisitos exigidos em lei para o processamento perante as cortes.

270

Ademais, é de notória importância a atuação da Suprema Corte perante toda a sociedade – não apenas a jurídica. Isso porque, a depender da situação e do assunto *sub judice*, as consequências do posicionamento dos ministros devem ser respeitadas por todos. É o que se denomina no direito de efeito *erga omnes*.

Diante disso, faz-se de suma importância analisar cautelosamente as decisões/acórdãos proferidos pela Corte Suprema, uma vez que podem influenciar na tomada de decisões de todos. Em âmbito de Direito Tributário não se faz diferente.

4.1. Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal

Conforme se infere do caput do art. 102 da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)³⁷³

³⁷² VITALIS, Aline. **Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa**. Revista Direito GV. vol.15 nº 1. São Paulo, 2019.

³⁷³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

Isso significa, em outros dizeres, que a Suprema Corte possui a responsabilidade de guarda de nossa Lei Maior. Desta feita, é papel dos ministros integrantes do Pretório Excelso zelar pelas normas insculpidas na Magna Carta.

Percebe-se, desde logo, o grande e importante papel exercido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a eles competem a garantia de que a Constituição Federal emanada da vontade do povo e promulgada em 1988 será efetiva e devidamente cumprida, rechaçando-se qualquer ato que seja capaz de feri-la.

Para elucidar sobre o tema, o Ministro Celso de Melo já nos ensinou:

“O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.³⁷⁴”

271

E, para se adequar às constantes mudanças no mundo jurídico pátrio e garantir a segurança jurídica sempre almejada, incorporou-se à Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, os institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 103 da CF:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal,

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.603/DF**. Impetrante: Partido da Social-Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de Agosto de 2007. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776421/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26603-df-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.³⁷⁵

Já a repercussão geral visa à uniformização da interpretação da Carta Magna, tornando obrigatória a mesma atuação por todos os demais entes.

Ainda, é competência da Suprema Corte a análise da constitucionalidade dos atos normativos, sempre em consonância com a Lei Maior.

Sobre o tema, importante trazer o balizado e brilhante ensinamento do Ministro Celso de Melo, explanado em seu voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010, de sua própria relatoria:

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas³⁷⁶

272

Portanto, na qualidade incontestável de guardião da Constituição Federal, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal, faça a análise dos casos de forma sempre a respeitar e a garantir a eficácia das normas insculpidas na Carta Magna, sob pena de violação ao art. 102 da Constituição Federal e, ainda, infringir sua própria responsabilidade enquanto Corte.

Assim, a análise esmerada e precisa das decisões proferidas pelos ministros integrantes do Pretório Excelso é, não só juridicamente importante, como também refletem em todos os cidadãos.

4.2. Recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a possível insegurança jurídica instaurada

Não obstante o dever de atuar como guardião da Constituição Federal, não é sempre que o Supremo Tribunal Federal atinge o seu objetivo principal.

375 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

376 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Melo. Julgado em 30 de setembro de 1999. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

Recentes julgados proferidos pela Suprema Corte vão de encontro com os ditames da Lei Maior, infringindo até o princípio da segurança jurídica, basilar de toda e qualquer relação jurídica.

Em seara tributária essa dicotomia é ainda mais evidente, na medida em que, inúmeras vezes, a matéria é julgada revestida sob o manto da subjetividade, abrindo margens para interpretações que, por vezes, extrapolam as normas constitucionais. Recentemente, sobejado do viés garantidor conferido pela Constituição Federal, o Pretório Excelso tem proferido decisões de matéria tributária que acarretam a retromencionada insegurança jurídica.

Não raramente, os ministros do Supremo Tribunal Federal adotam posicionamento divergente ao anteriormente estipulado pela Corte, sob as mais variadas justificativas e, quase em sua totalidade, para acolher aos anseios do Entes Estatais (União, Estados e Municípios), como forma de “preservar” a arrecadação pública, por meio de tributos. Todavia, muita das vezes, as medidas atropelam direitos dos contribuintes já garantidos em outras oportunidades, inclusive pela própria Corte Suprema.

Apenas a título exemplificativo, citamos alguns julgados que ferem o direito dos contribuintes e, a princípio, vão na contramão das normas constitucionais.

273

Talvez o caso mais emblemático seja o que versa sobre a tese de exclusão do ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços) da base de cálculo do PIS (Programa de Integração Social) e da CONFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social).

Conhecida como “a tese do século”, o *Leading Case* (RE 574706)³⁷⁷, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, foi julgado em Plenário 15 de março de 2017, reconhecendo o direito pleiteado pelo contribuinte e determinando a exclusão do tributo. O julgamento se deu sob o manto da repercussão geral.

Ocorre que, não obstante a decisão ser datada de 2017, o feito ainda não transitou em julgado. Isso porque, há Embargos de Declaração pendentes de análise. E, ao contrário do que esperam os contribuintes, o Supremo Tribunal Federal poderá reduzir drasticamente o potencial recuperatório de tributos, caso entenda que o ICMS a ser excluído seja aquele efetivamente recolhido, e não o destacado na Nota Fiscal.

377 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574706. Recorrente: MCOPA Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União – Fazenda Nacional. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 15 de março de 2017. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23890251/recurso-extraordinario-re-574706-pr-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

No entanto, apesar da ausência do trânsito em julgado, inúmeros contribuintes ingressaram com ações judiciais para ver o seu direito garantido e recuperar o indébito eventualmente pago, respeitado o período prescricional. Entretanto, muitos encontraram óbice quando do cumprimento de sentença dos casos, embora possuam em seu favor decisões favoráveis. Isso porque, o *leading case* ainda não finalizou.

Recentemente, a Min. Carmen Lúcia, relatora, decidiu pela manutenção da suspensão de um cumprimento de sentença, sob o argumento de que:

Os Embargos da União não versam apenas sobre o procedimento de liquidação do julgado. Os embargos questionam, também, relevantes questões sobre o mérito do julgamento, além de pedir a modulação de efeitos da decisão. Este pedido foi realizado da tribuna, ao ensejo do julgamento do extraordinário, tendo o Supremo estabelecido que fosse feito por escrito, nos autos, com a interposição de embargos de declaração.³⁷⁸

Para muitos, essa decisão não respeita o direito pátrio, uma vez que, com o trânsito em julgado da ação principal, não há que se falar em suspensão do cumprimento de sentença, uma vez que o direito discutido já fora analisado. Entretanto, não foi assim que entendeu a Ministra Relatora. 274

Outro caso emblemático é referente ao RE nº 628.075, concluído em 17/08/2020. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal fixou, em sede de repercussão geral, a tese de que:

o estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), não viola o princípio constitucional da não cumulatividade.³⁷⁹

Entendeu a Suprema Corte que é constitucional o art. 8º, inc. I, da Lei Complementar nº 24/75, o qual estabelece a “ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria”³⁸⁰ nos casos de operações interestaduais que são amparadas por benefícios fiscais concedidos pelo Estado de origem sem prévia autorização do CONFAZ.

Diante do impacto econômico bilionário decorrente do tema, o Pretório Excelso modulou os efeitos da decisão (conferindo-lhe efeito *ex nunc*). Desta forma, a decisão proferida passa a ter validade somente após a data de sua conclusão, não retroagindo.

378 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574706. Recorrente: MCOPIA Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União – Fazenda Nacional. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 15 de março de 2017. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23890251/recurso-extraordinario-re-574706-pr-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

379 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 628.075. Recorrente: GELITA DO BRASIL LTDA. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 17 de agosto de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3928967>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

380 BRASIL. Lei Complementar nº 24 de 07 de janeiro de 1975. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

Cita-se, também o julgamento do RE 1.049.811, concluído em 05 de setembro de 2020, em que o Supremo Tribunal Federal fixou que:

É constitucional a inclusão dos valores retidos pelas administradoras de cartões na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS devidas por empresa que recebe pagamentos por meio de cartões de crédito e débito.³⁸¹

O julgamento foi realizado sob a ótica da repercussão geral e trouxe grandes prejuízos aos contribuintes, uma vez que não reconheceu a despesa como essenciais à atividade empresarial, mas como custo operacional, razão pela qual não pode ser deduzida da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Entendeu o STF, na ocasião, que os referidos valores não são redutores da receita bruta total da pessoa jurídica, mas sim de custos operacionais, utilizados pelo contribuinte para facilitar e conceber a venda dos seus produtos e a prestação dos seus serviços, inexistindo respaldo legal que autorize a dedução destes na base de cálculo das contribuições sociais.

Outro exemplo é o tema 296, julgado pelo Pretório Excelso, em sede de repercussão geral, em que restou decidido que:

é taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva.³⁸²

Ao entender dessa forma, o Supremo Tribunal Federal abre margens para uma interpretação do que seriam as “atividades inerentes”. Isso, por si só, já acarreta insegurança jurídica absurda, uma vez que fica a critério do fisco interpretar se determinada atividade é ou não inerente ao serviço gerador de ISS (Imposto Sobre Serviços).

Os exemplos acima transcritos são parte diminuta das inúmeras decisões do Supremo que causam aos contribuintes a sensação de insegurança, além do constante desconforto em não saber se determinada atividade será tributada da forma como prevê a lei ou se haverá lançamento adicional.

381 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.049.811. Recorrente: HT Comercio de Madeiras e Ferragens LTDA. Recorrido: União. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 05 de setembro de 2020. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/155024873/processo-n-1049811-do-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

382 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 296. Min. Rel. Rosa Weber. Julgado em 29 de junho de 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4495933&numeroProcesso=784439&classeProcesso=RE&numeroTema=296>> Acesso em 18 de janeiro de 2021.

Além da já mencionada insegurança jurídica, estima-se que o acolhimento das demandas do fisco representa um volume de cerca de 500 bilhões de reais, a título de perda por parte dos contribuintes.

Mostra-se clara a situação vivenciada pelos contribuintes no país. Enfrentam, a todo o momento, a ânsia arrecadatória estatal e, por vezes, esbarram em decisões que destoam da lei pátria. E, por vezes, com o aval da Suprema Corte em sede de repercussão geral.

Esse cenário de insegurança jurídica instalada acaba, de certa forma, incentivando a inconformidade dos contribuintes. Isso porque, ao estudarem toda a legislação tributária nacional, estadual e municipal, além de se depararem com um mar de normativas infundável e pouco explicativas, encontram óbice ao desenvolvimento jurídico-legal de suas atividades por atos que, sequer, encontram previsão no ordenamento jurídico pátrio (constitucional ou infraconstitucional).

Não obstante a situação acima explanada, o contribuinte ainda se vê diante de uma das maiores cargas tributárias do mundo, com a cobrança de tributos por todos os entes públicos, que por vezes não trazem explicitamente a forma de cálculo da cobrança.

Todo esse cenário é ensejador de desconfiança, não só no sistema tributário em si, mas também da aplicação da legislação por parte do Estado, uma vez que não há clareza na exposição da carga tributária em cobro.

Além do mais, o contribuinte, ao cumprir fielmente a letra da lei, vê-se cada mais suscetível à novas cobranças, decorrentes de lançamentos tributários decorrentes do aval de decisões do Pretório Excelso. Aos olhos do cidadão comum, saída outra não há senão o pagamento incorreto dos tributos, seja por meio de sonegação, quer seja por ausência de pagamento.

Não se pretende justificar o não cumprimento das obrigações tributárias em si. Porém, é importante que se depreenda que o Supremo Tribunal Federal, ao extrapolar os liames da Constituição Federal e julgar de forma, por vezes, contrária à Carta Magna, acaba por gerar ao contribuinte a insegurança jurídica sempre indesejada no meio jurídico.

Portanto, não basta à Suprema Corte buscar garantir a “arrecadação” dos entes estatais, pois muitas vezes ultrapassa os limites do direito garantido ao cidadão, em busca da conservação dos cofres públicos.

5. Considerações finais

Diante do tema ora analisado, podemos concluir que as algumas decisões por parte do Supremo Tribunal Federal em ordem de matéria tributária significam o verdadeiro esvaziamento do princípio da segurança jurídica, o que corrobora para a relação de mútua desconfiança dos contribuintes para com a Administração Pública.

Não se contesta o fato que para haver uma sociedade socialmente equilibrada, bem como a garantia dos serviços essenciais por parte do Estado o mesmo precise de recursos financeiros que se dá através da arrecadação de tributos. Para isso foi criado um ordenamento tributário pautado em normativos que definem as regras para que essa arrecadação seja eficaz e justa. Entretanto, de forma alguma a carga fiscal exigida deve se sobressair a legislação, como vem ocorrendo nos exemplos citados neste estudo.

Ora, como se pode exigir por parte dos contribuintes uma postura transparente e íntegra se a própria Administração Pública age em desconformidade legal? E pior, quando o poder judiciário, sendo este responsável por reestabelecer o cumprimento da lei, acaba por corroborar com as práticas ilegais por parte do Poder Público?

277

É sabido que o Estado apresenta cada vez mais medidas com o fim de prevenir, controlar ou obstaculizar o aumento dos índices de não cumprimento das obrigações fiscais. O objetivo, ao que tudo parece é a construção de uma política fiscal capaz de influenciar de forma positiva os contribuintes a optarem por um comportamento que vise o adimplemento consciente das suas obrigações fiscais. Entretanto, essa postura a ser adotada depende também da percepção que os contribuintes possuem acerca do sistema tributário como um todo.³⁸³

A adoção dos programas de compliance tributário por parte das instituições privadas acaba por demonstrar a boa-fé das mesmas, que acreditam que seus atos em conformidade legal serão devidamente respeitados pelo Fisco, bem como pelo Poder Judiciário.

Entretanto, a insegurança jurídica instalada diante das decisões judiciais não garante previsibilidade e estabilidade das condutas a serem adotadas, de forma que mesmo com a implementação de um programa de *compliance* tributário os contribuintes se veem amplamente prejudicados em seus direitos.

Além de um ordenamento tributário brasileiro complexo e que não se vê possibilidades de melhoras em um futuro próximo, não se pode também perder a confiança no Poder Judiciário

³⁸³ VITALIS, Aline. Compliance **fiscal e regulação fiscal cooperativa**. Rev. Direito GV. vol.15 nº 1. São Paulo, 2019.

quando da resolução dos conflitos existentes em matéria de ordem tributária, cabendo este exercer a sua função de proteção do Estado Democrático de Direito, bem como da Constituição Federal, limitando as ações estatais que desrespeitam a legislação e reestabelecendo a segurança jurídica nas relações entre Fisco e contribuintes.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 24 de 07 de janeiro de 1975. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp24.htm>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Rel. Min. Celso de Melo. Julgado em 30 de setembro de 1999. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603/DF. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Senhor Presidente da Câmara dos Deputados. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de Agosto de 2007. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14776421/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-26603-df-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.049.811. Recorrente: HT Comercio de Madeiras e Ferragens LTDA. Recorrido: União. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 05 de setembro de 2020. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/155024873/processo-n-1049811-do-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574706. Recorrente: MCOPA Importação, Exportação e Indústria de Óleos LTDA. Recorrido: União – Fazenda Nacional. Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgado em 15 de março de 2017. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23890251/recurso-extraordinario-re-574706-pr-stf>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 628.075. Recorrente: Gelita do Brasil LTDA. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Edson Fachin. Julgado em 17 de agosto de 2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3928967>>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 296. Min. Rel. Rosa Weber. Julgado em 29 de junho de 2020. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4495933&numeroProcesso=784439&classeProcesso=RE&numeroTema=296>> Acesso em 18 de janeiro de 2021.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almeida, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Ed. Malheiros. Ano 2017.

RIBEIRO, Maria de Fátima. PAULA, Sandra Cristina Martins Nogueira Guilherme de. SILVA, Renata Cristina De Oliveira Alencar. *Responsabilidade Social da Empresa, Economia Circular e Compliance*. Disponível em <https://portal.unimar.br/site/public/simposios/VOLUME6PROGRAMA%20DEP%C3%93SGRADUACAOEMDIREITOXIIISICelXENPOS.docx.pdf#page=72>> Acesso em 20 de dezembro 2020.

SANTOS, Cleônimo dos. *Compliance Fiscal e Tributário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VELOSO, Letícia Helena Medeiros. *Ética, valores e cultura. Ética e responsabilidade social nos negócios*. Coordenação: Patrícia Almeida Ashley. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Ebook.

VITALIS, Aline. *Compliance fiscal e regulação fiscal cooperativa*. Revista Direito GV. vol.15 nº 1. São Paulo, 2019.

DEFININDO TECNOLOGIA REGULATÓRIA (REGTECH)

DEFINING REGULATORY TECHNOLOGY (REGTECH)

Silvio Bitencourt da Silva

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

sibitencourt@unisinos.br

Taís Müller Flores

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

taismflores@gmail.com

Resumo

A combinação de regulamentação e tecnologia não é nova, porém Tecnologia Regulatória – RegTech está ganhando atenção frente aos desafios de acompanhar as mudanças regulatórias e de conformidade, especialmente no contexto da regulação financeira e dos mercados financeiros como uma nova categoria de inovações que antes eram classificadas como parte de Tecnologia Financeira - FinTech. Assim, este artigo se propõe a explorar a complexidade da RegTech e propõe uma definição, extraída de um processo de revisão de diversos artigos acadêmicos sobre RegTech a partir de 2015 quando o termo foi cunhado pela Financial Conduct Authority – FCA (em português, Autoridade de Conduta Financeira). O plano de pesquisa bibliográfica incluiu buscas nas bases de dados EBSCO, Business Source Premier, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Emerald Insight, JSTOR, SAGE, Science Direct, Springer Link, Taylor Francis e Wiley Online Library. As definições do termo obtidas foram examinadas por meio da interpretação do significado de RegTech. Foi identificado que RegTech significa a aplicação de Tecnologias de Informação e Comunicação - TICs, a fim de simplificar e otimizar processos, tais como: conformidade, gestão de riscos, emissão de relatórios e gestão de dados.

Palavras-chave: Conformidade, FinTech; RegTech; Regulação; Tecnologia.

Abstract

The combination of regulation and technology is not new, however Regulatory Technology - RegTech is gaining attention in the face of the challenges of following regulatory and compliance changes, especially in the context of financial regulation and financial markets as a new category of innovations that were previously classified as part of Financial Technology - FinTech. Thus, this article proposes to explore the complexity of RegTech and proposes a definition, extracted from a review process of several academic articles on RegTech from 2015 when the term was coined by the Financial Conduct Authority - FCA. The bibliographic research plan included searches in the EBSCO, Business Source Premier, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Emerald Insight, JSTOR, SAGE, Science Direct, Springer Link, Taylor Francis and Wiley Online Library databases. The definitions of the term obtained were examined by interpreting the meaning of RegTech. It was identified that RegTech means the application of Information and Communication Technologies - ICTs, in order to simplify and optimize processes, such as: compliance, risk management, reporting and data management.

Keywords: Compliance; FinTech; RegTech; Regulation; Technology.

1. Introdução

Identificar, interpretar e cumprir os volumosos requisitos legais exige muitos recursos e, portanto, a necessidade de conduzir o acompanhamento das mudanças regulatórias e de conformidade tornou-se mais relevante em nossos tempos. Nesta direção, mesmo que a combinação de regulamentação e tecnologia não se trate de algo novo, a chamada Tecnologia Regulatória – RegTech está ganhando atenção frente aos desafios de acompanhar as mudanças regulatórias e de conformidade, especialmente no contexto da regulação financeira e dos mercados financeiros como uma nova categoria de inovações que antes eram classificadas como parte de Tecnologia Financeira - FinTech.

De fato, desenvolvimentos regulatórios e tecnológicos estão mudando a natureza dos mercados financeiros, serviços e instituições de maneiras completamente inesperadas antes da Crise Financeira Global (GFC) de 2008, conforme abordado por ARNER; BARBERIS; BUCKLEY, 2015). Nesta direção, a rápida evolução e desenvolvimento de FinTech exige uma evolução e desenvolvimento semelhantes de “RegTech” (ARNER et al., 2017).

Na medida em que FinTechs tratam principalmente de processos de negócios, pois referem-se ao uso de tecnologia para fornecer soluções financeiras, RegTechs se referem ao relacionamento entre o intermediário e o supervisor e / ou regulador; ou seja, garante não apenas que a lei seja cumprida de forma mais eficaz, mas também fornece sistemas para projetar melhores sistemas e infraestrutura regulatória e supervisora (ARNER et al., 2020).

Além disso, por definição, FinTechs envolvem apenas o setor financeiro, enquanto RegTech podem ser aplicadas em qualquer área de regulamentação, conformidade e projeto de sistema, seja no contexto financeiro ou de outra forma (ARNER et al., 2020).

Entretanto, não há consenso sobre o que significa o termo RegTech (YANG; TSANG, 2018), pois assume uma seleção de significados dependendo dos indivíduos que o definem (NARANG, Shilpa, 2021). Assim, este artigo se propõe a explorar a complexidade da RegTech, construindo uma definição do termo que seja distintiva e objetiva em sua comunicação, mas suficientemente ampla em sua aplicação para subsidiar acadêmicos, profissionais e formuladores de políticas.

Além desta introdução, o restante deste artigo está organizado em seções. Em primeiro lugar, o pano de fundo do termo RegTech é exposto por meio de seus principais antecedentes e perspectivas, seguido pelos métodos adotados para atingir o objetivo delineado acima e os resultados obtidos, bem com a discussão que descreve as descobertas obtidas, bem como são apresentadas as considerações finais e, por fim, as referências adotadas.

2. Antecedentes e perspectivas

De acordo com o Google Trends³⁸⁴ - uma ferramenta do Google que mostra os mais populares termos buscados em um passado recente, apresentando gráficos com a frequência em que um termo particular é procurado em várias regiões do mundo, e em vários idiomas – o termo Regtech tem tido um crescente interesse desde 2015, quanto o termo foi cunhado pela *Financial Conduct Authority* – FCA (em português, Autoridade de Conduta Financeira), o primeiro órgão governamental a estabelecer e promover o termo RegTech³⁸⁵ como “[...] um subconjunto de FinTech que se concentra em tecnologias que podem facilitar a entrega de requisitos regulamentares de forma mais eficiente e eficaz do que capacidades existentes.”

Com o aumento da sua popularidade no mundo dos negócios em geral, o termo RegTech tem ganho aceitação e entrada nos dicionários. O Oxford English Dictionary³⁸⁶, por exemplo, sugere que RegTech é uma abreviação do início do século 21 de tecnologia regulatória (anteriormente nos nomes de várias empresas) e são “Programas de computador e outras tecnologias usadas para ajudar empresas bancárias e financeiras a cumprir as regulamentações governamentais”, apresentando como um dos seus exemplos de aplicação que “Regtech poderia fornecer conformidade regulatória aprimorada.” Outro dicionário muito popular de nossos tempos, a Wikipedia³⁸⁷ sugere que “é uma nova tecnologia que usa tecnologia da informação para aprimorar os processos regulatórios.”

284

Em março de 2015, um relatório do Consultor Científico do Governo do Reino Unido³⁸⁸, afirmou que “FinTech tem o potencial de ser aplicado à regulamentação e conformidade para tornar a regulamentação e relatórios financeiros mais transparentes, eficientes e eficazes - criando novos mecanismos para a tecnologia regulatória, RegTech.”

O primeiro estudo de benchmark global do setor RegTech conduzido pelo Cambridge Centre for Alternative Finance, realizado com o apoio da EY Japan, foi baseado em uma pesquisa com 111 empresas, bem como reguladores e especialistas do setor (SCHIZAS, 2019). Estimou que a indústria global da RegTech gerou US \$ 5 bilhões em receita em 2018 e levantou US \$ 9,7 bilhões em financiamento externo no início de 2019. O setor de serviços financeiros dominou a demanda por serviços da RegTech, mas a maioria dos fornecedores agora visa setores não financeiros, e essa participação deveria crescer. O estudo (SCHIZAS, 2019) identificou que o mercado RegTech

384 <https://trends.google.com.br/trends/explore?date=2015-01-01%202020-12-31&q=regtecho>

385 <https://www.fca.org.uk/news/news-stories/call-input-supporting-development-and-adoption-regtech>

386 <https://www.lexico.com/definition/regtech>

387 https://en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_technology

388 <https://www.gov.uk/government/publications/fintech-blackett-review>

pode ser dividido em cinco segmentos distintos: 1. Criação de perfil e due diligence 2. Conformidade dinâmica 3. Relatórios e painéis 4. Análise de risco 5. Monitoramento do mercado. Também permitiu observar que passou por um período de rápido crescimento entre 2014 e 2018, mas que estava crescendo principalmente por meio da expansão histórica, em vez da entrada no mercado, demonstrando que um punhado de fornecedores maiores, portanto, dominava a maior parte do financiamento e da atividade comercial.

O estudo FINTECH, REGTECH AND THE ROLE OF COMPLIANCE 2021 (em português, Fintech, RegTech e o papel do Compliance 2021) produzido pela Thomson Reuters Regulatory Intelligence³⁸⁹, identificou que as aplicações de Regtech tem continuado a fornecer soluções integradas para empresas em áreas como monitoramento de conformidade, crime financeiro, anti-lavagem de dinheiro - combate ao financiamento do terrorismo, sanções e relatórios regulatórios.

Em perspectiva, o RegTech Universe 2021 apresentado pela Deloitte³⁹⁰ destaca que RegTech é mais do que uma palavra da moda, pois se trata de um movimento muito real que já está causando impacto no cumprimento regulatório. Promete causar uma disrupção no cenário regulatório ao fornecer soluções tecnologicamente avançadas para as demandas cada vez maiores de conformidade dentro da indústria financeira.

285

3. Métodos

O método de pesquisa escolhido para as investigações foi uma revisão da literatura. O objetivo era capturar definições do termo RegTech na literatura a partir de 2015 quanto o termo foi cunhado pela *Financial Conduct Authority* – FCA (em português, Autoridade de Conduta Financeira) até o ano de 2020, mais precisamente em 31 de dezembro.

O plano de pesquisa bibliográfica incluiu buscas nas bases de dados Business Source Premier - EBSCO, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Emerald Insight, JSTOR, SAGE, Science Direct, Springer Link, Taylor Francis e Wiley Online Library.

Um delimitador foi definido de forma que apenas artigos de periódicos acadêmicos, ou seja, artigos revisados por pares, fossem incluídos nos resultados. Além disso, o idioma relevante foi definido para o inglês. Foi garantido que as pesquisas não diferenciavam maiúsculas de

389 <https://legal.thomsonreuters.com/content/dam/ewp-m/documents/legal/en/pdf/reports/fintech-regtech-and-the-role-of-compliance-in-2021.pdf>

390 <https://www2.deloitte.com/lu/en/pages/technology/articles/regtech-companies-compliance.html#>

minúsculas para que todas as notações do termo de pesquisa fossem incluídas, ou seja, “regtech”, “Regtech” e “RegTech”.

A pesquisa buscou apenas o termo RegTech nos títulos dos artigos e / ou resumo e / ou texto completo. Depois foram classificados os resultados duplicados, pois alguns artigos são indexados e acessíveis em mais de uma base de dados.

Foram examinados cada um dos artigos identificados para qualquer definição potencial do termo RegTech explicitada por meio da interpretação do seu significado.

4. Resultados

A quantidade de contagens do termo RegTech utilizado nos títulos dos artigos, resumos e textos completos pesquisados, bem como o número de definições identificadas para o termo e sua autoria são apresentados na tabela a seguir.

Tabela 1. Contagens da palavra REgTech nas bases de dados

Fontes	Sucessos no título e/ou resumo e/ou texto completo	Definições identificadas	Autor (es)
Business Source Premier - EBSCO	24	5	BAXTER, Lawrence G (2016); PACKIN, Nizan Geslevich (2018); JOHANSSON, ELLINOR et al. (2019); MILIAN, Eduardo Z.; SPINOLA, Mauro de M.; DE CARVALHO, Marly M. (2019); NEDELICHEV, Miroslav et al. (2020).
Science Direct	25	1	ANAGNOSTOPOULOS, Ioannis (2018)
Emerald Insight	22	1	FREIJ, Ake (2020).
JSTOR	26	3	ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos; BUCKEY, Ross P. (2016); ARNER, Douglas W. et al. (2017); WALKER, George (2017).

SAGE	13	0	-
Springer Link	27	1	MICHELER, Eva; WHALEY, Anna (2020).
Directory of Open Access Journals (DOAJ)	8	1	ARNER, Douglas W. et al. (2020)
Taylor Francis	30	0	-
Wiley Online Library	13	1	BECKER, Michael; MERZ, Kevin; BUCHKREMER (2020).

Fonte: Elaborado pelos autores.

Os resultados variaram entre as bases de dados consultadas, embora as somas totais sejam consideráveis no que diz respeito a identificação do termo RegTech.

287

Em todas as bases de dados da literatura e após o ajuste de eventuais entradas duplicadas, 188 artigos acadêmicos exibem a palavra RegTech em seus títulos e / ou resumo e/ou ao longo do texto completo, incluindo notas de rodapé e biografias.

A contagem de 223 textos contrasta fortemente com o número de definições fornecidas, ou seja, 13 ou 5,83% que realmente definem o conceito. As definições do termo RegTech podem ser encontradas na tabela a seguir.

Tabela 2. Definições do termo RegTech

Definição	Autor (es)
A aplicação de tecnologia às atividades regulatórias.	BAXTER, Lawrence G (2016)
À luz dos rápidos e dramáticos desenvolvimentos tecnológicos nos últimos anos, as conversas sobre a aplicação da tecnologia à regulação, um conceito comumente referido como Tecnologia de Regulação (RegTech).	PACKIN, Nizan Geslevich (2018)

Tecnologia Regulatória ou RegTech são soluções tecnológicas, principalmente usando tecnologia da informação para conformidade e regulamentação, para melhorar os processos regulatórios.	JOHANSSON, ELLINOR et al. (2019)
Start-ups que oferecem soluções tecnológicas para resolver problemas criados por requisitos de regulamentação e conformidade.	MILIAN, Eduardo Z.; SPINOLA, Mauro de M.; DE CARVALHO, Marly M. (2019)
Nova geração de regulamentação de bancos de relacionamento.	NEDELICHEV, Miroslav et al. (2020).
Subdivisão do setor de tecnologia de ponta que se concentra em tecnologias que podem facilitar a entrega de requisitos regulamentares de forma mais eficiente e eficaz do que os recursos existentes.	ANAGNOSTOPOULOS, Ioannis (2018)
O uso de soluções de tecnologia para gerenciar regulamentos complexos.	FREIJ, Ake (2020).
É uma contração dos termos ' regulatório 'e' tecnologia ', e descreve o uso de tecnologia, particularmente tecnologia da informação (' TI '), no contexto de monitoramento regulatório, relatórios e conformidade.	ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos; BUCKEY, Ross P. (2016); ARNER, Douglas W. et al. (2017) e ARNER, Douglas W. et al. (2020)
Uso de tecnologias financeiras para fins regulatórios e de supervisão.	WALKER, George (2017).
Avanços recentes na ciência da computação podem produzir soluções tecnológicas que facilitam a regulação financeira. Tais soluções têm sido chamadas de "tecnologia regulatória".	MICHELER, Eva; WHALEY, Anna (2020).
Especifica o contexto de monitoramento regulatório, relatórios e conformidade.	BECKER, Michael; MERZ, Kevin; BUCHKREMER (2020).

Fonte: Elaborado pelos autores.

Os achados obtidos sugerem que não há uma definição única de RegTech. Durante cinco anos em que o tema vem sendo discutido na literatura, não há acordo quanto ao que significa RegTech.

As diferenças nas definições identificadas pela revisão da literatura ressaltam que há problemas de definição do termo RegTech. No entanto, para derivar pontos comuns entre as definições identificadas, foi extraída uma nova definição como o mínimo denominador comum.

Em síntese, foi identificado que RegTech significa a aplicação de Tecnologias de Informação e Comunicação - TICs, a fim de simplificar e otimizar processos, tais como: conformidade, gestão de riscos, emissão de relatórios e gestão de dados. Ao interpretar seu significado, RegTech pode expressar (i) um campo de pesquisa teórico-empírico que estuda as relações entre regulação e tecnologia, (ii) as formas com que gestores podem acompanhar as mudanças regulatórias e de conformidade, (iii) oportunidades para empreendedores sobre a aplicação da **tecnologia** para resolver e simplificar exigências de regulamentação e conformidade, especialmente as associadas ao mercado financeiro e (iv) uma dimensão nova e vital para o desenvolvimento de FinTechs ao habilitar a inovação enquanto preserva a estabilidade financeira.

No entanto, a definição de RegTech proposta deve ser vista como um mero ponto de partida para harmonizar e abarcar todas as percepções variadas de forma a obter um consenso amplo o bastante para capturar a sua qualidade essencial do objeto, ou seja, é a aplicação de TICs, a fim de simplificar e otimizar processos. Por exemplo, esta definição é ampla o suficiente para capturar tecnologias e suas aplicações em diferentes processos gerando uma ampla gama de combinações. Entretanto, poderá não ser abrangente ou distinta para todos os autores e em todas as circunstâncias. Além disso, se deve levar em conta que as definições mudam com o tempo e, conseqüentemente, é presumível que o termo RegTech poderá sofrer alterações. Entretanto, é necessário deixar claro o que ela significa, pois melhora significativamente a eficiência da comunicação e reduz o potencial de mal-entendidos entre acadêmicos, profissionais e formuladores de políticas.

289

5. Considerações finais

Neste artigo foi explorada a complexidade da RegTech, construindo uma definição do termo distintiva e objetiva em sua comunicação, mas suficientemente ampla em sua aplicação para subsidiar acadêmicos, profissionais e formuladores de políticas.

Pelo potencial apresentado, RegTech tem sido celebrada por difundir a promessa de obtenção de ganhos substanciais em termos de aumento de eficiência e redução do risco de erros humanos e multas administrativas resultantes. No entanto, os riscos e desafios das soluções da RegTech são

pouco explorados, incluindo novas fontes de risco sistêmico, custos elevados, questões de proteção de dados e efeitos colaterais problemáticos da “robotização”.

Além disso, a dinâmica da RegTech se reflete em novos campos. Por exemplo, a introdução de soluções de tecnologia para reguladores (RegTech2) e supervisores (SupTech) (NEDELICHEV; et al., 2020) que tem o potencial de aumentar as capacidades das autoridades financeiras para enfrentar os desafios colocados pela digitalização e globalização do mercado, bem como o seu lugar e expansão de seus mandatos em um mundo de regras e políticas em constante mudança. Ou mesmo, outras abreviações silábicas intimamente ligadas a Regtech e já destacados por Walker (2017), tais como TechLaw, TechReg, BankTech, CoinTech, LoanTech, PayTech, SecTech ou TradeTech, InsurTech, InterTech, GovTech como também SmartTech for smart contracts, TechRisk e FinRisk, e FinReg, SuperTech, ResTech, SupTech e NonNet.

Esta pesquisa tem implicações para acadêmicos, mas também para profissionais e formuladores de políticas. Para acadêmicos, contribui para a solidificação da base para a pesquisa científica sobre RegTech, destacando trabalhos acadêmicos existentes que contribuem para constituição de uma definição única para o termo RegTech. Quanto aos profissionais, encontrar bases comuns sobre RegTech facilitará qualquer discussão e tomada de decisão sobre tecnologia regulatória. Nesta mesma linha, proporcionará aos formuladores de políticas um entendimento mais bem delineado sobre o conceito que os auxiliará a moldar suas discussões e proposições. No entanto, diferentes definições ainda podem continuar a existir, especialmente diante dos contextos específicos de aplicação para RegTechs.

290

Como limitações deste estudo, o termo RegTech foi investigado sem artigo prefixado. Contudo, foi identificada a expressão “a RegTech” permitindo questionar se existe uma diferença entre “RegTech” e “a RegTech”. Pelo que se pode observar, usualmente os autores referem a uma empresa RegTech ou, mais especificamente, a uma start-up RegTech quando falam sobre “uma RegTech” (por exemplo, ver MILIAN; SPINOLA; DE CARVALHO, 2019) ou mesmo a aplicação de soluções tecnológicas (por exemplo, ver WALKER, 2017; ELLINOR et al., 2019; FREIJ, 2020; JOHANSSON; MICHELER; WHALEY, 2020). Outra limitação decorre do fato de que RegTech foi considerada apenas como um substantivo. No entanto, também tem sido usada como um adjetivo. Particularmente, no mundo dos negócios tem se falado sobre fornecedores RegTech, Negócios Regtech etc. Outra limitação do artigo emerge do fato de a pesquisa ter como foco exclusivamente a língua inglesa, pois o termo RegTech pode variar substancialmente entre os idiomas. Para ilustrar esse fato, as definições do termo Fintech foram comparadas em duas versões de idiomas da Wikipedia. Em relação à definição do termo na versão em inglês da Wikipedia afirma que “Regulatory technology, [Abrv: regtech](#), is a new technology that uses [information technology](#) to

enhance regulatory processes.” (Tecnologia regulatória, Abrev: regtech, é uma nova tecnologia que usa tecnologia da informação para aprimorar os processos regulatórios, em língua portuguesa)³⁹¹. O site espanhol, por comparação, afirma que Regtech é o “fornecimento” de produtos e serviços financeiros usando tecnologias da informação [“RegTech (del inglés *regulatory technology*, ‘tecnología regulatoria’) es un término acuñado para definir a aquellas empresas de base tecnológica que crean soluciones dirigidas a cumplir y adaptarse a los requerimientos regulatorios de cada sector. Las RegTech utilizan tecnologías como la [computación en la nube](#), los [macrodatos](#) o la [cadena de bloques](#), y se caracterizan por la agilidad y flexibilidad que ofrecen ante cualquier cambio regulatorio. ”] [RegTech (do inglês *regulatory technology*, "tecnologia regulatória") é um termo cunhado para definir as empresas de base tecnológica que criam soluções destinadas a atender e se adaptar aos requisitos regulatórios de cada setor. As RegTechs usam tecnologias como Computação em Nuvem, Big Data ou Blockchain, e se caracterizam pela agilidade e flexibilidade que oferecem diante de qualquer mudança regulatória.”³⁹². Enquanto o inglês pode estar falando sobre RegTech como uma tecnologia, o espanhol remete a empresas de base tecnológica. Estar ciente de potenciais armadilhas é importante porque o termo RegTech foi derivado da palavra inglesa *regulatory technology*, mas também é usado como tal em vários outros idiomas. Assim, as pessoas podem presumir que falam sobre coisas idênticas, embora não o sejam.

291

Outra limitação diz respeito a não ter sido exploradas as manifestações de RegTechs, tais como RegTech for Regulators ou “RegTech2” e supervisores “SupTech” (DI CASTRI; GRASSER; KULENKAMPPFF, 2018.). Certamente seria apropriado estabelecer definições comuns para esses termos também.

Do ponto de vista acadêmico, RegTech ainda é um campo “em desenvolvimento”. Consequentemente, futuras pesquisas são perceptíveis. Por exemplo as que busquem elucidar questões sobre: Quais tecnologias melhor expressam RegTechs? Tecnologias como Inteligência Artificial, Aprendizado de Máquina, Redes Neurais, Big Data, Blockchain, IoT, Blockchain, Computação em Nuvem etc, são expressivas individualmente ou combinadas? Quais características definem uma startup como RegTech? Como a relação entre FinTechs e RegTechs é moldada? Qual o melhor arranjo que expressa RegTech e outras manifestações como RegTech

391 https://en.wikipedia.org/wiki/Regulatory_technology

392 <https://es.wikipedia.org/wiki/Regtech>

for Regulators ou “RegTech2” e supervisores “SupTech” além de outras abreviações silábicas ligadas a Regtech?

Além disso, as expressões derivadas da interpretação do significado de RegTech suscitam questões como: Como se delimita o campo de pesquisa teórico-empírico que estuda as relações entre regulação e tecnologia? Quais os benefícios obtidos por gestores ao acompanhar as mudanças regulatórias e de conformidade por meio de RegTechs? Quais as oportunidades para empreendedores sobre a aplicação da **tecnologia** para resolver e simplificar exigências de regulamentação e conformidade, especialmente as associadas ao mercado financeiro? Como RegTechs habilitam a inovação enquanto preserva a estabilidade financeira no desenvolvimento de FinTechs?

- ANAGNOSTOPOULOS, Ioannis. Fintech and regtech: Impact on regulators and banks. *Journal of Economics and Business*, v. 100, p. 7-25, 2018.
- ARNER, Douglas W. et al. FinTech and RegTech: Enabling innovation while preserving financial stability. *Georgetown Journal of International Affairs*, p. 47-58, 2017.
- ARNER, Douglas W. et al. The Future of Data-Driven Finance and RegTech: Lessons from EU Big Bang II. *Stan. JL Bus. & Fin.*, v. 25, p. 245, 2020.
- ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos; BUCKEY, Ross P. FinTech, RegTech, and the reconceptualization of financial regulation. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, v. 37, p. 371, 2016.
- ARNER, Douglas W.; BARBERIS, Janos; BUCKLEY, Ross P. The evolution of Fintech: A new post-crisis paradigm. *Geo. J. Int'l L.*, v. 47, p. 1271, 2015.
- BAXTER, Lawrence G. Adaptive financial regulation and RegTech: a concept article on realistic protection for victims of bank failures. *Duke LJ*, v. 66, p. 567, 2016.
- BECKER, Michael; MERZ, Kevin; BUCHKREMER, Rüdiger. RegTech—the application of modern information technology in regulatory affairs: areas of interest in research and practice. *Intelligent Systems in Accounting, Finance and Management*, v. 27, n. 4, p. 161-167, 2020.
- DI CASTRI, S.; GRASSER, M.; KULENKAMPFF, A. Financial Authorities in the era of data abundance. RegTech for regulators and SupTech solutions. BFA Global.[Online]. Available from <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm>, 2018.
- FREIJ, Ake. Using technology to support financial services regulatory compliance: current applications and future prospects of regtech. *Journal of Investment Compliance*, 2020.
- JOHANSSON, ELLINOR et al. Regtech-a necessary tool to keep up with compliance and regulatory changes. *ACRN Journal of Finance and Risk Perspectives, Special Issue Digital Accounting*, v. 8, p. 71-85, 2019.

- MICHELER, Eva; WHALEY, Anna. Regulatory technology: replacing law with computer code. *European Business Organization Law Review*, v. 21, n. 2, p. 349-377, 2020.
- MILIAN, Eduardo Z.; SPINOLA, Mauro de M.; DE CARVALHO, Marly M. Fintechs: A literature review and research agenda. *Electronic Commerce Research and Applications*, v. 34, p. 100833, 2019.
- NARANG, Shilpa. Accelerating Financial Innovation Through RegTech: A New Wave of FinTech. In: *Fostering Innovation and Competitiveness With FinTech, RegTech, and SupTech*. IGI Global, 2021. p. 61-79.
- NEDELICHEV, Miroslav et al. ORIGIN AND DEFINITION OF REGTECH. *Икономика и управление*, v. 17, n. 1, p. 1-9, 2020.
- PACKIN, Nizan Geslevich. RegTech, compliance and technology judgment rule. *Chi.-Kent L. Rev.*, v. 93, p. 193, 2018.
- SCHIZAS, Emmanuel et al. The global regtech industry benchmark report. Available at SSRN 3560811, 2019.
- YANG, Yueh-Ping; TSANG, Cheng-Yun. Regtech and the new era of financial regulators: envisaging more public-private-partnership models of financial regulators. *U. Pa. J. Bus. L.*, v. 21, p. 354, 2018.

COMPLIANCE TRABALHISTA: REALIDADE DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO.

*LABOR COMPLIANCE: REALITY OF NEW LABOR
RELATIONS.*

Claudiery Bwana Dutra Correia

Universidade Nove de Julho, Brasil

claudieryadv@gmail.com

Marcelo Benacchio

Universidade Nove de Julho, Brasil

benamarcelo@gmail.com

Resumo

Atualmente temas relacionados à moral e à ética estão em grande destaque, tanto no cenário internacional como no Brasil, especialmente devido ao grande número de casos de corrupção que vieram ao conhecimento público nos últimos tempos. Nesse contexto o Compliance surgiu como uma importante ferramenta para mitigar os riscos empresariais e para garantir o atendimento às normas legais e ao comportamento ético. Apesar de ter iniciado na esfera do direito penal, o compliance tem uma abrangência multidisciplinar. O presente artigo visa analisar a importância do compliance trabalhista como estratégia para minimizar o passivo trabalhista das empresas. Pode-se afirmar que a utilização das ferramentas de compliance claramente previnem o descumprimento de normas, evitam desavenças, e como consequência previnem ações judiciais trabalhistas. Através da correta utilização de um programa de integridade novas condutas são geradas, as quais proporcionam a regularidade da atividade da organização e o comprometimento de seus colaboradores, gerando segurança jurídica para a empresa na tomada de decisões e no desenvolvimento de suas atividades.

Palavras-chave: Compliance; Direito do Trabalho; Integridade; Boas práticas; Passivo trabalhista

Abstract

Currently, issues related to morals and ethics are in great prominence, both in the international scenario and in Brazil, especially due to the large number of cases of corruption that have come to public knowledge recently. In this context, Compliance emerged as an important tool to mitigate business risks and to ensure compliance with legal standards and ethical behavior. Despite having started in the sphere of criminal law, compliance has a multidisciplinary scope. This article aims to analyze the importance of labor compliance as a strategy to minimize companies' labor liabilities. It can be said that the use of compliance tools clearly prevents non-compliance with standards, avoids disagreements, and as a consequence prevents labor lawsuits. Through the correct use of an integrity program, new conducts are generated, which provide the regularity of the organization's activity and the commitment of its employees, generating legal security for the company in decision-making and in the development of its activities.

Keywords: Compliance; Labor Law; Integrity; Good habits; Labor liabilities.

1. Introdução

A Lei nº 12.846/13 introduziu na legislação pátria a responsabilização civil e administrativa das empresas abrangendo prejuízos causados ao erário público. Apesar do Compliance envolver a diversas áreas, seu enfoque é sempre atender as normas éticas e legais.

De acordo com Felipe Cunha Pinto Rabelo (2018), os programas de compliance já são reconhecidos nos meios jurídico e corporativo, nacional e internacional, como a medida mais eficaz para o combate à corrupção nas empresas e para a efetivação e disseminação de comportamentos éticos.

O compliance trabalhista nada mais é que um programa voltado para o acatamento de critérios legais de contratações de funcionários, demissões, relação interpessoal entre funcionários, normas de saúde e segurança do trabalho, terceirização de serviços entre outros, alterando o mapeamento organizacional da empresa.

O compliance trabalhista vai muito além do que obedecer normas previstas ou alteradas pela Consolidação das Leis do Trabalho, trata-se de uma ampla gestão empresarial movida pela ética e sustentabilidade. Seu foco é não suprimir direitos trabalhistas tornando o ambiente saudável e fomentar o crescimento para empresa.

297

A sua não implementação certamente poderá gerar prejuízos à imagem da empresa por não adotar programas em conformidade com a especificidade de cada empresa e seu padrão ético independente do ramo de atuação refletindo no aumento do passivo trabalhista causando queda na produtividade, bem como pode haver mais riscos de autuações pelos órgãos governamentais (RABELO, 2018).

A adoção dos preceitos, direitos e deveres, individuais e coletivos, normativamente previstos, devidamente com o indispensável engajamento dos seus dirigentes e empregados.

2. Compliance nas relações trabalhistas

A iniciativa privada e o poder público vêm utilizando o compliance para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares relacionadas a suas atividades, bem como para observância de princípios de ética e integridade.

O objetivo, criação e implementação de mecanismos e procedimentos de prevenção, detecção e correção de condutas ilícitas, e se apresenta como um fator mitigador de riscos e responsabilidades decorrentes de desvios de conduta.

Segundo Wagner Giovanini:

No mundo corporativo, Compliance está ligado a estar em conformidade com as leis e regulamentos internos e externos à organização. E, cada vez mais, o Compliance é bem mais que um simples acolhimento da legislação, busca congruência com os princípios da empresa, alcançando a ética, a moral, a honestidade e a transparência, não só na condução dos negócios, mas em todas as atitudes das pessoas (GIOVANINI, 2014, p. 20).

Existe um entendimento que no Brasil a “Lei Anticorrupção” (Lei 12.846/2013) contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, prevendo a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira (JOBIM, 2018, p. 27).

A ignorância ao cumprimento da legislação nacional e internacional pelas empresas pode trazer efeitos prejudiciais à imagem e reputação da empresa, principalmente quando a conduta violar padrões socialmente aceitos.

Sabemos que em um mundo onde praticamente tudo se tornou virtual e as notícias correm rápido, a imagem da organização vem sendo cada vez mais considerada como algo inerente e indispensável à sua sustentabilidade, ou seja, algo que pode levá-la ao sucesso ou ao fracasso, e o compliance vem sendo visto nesse cenário como um dos mais relevantes mecanismos de proteção à imagem e à reputação da organização perante os stakeholders em geral, pois tem o poder de evitar atos que possam gerar danos, ao melhorar os índices de cumprimento de normas internas e estatais (ANDRADE, 2017, p. 74).

298

O modelo de negócio da organização é de suma importância na implementação do Compliance, incorporar aos controles internos medidas específicas de análise e ratificação desses controles. Essas medidas devem ter como foco o reconhecimento das falhas “gaps” e potenciais fragilidades dos processos, assim como a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa (CLAYTON, 2013, p.150).

As empresas necessitam cada vez mais desenvolver mecanismos internos de controle de seus dirigentes e funcionários para evitar a exposição negativa da empresa.

Incentivando condutas socialmente desejáveis, o tratamento diferenciado para empresas que investem em medidas de prevenção e de promoção de integridade corporativa serve para minimizar desvantagens competitivas e reduzir distorções de mercado que beneficiaram aquelas que nada fazem para evitar práticas ilícitas (MAEDA, 2013, p. 171).

Leciona Rodrigo de Pinho Bertoccelli (2019, p.52),

o compliance tem o papel de criar um ambiente de negócios que seja justo para todos os participantes e que por consequência proteja o valor das empresas ao criar um ambiente de transparência, evitando que a empresa se envolva em problemas que possam manchar sua reputação e incorrer em multas por violações a leis e regulamentos. Podemos absorver que o compliance é uma interessante ferramenta a ser utilizada pelas empresas para adequar sua conduta à legislação e para mitigar a responsabilização social.

É importante dizer que quando uma empresa opta por implementar o programa de compliance, este poderá abranger várias áreas da organização, jurídicas e não jurídicas, (gerenciais) que serão abrangidas pelas políticas da empresa, desde o combate à corrupção até relações interpessoais de seus colaboradores e destes com os stakeholders realizando assim uma integração com todos envolvidos.

Segundo Decreto 8420/2015, que regulamenta a Lei 12.846, assim dispõe em seu art. 41:

Para fins do disposto neste Decreto, 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

299

Sendo assim, as ferramentas de compliance, são essenciais, tais como elaboração de códigos de ética e de conduta, avaliação de riscos, auditorias, implementação de canais de denúncia são medidas que podem ser adotadas pela empresa no âmbito trabalhista.

As empresas notaram os significativos benefícios proporcionados, que permitem a detecção de riscos em áreas com alto potencial de dano, mesmo as que não são causadas por condutas ilícitas, mas também por equívocos em sua forma de execução.

De acordo com os ensinamentos de Rosana Kim Jobim:

[...] as empresas são resultado de uma ficção jurídica, cujo principal elemento ainda é expresso não pelo conjunto de bens, mas sim, no ser humano, o qual imprime movimento e exercício às coisas corpóreas e incorpóreas. Logo, considerando que o homem é o cerne das relações de trabalho; considerando que a força de trabalho é fundamental para a realização dos fins da empresa; e, por fim, considerando que o compliance é visto como um comportamento de empresa, então diz respeito aos empregadores e a cada um de seus empregados, na medida em que o cumprimento das normas internas e externas deve ser por eles observado. Nessa dinâmica empresarial, as ações tomadas pelos agentes da relação de emprego merecem cada vez mais

destaque na área de compliance. Isso decorre não somente de comandos externos (legislação civil, penal e trabalhista), mas também de elementos internos diretamente relacionados com os direitos e deveres dos empregadores e empregados, decorrentes do contrato de trabalho (JOBIM, 2018, p. 32)

Em se tratando de compliance trabalhista envolve o estudo interno e de outras medidas que podem ser adotadas nas empresas com o fim de prevenção de descumprimentos de normas trabalhistas (civis e penais) (ANDRADE; FERREIRA, 2017, p. 77).

Para identificação desses “gaps” é recomendado que se faça uma auditoria interna permanente para prevenir e apurar violações de direitos trabalhistas na empresa. As ações de prevenção de riscos nas relações de trabalho visam combater práticas antiéticas e ilegais dos empregados e dos empregadores.

Essa internalização de condutas também protege de parceiros e terceirizados que precisam estar ligados à estrutura e atividades da empresa e tal estruturação compliancial visa a proteção inclusive quanto aos prestadores de serviços diminuindo riscos da empresa tomadora de serviços em relações com empresas terceirizadas (auxiliando no real cumprimento de normas a serem observadas por estas empresas); como por exemplo assédios moral e sexual, com questões de saúde e de segurança no trabalho, brigas entre funcionários, comportamentos inusitados, punições, o uso inadequado da Internet e de e-mails corporativos, a implementação de técnicas de gestão consideradas abusivas pela Justiça do Trabalho. Ou seja, ações que diminuem consideravelmente o passivo trabalhista.

300

Evitar gastos e quebras com horas extras não registrada ou não pagas, desvios ou acúmulos indevidos de funções situações de equiparação salarial, por exemplo. Além disso, como mencionado, evita-se, em especial, o cometimento dos crimes contra a Organização do Trabalho (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 77).

Os sistemas de compliance são ferramentas que permitem às empresas estabelecer normas de conduta que orientem a prestação dos serviços para a observância das normas trabalhistas na formação, vigência e término do contrato de trabalho.

O compliance trabalhista abrange as condutas discriminatórias, o assédio moral, o assédio processual, a corrupção, as condutas antissindicais e os relacionamentos entre gestores e colaboradores, regulando e fiscalizando o ambiente laboral (NASCIMENTO, 2017, p. 1) .

Infere-se, portanto, que o compliance, perfeitamente aplicável a área trabalhista, deve envolver todos os funcionários e sócios da empresa, com a possibilidade de utilização de diversas

ferramentas para que todos ajam em conformidade com as normas trabalhistas, evitando-se, assim, exposição a riscos.

O objetivo do compliance é promover um ambiente de trabalho saudável, ético, íntegro que respeite os valores intrínsecos do ser humano e que efetivamente busquem o bem da coletividade. Pois, com sua implementação cria-se uma conscientização de integridade, de forma que o que é pregado pela alta direção, é de fato o que se pratica. Dessa forma, trata-se de uma ferramenta voltada ao conceito de responsabilidade social empresarial, a qual pode ser vista como uma forma de gestão empresarial, como resultado da pressão organizada por sociedades políticas e pela legislação que protegem os direitos humanos, preocupada com a melhoria das condições de trabalho e com a preservação de um meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sem perder de vista o foco empresarial é que inovar e ganhar competitividade (JOBIM, 2018, p. 34).

O compliance trabalhista consubstancia-se na adoção de boas práticas, com aplicação correta da legislação trabalhista, dos acordos e convenções coletivas, dos estatutos e códigos internos das empresas. Faz parte de uma nova modalidade de gestão do mercado de trabalho, a qual traz diversos benefícios não só à organização, como também aos empregados, em razão da mudança de cultura, voltada para comportamentos éticos.

301 Neste cenário é importante compreender que o compliance trabalhista significa avaliar como pode ser compreendido, atualmente, o risco trabalhista. Segundo ensinam Flávio Carvalho Monteiro de Andrade e Isadora Costa Ferreira (2017, p. 78),

o conceito de risco trabalhista não se restringe apenas ao passivo trabalhista resultante de uma condenação na Justiça do Trabalho em uma ação trabalhista individual movida por empregados ou ex-empregados. Tais condenações representam apenas uma das diversas repercussões negativas decorrentes do descumprimento de normas trabalhistas.

A empresa ainda pode estar sujeita ao pagamento de multas impostas pelas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, podendo inclusive, em casos mais graves, acarretar embargo de atividade se constatado grave e iminente risco ao trabalhador, conforme dispõe o artigo 161 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Há ainda a possibilidade de o tomador de serviços, empregador ou grupo econômico trabalhista (que responde de forma solidária) ser alvo de ações judiciais coletivas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho (e pelo sindicato profissional), que irão buscar uma sentença judicial que imponha ao empregador uma obrigação de fazer ou de não fazer aquela conduta que poderia eliminar ou gerar o ilícito, além de pagamento de indenização pelo dano causado à coletividade, o

chamado dano moral coletivo confunde com eventuais indenizações pagas individualmente aos empregados em suas respectivas ações trabalhistas) (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 79).

Os mesmos autores também elencam outros fatores que englobam o risco trabalhista, quais sejam, as disposições constantes do Código de Processo Civil que incentivam a utilização de ações coletivas, e o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), previsto no art. 976 do referido código, e quem por objetivo a uniformização da jurisprudência sobre determinado assunto. Desta forma, se os problemas trabalhistas forem repetitivos, poderão ser solucionados de maneira coletiva, o que pode desencadear maiores problemas à empresa, do que condenação em ações trabalhistas individuais (ANDRADE; FERREIRA 2017, p. 79).

3.1 Aplicações Práticas – Ferramentas de Compliance

Com a consolidação do compliance no Brasil, verificou-se que suas práticas podem ser adotadas em qualquer área, inclusive na esfera trabalhista.

A instituição de um programa de compliance trabalhista também deve iniciar com a análise de riscos do negócio, fato este que auxilia as organizações a definirem quais ações devem ser tomadas de acordo com a sua realidade e posição de mercado.

No planejamento estratégico, bem como na tomada de decisão, deve ser considerado o processo de gerenciamento de riscos. A administração deve trabalhar para entender o perfil de riscos da organização, que deve estar alinhado com a sua identidade e determinar seu apetite a riscos – ou seja, o nível de risco que está disposta a aceitar. Ao ser integrado ao planejamento estratégico, o gerenciamento de riscos se torna um alicerce para o sistema de compliance, contribuindo para o estabelecimento de processos alinhados e compromissos de curto e longo prazo documentados (IBGC, 2017).

Desse modo, cabe à organização avaliar cada risco e como reduzi-lo a fim de garantir uma operação segura através da adoção de normas e procedimentos que valorizem e promovam conduta adequada, de acordo com a legislação e com padrões éticos, devendo tais normativas serem incorporadas à cultura organizacional.

Conforme já exposto, não existe uma fórmula exata a ser seguida quando da implementação de um programa de compliance, haja vista que este deve ater-se as especificidades de cada empresa. Contudo, alguns instrumentos devem ser utilizados neste processo, como a criação de um Código de Conduta, a Comunicação, o Treinamento e os Canais de Denúncia.

Após realizar mapeamento das principais áreas de riscos, o setor da empresa responsável pela área de compliance deverá desenvolver regras, controles e procedimentos objetivando minimizar a possibilidade de ocorrência de práticas de condutas ilícitas ou inadequadas pelos colaboradores. Tais práticas são alicerçadas pelo Código de Conduta contendo os valores, princípios e procedimentos da empresa, que deverá ter uma linguagem simples, clara e inequívoca, sendo de fácil acesso e compreensão por todos os níveis de empregados a quem se destinem (MAEDA, 2013, p. 46).

Ressalta-se, ainda que:

a) a elaboração dos códigos de ética deve dar-se internamente, ou seja, no âmbito da própria organização e de preferência com a participação das pessoas envolvidas no processo, tais como empregados, clientes e sócios, expressando sua cultura e clima organizacional (por este viés, entende-se que quando há participação ativa de todas as pessoas envolvidas no processo há um indicativo de maior adesão);

b) os códigos de ética não são exaustivos e nem poderiam ser, na medida em que é impossível prever todas as situações, todavia, independentemente de seu conteúdo, sua eficácia depende de seu desenvolvimento e atualização, bem como do monitoramento do seu cumprimento e da tomada de medidas sancionatórias em caso de desconformidade (JOBIM, 2018, p. 63).

303 O Código de Conduta deve refletir a cultura da organização e apresentar de forma clara os princípios em que empresa está alicerçada, apresentando caminhos para eventuais denúncias sobre eventuais inconformidades. Sua adoção pela empresa enseja a harmonização no meio ambiente de trabalho, tendo em vista a imposição de condutas que estejam sempre de acordo com as normas vigentes e que respeitem os princípios e valores assumidos pela organização.

O objetivo de se instituir princípios éticos não pode ser outro senão estabelecer regras sobre procedimentos que empregados devem adotar na execução do contrato de trabalho.

E para dar efetividade ao Código de Conduta é que se faz extremamente necessária sua comunicação, seja por meio de sua disponibilização em sistema de intranet, no site da empresa, ou mesmo alocado em áreas de acesso comum dentro da empresa. Tais princípios adotados pela também devem ser amplamente comunicados a todos os stakeholders, de modo que estes também se adequem à cultura e aos procedimentos da empresa (CARVALHO; ALMEIDA, 20019, p. 65).

Ainda com fulcro na efetividade do Programa de Compliance, a empresa deve constantemente treinar seus empregados para que estes possam compreender e incorporar os princípios e normativas nele previstos.

O treinamento é considerado um dos principais focos por parte das empresas que visam a implementação de um programa de compliance e, assim como os programas não podem se fixos, devendo se amoldar a cada tipo de empresa, o treinamento também não, pois dependerá, em grande parte, do tipo de trabalho envolvido (JOBIM, 2018, p. 54).

Importa ressaltar que o treinamento não conseguirá impedir totalmente o cometimento de irregularidades dentro da empresa, mas certamente irá causar óbices às práticas ilícitas, e poderá mitigar a responsabilidade da organização perante autoridades competentes.

Salienta-se que esses treinamentos devem ser realizados periodicamente durante o vínculo contratual, reiterando os objetivos, valores e princípios da empresa, bem como detalhando as condutas que são permitidas ou não no meio ambiente de trabalho e suas possíveis consequências

Os treinamentos referentes aos processos internos da empresa e quanto à conduta ética esperada são imprescindíveis para uma boa organização preventiva de compliance.

O Decreto nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/13, trouxe em seu artigo 42, inciso IV, a necessidade de “treinamentos periódicos sobre o programa de integridade”, destacando assim que a noção do treinamento permanente na organização é essencial para o êxito de um programa de compliance.

304

A outra importante ferramenta do Compliance a ser implantando pelas empresas, e que serve de termômetro acerca do programa de Integridade, são os Canais de Denúncia, também chamados de Linha Ética:

A utilização de canais de denúncia visa a redução de perdas e a educação dos funcionários acerca dos tipos de atividades fraudulentas, permitindo maior identificação dos sinais que indiquem essas atividades, além de clarificar a análise de relatórios de controle. De forma sistemática, as seguintes contribuições podem ser atribuídas aos canais de denúncia: a) tornam a empresa mais protegida contra eventos de fraude e comportamentos antiéticos; b) fornecem transparência aos processos de negócios e às relações entre os diversos agentes da governança; c) inibem desvios de conduta e melhoram o ambiente de trabalho; e d) suportam a atuação da Auditoria interna com informações relevantes, atualizadas tempestivamente (JOBIM, 2018, p. 67).

Bento (apud JOBIM, 2018, p. 68) explica sobre a necessidade de proteção do denunciante, acrescentando que a empresa deve proporcionar canais acessíveis e confiáveis para que os funcionários e demais interessados possam fazer as denúncias, proporcionando ao denunciante

a proteção contra retaliações, especialmente em caso de improcedência da denúncia. O canal de denúncia deve ainda preservar o sigilo e a identidade e, por fim, gerar um feedback ao denunciante.

Para que funcione o sigilo e o anonimato são de extrema importância para gerar a tranquilidade e a confiança necessária para incentivar que o empregado ou interessado possa fazer a denúncia.

Como já falamos o compliance trabalhista não se limita apenas às condutas da empresa em relação aos seus próprios empregados, mas também na gestão de terceiros de forma a assegurar o respeito às leis trabalhistas a fim de evitar a responsabilização jurídica, agindo com rigorosa fiscalização das empresas prestadoras de serviços.

Adotando-se o atual critério legal, a terceirização, como prestação de serviços a terceiros, é a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (art. 4º-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017).

305

Com a reforma trabalhista, passou a ser admitida expressamente a terceirização nas atividades-fim das empresas. A nova lei estabelece que a prestação de serviços a terceiros compreende a transferência de qualquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços.

A empresa contratante não é a empregadora, mas o trabalho realizado pelos terceirizados a beneficia diretamente. Logo, se a empresa prestadora de serviços não pagar aos trabalhadores, restará à tomadora os pagamentos dos encargos trabalhistas. Essa responsabilidade é chamada de subsidiária e ocorrerá apenas na hipótese de a empregadora não honrar com o pagamento dos direitos trabalhistas de seus empregados.

Dessa forma, na tentativa de se evitar posterior responsabilização da tomadora de serviços, é necessário que o sistema de compliance adotado pela empresa tomadora preveja instrumentos para fiscalização das empresas prestadoras de serviços, tais como a exigência de apresentação dos comprovantes de pagamento das verbas trabalhistas aos empregados terceirizados, apresentação de informações financeiras, atestando que terá condições de honrar com as obrigações trabalhistas durante toda a execução do contrato de terceirização.

Quando o empresário transfere a terceiros a execução de parte da sua atividade, deve atuar com bastante diligência, escolhendo criteriosamente empresas que tenham capacidade técnica, econômica e financeira para arcar com os riscos do empreendimento, sob pena de ficar

caracterizada a culpa “in contraendo” ou culpa “in eligendo”. Deve também, fiscalizar com rigor o cumprimento do contrato de prestação de serviços e a observância dos direitos trabalhistas dos empregados da contratada, especialmente o cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, para não ver caracterizada, por sua omissão, a culpa “in vigilando” (OLIVEIRA, 2008, p.398).

Ainda, outro fator importante que pode ser adotado, é verificar se o terceiro possui algum tipo de política, mecanismo ou programa de integridade, mesmo que não esteja totalmente estruturado.

A empresa pode verificar se terceiro possui um código de ética/conduta ou alguma política sobre relacionamento com o poder público. Em caso positivo, infere-se que o terceiro tem a preocupação de conduzir seus negócios de forma lícita e correta, fato este que representa certa redução de risco para a empresa contratante (PINHEIRO et al. 2019, p. 125).

O ideal é que o processo de due diligence seja renovado periodicamente durante toda a relação comercial com o terceiro, e por isso a relevância de que todo o processo seja devidamente documentado e arquivado para eventual consulta futura. É recomendável ainda que as empresas busquem sempre incluir em seus contratos com terceiros, cláusulas que viabilizem a realização de due diligence.

Em 2018, a Controladoria-Geral da União publicou um Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade em Processos Administrativos de Responsabilização (PAR), no qual recomenda a verificação periódica dos terceiros:

Antes de realizar a contratação de terceiros, é recomendável verificar se a pessoa física ou jurídica possui histórico de atos lesivos contra a administração pública. Caso seja pessoa jurídica, é aconselhável ainda verificar se possui Programa de Integridade que diminua o risco de ocorrência de irregularidades e que esteja de acordo com os princípios éticos da contratante. É recomendável ainda, que seja verificado periodicamente se o terceiro está atuando de forma condizente com o acordado em contrato e se não adota comportamentos contrários aos seus valores ou às leis. (CGU, 2018, p. 49)

Com a adoção de tais medidas, inerentes ao compliance, a empresa minimiza os riscos de vir a responder judicialmente pelo pagamento das verbas trabalhistas não adimplidas pela empresa fornecedora de mão de obra.

3. Considerações finais

O programa de compliance tem como finalidade precípua a prevenção dos riscos da atividade empresarial, buscando sua atuação ética e em conformidade com a legislação. Assim, o programa está relacionando com as mais diversas áreas jurídicas e gerenciais. Nesse diapasão, aplicação das ferramentas de compliance na seara trabalhista consubstancia-se em um importante instrumento em para a correta aplicação das normas e princípios trabalhistas, portarias, normas regulamentares, regulamentos, normas internacionais, convenções e acordos coletivos, e para disseminação do comportamento ético dentro das empresas.

Colocando o programa de integridade em prática, com o envolvimento de toda a organização e unindo esforços para a criação de uma cultura que preze por um meio ambiente de trabalho justo e adequado, o resultado será uma maior satisfação pessoal tanto para empregados quanto para empregadores, bem como um crescimento efetivo do número de empresas que cumprem com as normas laborais, eis que as empresas passam a demandar de seus fornecedores o mesmo padrão de integridade.

Quando as normas são espontânea e eficientemente aplicadas e respeitadas por todos, serão reduzidas as inconformidades e, conseqüentemente, serão evitados atos ou fatos que possam gerar prejuízos materiais ou imateriais à instituição.

307

Por ensejar a correta aplicação das normas, bem como sua fiscalização, por meio da adoção das práticas elencadas no presente texto, o compliance reduz o risco trabalhista, que para além do passivo trabalhista ocasionado por demandas judiciais individuais, inclui uma série de outras medidas de responsabilização da empresa.

A condenação e responsabilização pode vir a extrapolar a esfera patrimonial e atingir um dos ativos considerados como mais importantes na atualidade, que é a reputação da empresa perante o mercado.

Para minimizar tais riscos, o programa de Compliance trabalhista deve criar mecanismos para a padronização e o controle de condutas tanto por parte do empregador quanto dos trabalhadores, ensejando um ambiente de trabalho transparente e em consonância não só com as normas trabalhistas, mas com os princípios de Direito como um todo, e sempre buscando difundir o comportamento ético dentro das empresas.

A prevenção do risco trabalhista é o maior foco mas também deve atuar para detecção e correção das práticas e condutas que estejam desconformes.

A implementação das ferramentas de compliance, previne riscos e faz com que contratem terceiros e colaboradores que se encaixem na missão e valores da empresa, adotando medidas capazes de reestruturar o ambiente de trabalho deixando cada dia mais saudável.

É fundamental ter foco em disseminar bons valores e isso envolve diferentes estratégias desenvolvidas pelas empresas fortalecendo a base organizacional criando uma cultura de boas práticas e ao mesmo tempo vigilante com a relação de trabalho desenvolvida.

- ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. Compliance trabalhista: Compreendendo a Prevenção de Risco trabalhista por Meio de Programa de Integridade. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, nº 331, janeiro, 2017.
- BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Decreto Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 15 de Agosto de 2019.
- _____. Lei ordinária n. 12.846, de 1o de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 19 de Agosto de 2019.
- _____. Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 19 de Agosto de 2019.
- _____. Controladoria-Geral da União. *Manual Prático de Avaliação de Programas de Integridade em Processos Administrativos de Responsabilização (PAR)*. Brasília, 2018.
- CARVALHO, Itamar; ALMEIDA, Bruno. Programas de Compliance: Foco no programa de integridade. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 149-166 Página 144
- CORREIA, Henrique. Compliance e sua aplicação no direito do trabalho. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 83, n. 1, p. 51-58, jan. 2019.

- FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 147-169, jan./jul. 2018.
- GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência da prática*. 1ª ed. Editora independente: São Paulo, 2014.
- GONÇALVES, Marcos Fernandes. Código de Ética nas relações de trabalho. Disponível em: <<http://www.direitoevirtual.com.br/2015/03/codigo-de-etica-nas-relacoes-de-trabalho.html>> Acesso em 21 d Agosto de 2019.
- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Compliance à luz da governança corporativa / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa*. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). 56 p.
- JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva (Coord.). *Temas de anticorrupção e Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 167-201.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. Juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas. Disponível em http://www.fsl.adv.br/sites/www.fsl.adv.br/files/a_juridicidade_da_lei_anticonrupcao_-_inclusao_em_20.02.14.pdf. Acesso em 20 de Agosto de 2019.
- NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Lei Anticorrupção sob a ótica do compliance trabalhista. Disponível em: <http://www.mascaro.com.br/noticia/noticias_site/lei_anticonrupcao_sob_a_otica_do_compliance_trabalhista__artigo_de_sonia_mascaro_nascimento_no_site_do_juseconomico.html> Acesso em 20 de Agosto de 2019.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. 4ª Ed., Editora LTr, 2008. Página 145
- PINHEIRO, Thiago Jabor; LORCA, Paola Piva; ARAÚJO, Vitor Henrique Aversa. Due Diligence: Anticorrupção para a contratação de prestadores de serviço e para fusões e aquisições. In: CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa; VENTURINI, Otavio (Coord.). *Manual de Compliance*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RABELO, Felipe Cunha Pinto. A importância do Compliance trabalhista nas empresas. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/69188/a-](https://jus.com.br/artigos/69188/a)

importancia-do-compliance-trabalhista-nas-empresas#_ftnref1. Acesso em 11 de Outubro de 2019.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Compliance e a lei anticorrupção nas empresas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509944>. Publicado em jan. 2015. Acesso em 18 de julho de 2019.

VENTURA, Leonardo Henrique de Carvalho. A gestão moderna dos controles internos e o compliance. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5926, 22 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67024>. Acesso em: 13 out. 2019.

A IMPORTÂNCIA DA INTEGRIDADE CONTRATUAL NO AGRONEGÓCIO

*THE IMPORTANCE OF CONTRACTUAL INTEGRITY IN
AGRIBUSINESS*

Maurício Alfredo Gewehr

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

mauricio@kippergewehr.com.br

Letícia de Mello Pereira

Fundação Escola Superior do Ministério Público, Brasil

leticia@kippergewehr.com.br

Marcia Fernanda Alves 

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

marcia@kippergewehr.com.br

Resumo

Com o presente trabalho pretende-se responder o seguinte questionamento: o mercado brasileiro do agronegócio está evoluindo para plena aceitação internacional? Para tanto, objetiva-se esclarecer questões acerca dos avanços do mercado brasileiro do agronegócio visando o cumprimento das variadas regras internacionais para a integridade da origem do produto, tendo-se como base as Instruções Normativas do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)/Secretaria de Defesa Agropecuária, como diretrizes para exportação de produtos agropecuários. Para a elaboração e construção do trabalho, utiliza-se o método dedutivo através da análise bibliográfica. Conclui-se, ao final, respondendo de forma positiva a pergunta que originou essa pesquisa, ao observar a constante evolução do mercado interno do agronegócio para a plena aceitação internacional.

Palavras-chave: Agronegócio; Compliance; Integridade contratual; Mercado internacional; Mercado interno.

Abstract

With this paper we intend to answer the following questions: is the Brazilian agribusiness market evolving towards to full international acceptance? For this purpose, the aim is to clarify questions about the advances of the Brazilian agribusiness market, aiming to comply with the several international rules for the integrity of the origin of the product, based on the Normative Instructions of the Ministry of Agriculture, Livestock and Supply (MAPA) / Secretariat for Agricultural Defense, as guidelines for the export of agricultural products. For the elaboration and construction of this paper, the deductive method is used through bibliographic analysis. It concludes, in the end, by answering positively the question that originated this research, by observing the constant improvement of the internal agribusiness market towards full international acceptance.

Keywords: Agribusiness; Compliance; Contractual integrity; International market; Intern market.

1. Introdução

O contrato é instrumento que possibilita a negociação de produtos agropecuários no mercado interno e internacional. Desta forma, sua integridade é premissa de aceitação do produto em face de grande exigência do consumidor, sendo que, questões de rastreabilidade, permissão sustentáveis e anticorrupção são imprescindíveis para que determinado produto ganhe a guarida necessária para ser ofertado e consumido em determinados mercados.

Neste contexto, pretende-se responder o seguinte questionamento: o mercado brasileiro do agronegócio está evoluindo para plena aceitação internacional? Para tanto, objetiva-se esclarecer questões acerca dos avanços do mercado brasileiro do agronegócio visando o cumprimento das variadas regras internacionais para a integridade da origem do produto, tendo-se como base as Portarias do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)/Secretaria de Defesa Agropecuária, como diretrizes para exportação de produtos agrícolas.

O vínculo entre as disposições contratuais e a necessidade da observância da integridade através do programa de compliance é uma forte base para a competitividade brasileira no mercado internacional. Essa realidade é comprovada pela preocupação do MAPA em exigir implementação de código de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados. Desta forma, para a elaboração e construção do trabalho, utiliza-se o método dedutivo através da análise bibliográfica.

A relevância da temática encontra-se na importância do agronegócio na economia brasileira com forte impacto no PIB nacional, destacando-se como um dos principais exportadores de produtos agrícolas do mundo. Por fim, parte-se da hipótese de que a preocupação com a economia brasileira e, conseqüentemente, a intenção de competição no mercado internacional exige que os órgãos governamentais normatizem de forma mínima para o cumprimento dos padrões pelas empresas exportadoras.

2. A introdução do compliance no agronegócio brasileiro: aspectos introdutórios

As primeiras agências reguladoras de programas de compliance tiveram origem no início do século XX, nos Estados Unidos, sendo que uma delas foi o chamado FDA (Food and Drug Administration), criado com a promulgação do Food and Drug Act - uma série de importantes leis de proteção ao consumidor – em 1906, inaugurando, assim, um modelo de fiscalização

centralizado para controle da saúde alimentar e de medicamentos. Sobre o assunto, melhor discorrem os autores a seguir citados:

A implantação dos programas de compliance originou-se nos Estados Unidos, a partir da virada do século XX, quando foram criadas as primeiras agências reguladoras. Assim, em 1906, foi promulgada a Food and Drug Act (lei de alimentos e drogas) e na sequência foi criada a Food and Drug Administration – FDA, agência cuja finalidade é controlar, fiscalizar e regular atividades relacionadas a alimentos, suplementos alimentares, medicamentos, cosméticos, equipamentos médicos, materiais biológicos e produtos derivados do sangue humano. Mas somente com a necessidade de controlar o sistema financeiro, trazendo mais estabilidade e segurança, bem como adequação às normas legais, é que a ideia da implantação de programas de compliance evoluiu, com a criação, em 1913, do Federal Reserve System (Banco Central dos Estados Unidos) os Unidos) (sic)³⁹³.

No Brasil as agências reguladoras chegaram mais tarde, já no ano de 1990, além disso, e ainda mais recentemente, em agosto de 2013, houve a publicação da Lei Anticorrupção³⁹⁴ (Lei nº 12.846). Neste sentido, Manzi atribui essa construção do compliance brasileiro à preocupação dos órgãos reguladores em aderirem à implantação de regras adaptadas às internacionais, vejamos:

O Brasil passa a conquistar espaço no cenário mundial de alta competitividade e, simultaneamente, surge pressões para alinhar-se aos padrões de transparência e de segurança adotados pelos órgãos reguladores internacionais (BIS – Bank of International Settlements e SEC – Securities and Exchange Commission) e para regulamentar o mercado interno em aderência às regras internacionais³⁹⁵.

E é neste contexto em que se inserem os Programas de Compliance, os quais têm como principal finalidade garantir que sejam cumpridas as normas legais e regulamentares, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou desconformidade que possa ocorrer, garantindo maior previsibilidade e segurança às relações econômicas e humanas. Isso porque desde a conceituação literal da palavra, originária da língua inglesa “to comply”, já é possível extrair o significado como sendo de satisfazer, cumprir e realizar, ou seja, estar em conformidade, fazer cumprir os regulamentos, internos e externos impostos ao tipo de atividade e serviços vinculados a determinada instituição³⁹⁶.

393 INNOCENTI, Ricardo; CAMILIS, Vivian Cavalcanti Oliveira de; MARTINEZ, Ricardo da Silva; OLIVEIRA, Líbia Alvarenga de; DINIZ, Samanta L. S. Moreira Leite; Compliance trabalhista – Labor compliance – Revista dos Tribunais, 2017. p. 2

394 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

395 MANZI, Vanessa A. Compliance no Brasil: Consolidação e perspectivas. São Paulo: Editora Saint Paul, 2008. p. 16.

396 BLOK, Marcela. Compliance e Governança Corporativa. Editora Freitas Bastos, 2017.

No Brasil o termo que costuma ser adotado para assuntos ligados ao compliance e que vem sendo utilizado em Decretos dessa natureza é a palavra “integridade”. Para adaptar-se a esse sistema íntegro, é indispensável a elaboração de um código de ética contendo regras e objetivos de fácil compreensão, prevendo ainda sistemas de controle que sejam eficazes. Neste mesmo sentido, leciona Colnaghi, ao mencionar que:

Além de inspirar o programa de *compliance* e integridade de uma associação ou sociedade, a ética e a moral vão inspirar a produção do código de conduta, as políticas de *compliance* e os procedimentos internos, que serão liderados pela diretoria de *compliance* e pela rede de profissionais que, com essa área, vão trabalhar diretamente, o que desenvolverá importante dimensão da governança corporativa e construirá a razão de ser da associação ou sociedade: sua prosperidade e longevidade, ou seja, sua sustentabilidade³⁹⁷.

Além do acima mencionado código de conduta, é preciso manter ativo um canal de denúncias como mecanismo de denúncias voluntárias e investigação, a fim de poder trabalhar em instrumentos que possam surtir resultados efetivos. Isso porque, conforme ensinam os especialistas, a partir de um relato de uma ocorrência possivelmente ilícita, é preciso que haja uma investigação para apurar os fatos:

Uma investigação é um exercício de averiguação de fatos. Investigações devem determinar, de forma plena e com credibilidade, o que aconteceu em relação a um problema – se, de fato, houve uma conduta imprópria ou não, quais foram as circunstâncias, quem estava envolvido, e se uma violação de leis ou políticas internas ocorreu³⁹⁸.

Sobre o agronegócio, importante salientar que este setor se destaca por ser considerado um dos mais relevantes e que move a economia nacional. Frente a essa afirmação, já é possível entender a extrema relevância que as atividades ligadas a esse ramo estejam em conformidade com a legislação, certificações e princípios éticos. Desta forma, os programas de compliance se fazem necessários não só para fazer lembrar de respeitar as normas, como também garantir a sustentabilidade dos negócios e da cadeia de produção como um todo, trabalhando com transparência para manter uma relação saudável entre produtores rurais, clientes e parceiros.

Contudo, o compliance no setor do agronegócio somente começou a estar na mídia de maneira mais significativa a partir da deflagração da “Operação Carne Fraca”, um escândalo que envolveu grandes empresas do ramo agropecuário, em razão da suspeita de uso de práticas de suborno

³⁹⁷ NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance* Empresarial: o Tom da Liderança. São Paulo. Trevisan Editora, 2018. p. 198.

³⁹⁸ SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de Compliance. p. 14. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro 2021.

para obtenção de licenças, o que caracterizou um ato de corrupção³⁹⁹. Após isso, o Governo Federal se viu obrigado a adotar estratégias por meio do Programa de Integridade do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que se consubstanciou na implementação de uma sistemática peculiar de uma nova cultura de integridade, tanto no âmbito interno do Ministério, quanto no âmbito externo, junto com fornecedores e empresas do setor do Agronegócio⁴⁰⁰.

O Pacto pela Integridade do Setor do Agronegócio Brasileiro propugnava na certeza de que não bastava o órgão público atuar sozinho. Era preciso estimular que as instituições privadas adotassem uma política de integridade efetiva no que se refere ao combate ao desvio de conduta, aprimoramento da transparência com a sociedade, a melhoria do clima organizacional e o fortalecimento da ética, estimulando uma nova cultura concorrencial.⁴⁰¹

317

O mercado também passou a priorizar as empresas que visam ter responsabilidade ética em questões que envolvem segurança alimentar, saúde animal e vegetal, além da preocupação em manter a terra em boas condições ambientais e sociais. Não bastasse isso, há implicações também em questões financeiras, uma vez que cada vez mais se tem exigido a existência de Programas de Compliance para a possibilidade de liberação de financiamentos e, principalmente, na regularização do produtor no Cadastro Ambiental Rural (CAR), sob pena de restrições de crédito no próximo ano⁴⁰².

Tecidas as principais considerações sobre o compliance e suas implicações no ramo do agronegócio, a fim de perfectibilizar o presente estudo, necessário expor também sobre a importância de boas práticas de gestão para empresas que desejam entrar no mercado internacional, o que será feito a seguir.

³⁹⁹ EXAME. Entenda o que é a Operação Carne Fraca e os impactos para a BRF. 05 de março de 2018. Disponível em: <https://exame.com/negocios/entenda-o-que-e-a-operacao-carne-fraca-e-os-impactos-para-a-brf/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴⁰⁰ NOVACKI, Eumar Roberto; MACHADO, Ana Carolina Mazzer. Compliance na administração pública brasileira: o caso do pacto pela integridade no ministério da agricultura, pecuária e abastecimento. In: Revista ESMAT. Ano 12 - nº 19. Pág. 129 - 144 jan/jun. 2020.

⁴⁰¹ NOVACKI, Eumar Roberto; MACHADO, Ana Carolina Mazzer. Compliance na administração pública brasileira: o caso do pacto pela integridade no ministério da agricultura, pecuária e abastecimento. In: Revista ESMAT. Ano 12 - nº 19. Pág. 129 - 144 jan/jun. 2020. p. 139.

⁴⁰² PAPP, Leonardo. Compliance ambiental aplicado ao agronegócio: instrumento de identificação e mitigação de riscos jurídicos. In: Direito aplicado ao agronegócio: uma abordagem multidisciplinar / organização Rafaela Alex Parra. – 2 ed. rev. e atual. – Londrina, PR: Thoth, p. 429-447, 2019.

3. O mercado internacional e a importância da adoção de boas práticas de compliance no agronegócio brasileiro

Sempre quando o assunto se trata de mercado internacional, é cada vez mais preciso levar em consideração que já não há mais a aceitação de empresas que estejam envolvidas em práticas corruptas e lavagem de dinheiro, por exemplo. Desta forma, o compliance vem derrubando qualquer paradigma ou argumento que possa desabonar empresas do ramo do agronegócio brasileiro, uma vez que estão sendo conferidas a estas empresas uma espécie de “atestado de idoneidade”, sendo, portanto, plenamente aptas e capazes de competir em um mercado concorrencial não só em nível nacional, como também internacional, frente à sua aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

Desta forma, o mercado brasileiro do agronegócio vem avançando em busca do cumprimento das variadas regras internacionais para a integridade da origem do produto, tendo-se como base as Portarias do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), como diretrizes para exportação de produtos agrícolas a exemplo da Portaria nº 61, de 2020.

318

Buscando a valorização da boa governança e das políticas de conformidade, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) criou o Programa Agro + Integridade⁴⁰³ no final do ano de 2017, o qual incentiva as empresas a desenvolverem uma cultura de compliance ao premiar com o selo emitido pelo Governo Brasileiro aquelas que desenvolveram boas práticas de gestão de integridade, ética e sustentabilidade e que atenderem os demais requisitos do programa. O selo – que é renovado anualmente - qualifica e atesta a moralidade da empresa, aumentando suas perspectivas no meio concorrencial, além de fortalecer a imagem do agronegócio interno perante o mercado internacional.

Neste sentido está a Portaria MAPA nº 32, publicada no dia 5 de fevereiro de 2021, a qual aprova e regulamenta o “Selo Mais Integridade” para o corrente ano de 2021 e para 2022, estando “destinado a empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental.”⁴⁰⁴ Isso deixa

⁴⁰³ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Plano de integridade – MAPA íntegro. 2019.** Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/integridade/arquivos-compliance/PlanodeIntegridadeMAPA20192022.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴⁰⁴ BRASIL. **Portaria MAPA nº 32, de dia 5 de fevereiro de 2021.** Aprova o Regulamento do “Selo Mais Integridade” relativo ao exercício de 2021/2022, destinado a empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mapa-n-32-de-5-de-fevereiro-de-2021-302558920>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

em evidência a preocupação que possui o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento não só em se proteger, como também em estabelecer que as empresas do setor do agronegócio procurem implementar programas eficientes de compliance, gerando mais segurança nas contratações e mitigando riscos de fraudes.

Na referida portaria é possível verificar os objetivos do "Selo Mais Integridade" já em seu artigo 1º e, mais adiante no artigo 6º, seguem dispostos os requisitos para a habilitação das empresas que desejam concorrer ao prêmio, dentre estes requisitos há itens que versam sobre anticorrupção, sustentabilidade ambiental e questões trabalhistas, por exemplo⁴⁰⁵, exigindo, assim, a implementação de um código de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados.

Para melhor compreender, transcreve-se a íntegra do artigo 1º Portaria MAPA nº 32 em razão de sua importância, vejamos:

Art. 1º O "Selo Mais Integridade" destina-se a premiar empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental, com o objetivo de:

I - **estimular a implementação de programas de integridade**, ética e de sustentabilidade, em seu amplo espectro, qual seja: econômico, social e ambiental;

II - **conscientizar empresas e cooperativas do agronegócio** sobre seu relevante papel no enfrentamento às práticas concorrenciais corruptas e antiéticas;

III - **reconhecer práticas de integridade e ética** em empresas e cooperativas do agronegócio no mercado nacional, no relacionamento entre si e com o setor público; e

IV - **mitigar riscos de ocorrência de fraudes e corrupção** nas relações entre o setor público e o setor privado ligado ao agronegócio⁴⁰⁶. (Grifos nossos)

Não bastasse isso, falando-se especificamente através do ponto de vista do comércio internacional, o qual possui grande impacto para o setor do agronegócio brasileiro, destaca-se as recentes resoluções da Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), especialmente a Resolução CAMEX nº 88 de 2017, a qual ressalta que dentre as obrigações das empresas que necessitarem do apoio oficial brasileiro à exportação a assinatura da Declaração de

⁴⁰⁵ BRASIL. **Portaria MAPA nº 32, de dia 5 de fevereiro de 2021**. Aprova o Regulamento do "Selo Mais Integridade" relativo ao exercício de 2021/2022, destinado a empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mapa-n-32-de-5-de-fevereiro-de-2021-302558920>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

⁴⁰⁶ BRASIL. **Portaria MAPA nº 32, de dia 5 de fevereiro de 2021**. Aprova o Regulamento do "Selo Mais Integridade" relativo ao exercício de 2021/2022, destinado a empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mapa-n-32-de-5-de-fevereiro-de-2021-302558920>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

Compromisso do Exportador declarando “que implementará ou aperfeiçoará seu programa de integridade, incluindo mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de código de ética e de conduta, com vistas a detectar e combater práticas de corrupção”⁴⁰⁷.

Esse tipo de iniciativa vem surtindo resultados, pois além do agronegócio ter grande importância na economia brasileira, com forte impacto no PIB nacional, está cada vez mais se destacando como um dos principais exportadores produtos agrícolas do mundo, conforme estudos. Em novembro de 2020 os segmentos primário e de agrosserviços mantiveram destaque, com altas de 47,5% e de 17,06% no PIB, respectivamente⁴⁰⁸. O Brasil hoje é o maior exportador de carne de frango do mundo “com um total de exportação de 4,2 milhões de toneladas”⁴⁰⁹, seguido pelos Estados Unidos “com 3,3 milhões de toneladas de carne de frango; União Europeia, com 1,5 milhão de toneladas; Tailândia, com 881 mil toneladas; e China, com 428 mil toneladas”⁴¹⁰⁴¹¹.

320

A importância de seguir as condutas estipuladas pelo compliance são visíveis e inegáveis, nota-se isso através do exemplo recente no qual sete grandes cadeias de supermercado francesas - dentre elas o conhecido Carrefour - anunciaram em novembro de 2020 que incorporariam a partir de janeiro deste ano cláusulas de não desmatamento na produção de soja, aos termos contratuais de seus fornecedores⁴¹². Ou seja, as empresas que quiserem concorrer ao mercado internacional, especialmente, mas não apenas, com estas empresas francesas, deverão seguir as regras de responsabilidade e sustentabilidade ambiental.

A partir dessa análise realizada é possível afirmar que o Brasil, especialmente no setor do agronegócio, caminha no sentido de buscar manter a ética em suas negociações e,

⁴⁰⁷ BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. **Resolução nº 88, de 10 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1945-resolucao-n-88-de-10-de-novembro-de-2017#:~:text=Condiciona%20o%20apoio%20oficial%20brasileiro,Estrangeiros%20em%20Transa%C3%A7%C3%B5es%20Comerciais%20Internacionais>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴⁰⁸ CEPEA - Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada Departamento de Economia, Administração e Sociologia. **PIB do agronegócio brasileiro**. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴⁰⁹ AGRO SABER. **Brasil é o maior exportador de carne de frango do mundo**. 21 de março de 2020. Disponível em: <https://agrosaber.com.br/brasil-e-o-maior-exportador-de-carne-de-frango-do-mundo/#:~:text=Com%20um%20total%20de%20exporta%C3%A7%C3%A3o,os%20dados%20consolidados%20de%202019>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴¹⁰ AGRO SABER. **Brasil é o maior exportador de carne de frango do mundo**. 21 de março de 2020. Disponível em: <https://agrosaber.com.br/brasil-e-o-maior-exportador-de-carne-de-frango-do-mundo/#:~:text=Com%20um%20total%20de%20exporta%C3%A7%C3%A3o,os%20dados%20consolidados%20de%202019>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

⁴¹¹ Dados atualizadas até maio de 2020.

⁴¹² GLOBO RURAL. **Sete redes de supermercado da França anunciam bloqueio soja de áreas desmatadas**. 9 de novembro de 2020. Disponível em: https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Sustentabilidade/noticia/2020/11/sete-redes-de-supermercado-da-franca-anunciam-bloqueio-soja-de-areas-desmatadas.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post&fbclid=IwAR32u7n_f1vXWm5gq3SvthcQewqf5Gn3RMCx_d06leTRvb8QXYJgVvHH_Dg. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

consequentemente, agir conforme as regras de conduta que o compliance proporciona. Sendo assim, embora ainda tenha o que melhorar, os produtos ligados ao agronegócio brasileiro possuem os requisitos para a aceitação no concorrido mercado internacional.

4. Considerações Finais

Os Programas de Compliance surgiram frente a necessidade de que a sociedade empresarial criasse mecanismos eficazes para proteger o patrimônio, evitar riscos de ilegalidades, analisar fraudes, prever problemas futuros, preservar a reputação da empresa, atrair investidores, clientes, fornecedores, sócios e investidores. No mercado do agronegócio brasileiro não foi diferente, o setor precisava-se reerguer após os escândalos de corrupção que envolveram a Operação carne Fraca, os quais mancharam a imagem do produto nacional frente ao exigente e concorrido mercado internacional.

Desta forma, com o auxílio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento foram sendo criados mecanismos de incentivo ao compliance para as empresas no ramo do agronegócio, a exemplo do “Selo Mais Integridade”, que bonifica as empresas que seguem condutas éticas e integras, conforme critérios pré-estabelecidos, dentre outros programas.

321

A partir da análise feita é possível responder de forma positiva a pergunta que originou essa pesquisa: “o mercado brasileiro do agronegócio está evoluindo para plena aceitação internacional?”. Tal afirmação consubstancia-se na observância de uma constante evolução do mercado interno brasileiro do agronegócio, além da busca de desenvolvimento de boas práticas de gestão de integridade, ética e sustentabilidade, o que contribui para a plena aceitação internacional dos produtos agropecuários produzidos no território brasileiro.

AGRO SABER. Brasil é o maior exportador de carne de frango do mundo. 21 de março de 2020. Disponível em: <https://agrosaber.com.br/brasil-e-o-maior-exportador-de-carne-de-frango-do-mundo/#:~:text=Com%20um%20total%20de%20exporta%C3%A7%C3%A3o,os%20dados%20consolidados%20de%202019>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

BLOK, Marcela. Compliance e Governança Corporativa. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2017.

BRASIL. Portaria MAPA nº 32, de dia 5 de fevereiro de 2021. Aprova o Regulamento do "Selo Mais Integridade" relativo ao exercício de 2021/2022, destinado a empresas e cooperativas do agronegócio que, reconhecidamente, desenvolvam boas práticas de integridade, ética, responsabilidade social e sustentabilidade ambiental. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mapa-n-32-de-5-de-fevereiro-de-2021-302558920>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Plano de integridade – MAPA íntegro. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/integridade/arquivos-compliance/PlanodeIntegridadeMAPA20192022.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior. Resolução nº 88, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1945-resolucao-n-88-de-10-de-novembro-de-2017#:~:text=Condiciona%20o%20apoio%20oficial%20brasileiro,Estrangeiros%20em%20Transa%C3%A7%C3%B5es%20Comerciais%20Internacionais>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

CEPEA - Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada Departamento de Economia, Administração e Sociologia. PIB do agronegócio brasileiro. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

EXAME. Entenda o que é a Operação Carne Fraca e os impactos para a BRF. 05 de março de 2018. Disponível em: <https://exame.com/negocios/entenda-o-que-e-a-operacao-carne-fraca-e-os-impactos-para-a-brf/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

GLOBO RURAL. Sete redes de supermercado da França anunciam bloqueio soja de áreas desmatadas. 9 de novembro de 2020. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Sustentabilidade/noticia/2020/11/sete-redes-de-supermercado-da-franca-anunciam-bloqueio-soja-de-areas->

desmatadas.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=post&fbclid=IwAR32u7n_f1vXWm5gq3SvthcQewqf5Gn3RMCx_dO6leTRvb8QXYJgVvHH_Dg. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

INNOCENTI, Ricardo; CAMILIS, Vivian Cavalcanti Oliveira de; MARTINEZ, Ricardo da Silva; OLIVEIRA, Libia Alvarenga de; DINIZ, Samanta L. S. Moreira Leite. Compliance trabalhista – Labor compliance – Revista dos Tribunais, 2017.

MANZI, Vanessa Alessi. Compliance no Brasil: Consolidação e perspectivas. São Paulo: Editora Saint Paul, 2008.

NEVES, Edmo Colnaghi. Compliance Empresarial: o Tom da Liderança. São Paulo. Trevisan Editora, 2018.

NOVACKI, Eumar Roberto; MACHADO, Ana Carolina Mazzer. Compliance na administração pública brasileira: o caso do pacto pela integridade no ministério da agricultura, pecuária e abastecimento. In: Revista ESMAT. Ano 12 - nº 19. Pág. 129 - 144 jan/jun. 2020. p. 139.

PAPP, Leonardo. Compliance ambiental aplicado ao agronegócio: instrumento de identificação e mitigação de riscos jurídicos. In: Direito aplicado ao agronegócio: uma abordagem multidisciplinar / organização Rafaela Alex Parra. – 2 ed. rev. e atual. – Londrina, PR: Thoth, p. 429-447, 2019.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. Os pilares do programa de Compliance. p. 14. Disponível em: < https://www.editoraroncarati.com.br/v2/phocadownload/os_pilares_do_programa_de_compliance.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro 2021.

O PAPEL ORGANIZACIONAL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA IMPLEMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

*THE ORGANIZATIONAL ROLE OF COMPLIANCE PROGRAMS
WITH EFFECT FROM THE DATA PROTECTION
IMPLEMENTATION BY PERSONAL DATA PROTECTION LAW*

Leticia de Mello Pereira

Fundação Escola Superior do Ministério Público, Brasil

leticia@kippergewehr.com.br

Maurício Alfredo Gewehr

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

mauricio@kippergewehr.com.br

Marcia Fernanda Alves 

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil

marcia@kippergewehr.com.br

Resumo

A presente pesquisa tem como principal objetivo responder o seguinte questionamento: há intersecção entre os programas de compliance e a privacidade buscada através da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)? Para tanto, será traçado os principais aspectos legais que se comunicam diretamente com os programas de compliance e que precisam ser observados para a efetividade na implementação da proteção de dados à luz da legislação brasileira dentro de uma organização corporativa. Desta forma, utilizar-se-á o método dedutivo através, de análise bibliográfica. Conclui-se, ao final, que considerando que é através dos programas de compliance que uma empresa dita a toda sua corporação quais são as diretrizes éticas que devem ser seguidas, conclui-se que esses devem incluir tais parâmetros legislativos em suas políticas e projetos.

Palavras-chave: Compliance; Lei Geral de Proteção de Dados; Governança e boas práticas.

Abstract

This research has as main objective to answer the following question: is there an intersection between compliance programs and the privacy sought through the General Data Protection Law (LGPD)? For this purpose, the main legal aspects that communicate directly with compliance programs and that need to be observed for the effective implementation of data protection in the light of Brazilian law within a corporate organization will be outlined. In this way, the deductive method will be used, through bibliographic review. We conclude, at the end, considering that it is through compliance programs that a company dictates to its entire corporation what are the ethical guidelines that must be followed, it is concluded that these must include such legislative parameters in its policies and projects.

Keywords: Compliance; General Data Protection Law; Governance and good practices.

1. Introdução

Compliance refere-se ao agir conforme a regra e à adequação de condutas, com escopo de evitar e minimizar riscos de responsabilização em diferentes áreas. No que se refere à proteção de dados, faz-se necessário proteger a privacidade dos titulares dos dados, com o intuito de evitar abuso no uso das informações coletadas e/ou a utilização sem o consentimento do seu titular.

Neste contexto, pretende-se responder o seguinte questionamento: há intersecção entre os programas de *compliance* e a privacidade buscada através da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)? Para a elaboração e construção do trabalho utiliza-se o método dedutivo através, de análise bibliográfica. Além disso, objetiva-se traçar os principais aspectos legais que se comunicam diretamente com os programas de *compliance* e que precisam ser observados para a efetividade na implementação da proteção de dados à luz da legislação brasileira dentro de uma organização corporativa.

Apesar de existir em outras normas considerações e obrigações quanto à proteção de dados pessoais, não havia até então legislação direcionada aos direitos dos titulares frente à privacidade constitucionalmente assegurada, carecendo a legislação brasileira de norte procedimental sobre o tratamento dos dados pessoais por empresas. A partir da publicação e recente vigência da Lei Geral de Proteção de Dados impõe-se uma disrupção nas práticas cotidianas, da coleta à exclusão dos dados pessoais.

326

O texto legal, mais do que diversas diretrizes principiológicas, traz a incumbência do encarregado de orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais, além de dedicar uma seção exclusiva da lei às boas práticas e governança, o que demonstra a latente relevância de ligar a proteção de dados aos programas de *compliance*.

Desta forma, a relevância da temática encontra-se, especialmente, em sua atualidade considerando, ainda, as escassas pesquisas relacionadas ao assunto e merecendo, pois, análise e aperfeiçoamento em relação ao tema e aos desafios que envolvem LGPD e *compliance*. Parte-se da hipótese de que para implementação das intenções legislativas contidas na Lei Geral de Proteção de Dados, buscando principalmente efetivar os princípios que inauguram a norma, é vital à organização corporativa que incorpore a noção de privacidade e inclua em seus procedimentos a proteção de dados pessoais.

2. *Compliance* e o seu papel organizacional

Com o evento histórico de grande impacto mundial, a quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, os mecanismos que surgiram para recuperar a economia levam à Era *Compliance* em 1960: em 1932 é criado o Programa *New Deal*, em 1945 o Fundo Monetário Internacional e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento, em 1950 a *Prudential Securities* contrata advogados para análise de legislação e atividades voltadas aos valores imobiliários.⁴¹³ É a partir de então que, nessa mesma linha, extrapolando o mercado financeiro, é que a prática passou a ser instituída em outras áreas.

Assim, o conceito de *compliance* é a formação de uma organização sistêmica, dentro de uma empresa ou instituição, que une normas internas e externas, códigos de ética e de conduta, legais e de cultura da empresa, com intuito de estar em conformidade. É nesse sentido que define Knopele que “*Compliance* é uma cultura de fazer o que é certo, simplesmente pelo fato de que é o certo a ser feito”⁴¹⁴. Como destacam Frazão, Oliva e Abilio:

Trata-se da estruturação de políticas e procedimentos corporativos que se traduzam em ações sistemáticas com o objetivo de atender ao cumprimento aos preceitos normativos, a permitir a prevenção do ato ilícito ou, caso tal não seja possível, minorar seus efeitos e sancionar eventuais responsáveis.⁴¹⁵

O objetivo na implementação do sistema de *compliance* pelas organizações é justamente a conservação das instituições, sejam elas empresas privadas ou públicas com a redução de diversos riscos e é, por essa razão que o assunto está sempre em alta nos debates.⁴¹⁶

Em cartilha sobre programa de integridade com enfoque na lei anticorrupção formulada pela Controladoria Geral da União⁴¹⁷, são apontados como base de pilares para implementação o comprometimento, a análise de riscos e estruturação de regras e formas de monitoramento contínuo. Como se verá a seguir, há também na legislação que trata de dados pessoais dispositivos voltados ao programa de implementação, ou seja, fica evidente a busca pela

413 KNOPELE, Luciano. O Sistema de Compliance: notas introdutórias. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Ano 4. N. 2. Outubro de 2019

414 KNOPELE, Luciano. O Sistema de Compliance: notas introdutórias. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Ano 4. N. 2. Outubro de 2019

415 FRAZÃO, A. OLIVA, M.D.; ABILIO, V.S. Compliance de Dados Pessoais. In: A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLICA, M.D.(Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019. p.683.

416 KNOPELE, Luciano. O Sistema de Compliance: notas introdutórias. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Ano 4. N. 2. Outubro de 2019

417 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas. Brasília, setembro de 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 18 de fev de 2021. p.5.

prevenção e organização das empresas, dentro de seus programas de *compliance*, para adequação à privacidade e proteção de dados pessoais.

Em orientação desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Segurança Corporativa⁴¹⁸ quando trata da incorporação de aspectos éticos à tomada de decisão pontua que para efetivar esse objetivo é necessária a observância da identidade da organização (cultura) somada ao código de conduta, ao planejamento estratégico e gerenciamento de riscos e às políticas daquela corporação.

Também, no mesmo documento, indicam como princípios básicos do Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa os princípios da transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa, conceituando-os:

- **Transparência:** Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse, e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que conduzem à preservação e à otimização do valor da organização.
- **Equidade:** Caracteriza-se pelo tratamento justo e isonômico de todos os sócios e demais partes interessadas, levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas.
- **Prestação de Contas (accountability):** Os agentes de governança devem prestar contas de sua atuação de modo claro, conciso, compreensível e tempestivo, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões e atuando com diligência e responsabilidade no âmbito dos seus papéis.
- **Responsabilidade Corporativa:** Os agentes de governança devem zelar pela viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzir as externalidades negativas de seus negócios e suas operações e aumentar as positivas, levando em consideração, no seu modelo de negócios, os diversos capitais (financeiro, manufaturado, intelectual, humano, social, ambiental, reputacional etc.) no curto, médio e longo prazos.⁴¹⁹

328

A leitura destes princípios bases juntamente com a forma de surgimento da organização sistêmica de estar em conformidade das corporações, pelo impacto social e econômico que geram, fazem os programas de *compliance* serem, em essência, mutáveis e necessariamente atualizáveis em frequência periódica, justamente para manter a essência de estar alinhado às melhores práticas.

418 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Compliance à Luz da Governança Corporativa*. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ibgc_orienta_compliance_a_luz_da_governaca.pdf. Acesso em 18 fev. 2021.

419 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Compliance à Luz da Governança Corporativa*. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ibgc_orienta_compliance_a_luz_da_governaca.pdf. Acesso em 18 fev. 2021. p. 11.

É nesse sentido, portanto, que com o surgimento da latente social para proteção de dados pessoais e normas legais que tratam do assunto, vê-se o papel dos programas de *compliance* como essencial à incorporação dos fundamentos pretendidos pela legislação.

3. Proteção de dados pessoais: breves considerações

Historicamente, o desenvolvimento da sociedade é marcado em cada época por um elemento econômico que a estrutura. Esses marcos são determinados pelos insumos: as riquezas providas da terra, definiram a sociedade agrícola, a sociedade industrial sobreveio pela criação das máquinas a vapor e eletricidade, posteriormente os serviços como destaque delinearão a sociedade pós-industrial. Atualmente, estamos enquanto sociedade sedimentados nos recursos tecnológicos e na organização da informação, o que nos leva ao status de sociedade da informação⁴²⁰.

329

As experiências de coletar e registrar não são novidade para humanidade, os avanços são estabelecidos por essas condutas. Todavia, o *Big Data* e o *Big Analytics*, elevaram a capacidade de armazenar e interpretar informações a um nível de eficiência que não poderia ser projetado. Assim, sendo os dados pessoais insumos da sociedade atual, a sua coleta e processamento sem qualquer regulamentação, leva ao tratamento ilimitado dessas informações⁴²¹.

Não bastasse isso, com “o avanço da internet tem se possibilitado um fluxo nacional e internacional – cada vez mais rápido e mais intenso – de grandes massas de dados.⁴²²” Ademais, é importante mencionar o fato de que “o incremento da computação em nuvem tem permitido o armazenamento, o acesso e o tratamento de grandes volumes de dados a partir de grande poder computacional⁴²³”. Isso fez gerar a necessidade de uma regulamentação para tratamento e controle dessas informações pessoais, uma vez que:

A informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encerra toda a complexa problemática em torno desta relação, porém

420 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3-4.

421 FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, (Coord). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.n.p.

422GUTIERREZ, Andriei. Transferência internacional de dados e estratégias de desenvolvimento nacional. In. Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Viviane Nóbrega Maldonado; Renato Opice Blum (coords). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 214.

423 GUTIERREZ, Andriei. Transferência internacional de dados e estratégias de desenvolvimento nacional. In. Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Viviane Nóbrega Maldonado; Renato Opice Blum (coords). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 214.

pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade⁴²⁴.

A legislação de maior impacto e na qual se baseia a lei brasileira – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018) - é a *General Data Protection Regulation* (GDPR), Regulamento de Proteção de dados da União Europeia, sendo conhecido por garantir aos seus possuidores de dados oito direitos fundamentais que eles são essencialmente os mesmos direitos que a LGPD menciona, tendo as duas normas, portanto, objetivos muito similares.

Sendo assim, a LGPD foi promulgada com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade. A norma se dedica a trazer conceitos e bases sobre o tratamento de dados pessoais, sejam eles dispostos em meio físico ou digital, feito tanto por pessoa física, quanto por jurídica de direito público ou privado e engloba, ainda, um amplo conjunto de operações a serem efetuadas⁴²⁵.

Assim, abordada a ideia dos programas de integridade, que visam o cumprimento das normas incorporadas à cultura da empresa, se faz necessário, pelos preceitos trazidos na legislação os pontos de encontro entre *compliance* e a proteção de dados pessoais, o que será melhor exposto no tópico a seguir.

330

4. Intersecção entre a proteção de dados pessoais e programas de *compliance*

Diante da realidade da nossa sociedade atual, irrigada por circulação de dados, inclusive pessoais, “tornou-se fundamental pensar em uma ética de proteção de dados que os agentes econômicos passem a adotar, objetivando coibir processamento de dados em massa de forma discriminatória e indevida”⁴²⁶.

Especificamente quanto à legislação brasileira, que trata da proteção de dados pessoais, temos um rol de direitos constitucionais fundamentais de abrem o texto legal, seguidos de fundamentos de disciplinam a proteção e ainda da forma de tratamento e direitos dos titulares. Essa série de

424 BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia / Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 24-25

425 BRASIL. Guia de boas práticas Lei Geral De Proteção De Dados (LGPD). Abril de 2020. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia_lgpd_gov_2020.pdf. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.

426 LINDOSO, Maria Cristine Branco. O Processo decisório na Era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba (Coord.). Empresa, Mercado e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.100.

dispositivos liga-se a vontade de organização preventiva já que “com o estabelecimento de padrões éticos no diploma legal, os agentes deveriam, ao menos, buscar desenvolver programas de *compliance* corporativo”⁴²⁷.

Considerando o conteúdo objeto deste estudo, em que pese a importância da assimilação de que esses preceitos, direitos, princípios e fundamentos norteiam toda a norma, o destaque será dado à obrigação de orientação de funcionários e contratados e à dedicação legislativa de uma seção que trata de boas práticas e governança.

Diante destes dispositivos legais, entende-se que a característica de fundo da Lei Geral de Proteção de Dados é a busca pela prevenção de violações, uma vez que estabelece “procedimentos mandatórios para os controladores e operadores de dados pessoais, tais como os deveres de acessos não autorizados”⁴²⁸.

Na mesma linha, fazendo leitura esclarecedora e prática da legislação, quanto à adequação daqueles que precisam implementar os preceitos contidos na lei, traz Neto⁴²⁹ que

Tal adaptação envolve mais do que simplesmente publicar política de privacidade que esteja em conformidade com a LGPD, cabendo também às entidades revisarem suas metodologias, políticas e procedimentos internos para garantir conformidade com a legislação, especialmente para poder atender a eventuais solicitações e exigências dos titulares e da Agência Nacional de Proteção de Dados.

Afirmam Frazão, Oliva e Abilio que “Regulação e *compliance* consistem em fenômenos complementares, aduzindo-se à autorregulação regulada”⁴³⁰: ou seja, prosseguem explicando, que se estar de acordo com as normas internas corporativas é necessário o atendimento também dos dispositivos legais, o cumprimento da lei está então dentre os preceitos básicos daquela corporação; por outro lado, se para cumprir a legislação são necessários controles internos, políticas e procedimentos de boas práticas, governança e orientação de seus funcionários, é o Estado, de certo modo, fazendo com que as corporações criem esse sistema.

427 LINDOSO, Maria Cristine Branco. O Processo decisório na Era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba (Coord.). Empresa, Mercado e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p.100.

428 FRAZÃO, A. OLIVA, M.D.; ABILIO, V.S. Compliance de Dados Pessoais. In: A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLICA, M.D.(Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019. p.681.

429 NETO, Aristides Tranquillini. Compliance com a Lei Geral de Proteção de Dados como forma de evitar a responsabilidade civil. In: FALEIROS JÚNIOR, J.L.M; LONGHI, J.V; GUGLIARA, R. (Coord.). Proteção de dados pessoais na sociedade da informação. São Paulo: Editora Foco, 2021.p.241

430 FRAZÃO, A. OLIVA, M.D.; ABILIO, V.S. Compliance de Dados Pessoais. In: A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLICA, M.D.(Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019. p.684.

Como já destacado, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais⁴³¹ dedica um capítulo para tratar da segurança e das boas práticas, o que revela a sua intenção preventiva. Este Capítulo VII é dividido em duas seções, sendo a primeira destinada à segurança e sigilo de dados e a segunda às boas práticas e governança, sendo essa última destacada pelo objeto desta análise.

Veja-se que os artigos 50 e 51 que compõe essa seção sempre se referem às boas práticas como uma sugestão legal e não obrigatoriedade. Todavia, é evidente que deste conteúdo somado a todos os outros dispositivos se sobressai a necessidade de uma organização mínima das empresas.

Assim, traz o artigo 50 a viabilidade de uma organização, seja individual de cada empresa ou por meio de associações, criar regras próprias de boas práticas e governança onde estabeleçam a forma de funcionamento de procedimentos de proteção de dados pessoais, inclusive sobre reclamações, ações educativas, mecanismos internos de supervisão e mitigação dos riscos. Aqui, pela contextualização já trazia a respeito de *compliance* vê-se que é exatamente essa a intenção da legislação quando recomenda claramente uma organização sistêmica, com regras próprias, ou seja, de acordo com a cultura da empresa, para estar em conformidade com a proteção de dados pessoais.

332

A tutela de direitos através de boas práticas visa “conferir papel primordial na efetividade dos direitos e na prevenção de danos, a adoção de mecanismos de *compliance* consubstancia valioso instrumento desse viés operacional e preventivo, auxiliando na promoção de condutas compatíveis com a regulamentação legal”⁴³²

Continua, o texto legal, apresentando ao controlador⁴³³ a base do que deverá ser levando em consideração na criação dessa política da organização para proteção de dados pessoais, quais sejam: a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes do tratamento.

Também nessa seção reforça o legislador a observância dos princípios indicados no início da lei vinculando-os ao dever de observação pelo controlador da sua estrutura baseada na escala e volume de tratamento conjuntamente com a sensibilidade dos dados pessoais e a probabilidade

431 BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

432 FRAZÃO, A. OLIVA, M.D.; ABILIO, V.S. Compliance de Dados Pessoais. In: A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLICA, M.D.(Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019. p.682.

433 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

versus gravidade de danos que possam ser causados ao titular – todos esses indicadores estão expressos para a criação e implementação de programa de governança.

Para tanto, traz parâmetros mínimos que deverão estar incorporados no programa de governança para conformidade no tratamento com a adequada proteção aos dados pessoais:

- a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;
- b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;
- c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados;
- d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade;
- e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular;
- f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos;
- g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e
- h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas;

333

Além das orientações sobre a implementação de programa de governança, expressamente coloca a legislação que é necessária a demonstração da efetividade desse mecanismo, principalmente caso solicitado por autoridade competente.

É essencial destacar que, em que pese o teor recomendativo para adoção de programa de privacidade para cumprimento da lei, há dentre os deveres do encarregado⁴³⁴ a orientação de empregados e contratados quanto às práticas que precisam ser tomadas para proteção de dados pessoais. Nessa acepção, vê-se que para que possa de forma organizada e alinhada exercer suas atividades, deverá o encarregado ter material elaborado para fornecer orientação.

Quando trata das sanções administrativas, também há menção sobre programa de conformidade já que dentre as atenuantes a serem consideradas no procedimento administrativo para apuração de infração e aplicação de sanção há critérios como “a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados” e “a adoção de política de boas práticas e governança”⁴³⁵.

⁴³⁴ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

⁴³⁵ BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

É diante dessa complexidade, porém necessária proteção e alinhamento, que fica explícito que para estar em conformidade com a privacidade e proteção de dados pessoais não basta preencher um *check list* de atividades ou medidas para adequação. Trata-se em verdade de processo contínuo, com controles variados que devem acompanhar a realidade de cada organização, bem como passar por revisões e reforços periódicos.⁴³⁶

5. Considerações finais

Os programas de *compliance* foram uma forma sistêmica das organizações buscarem o cumprimento de normas internas e externas, em conformidade com leis e princípios. Essa forma de planejamento tem impacto social e econômico e cada vez mais vêm sendo incorporada por legislações.

Considerado a sociedade da informação, nutrida também pela circulação de dados pessoais, legislações passaram a tratar da proteção desses dados, o que aconteceu, no caso brasileiro através da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei Nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.

334

O caráter preventivo norteia todo o texto legal, elencando princípios e fundamentos que orientam seus dispostos e se coadunam com as condutas e valores de melhores práticas que baseiam o *compliance* das organizações. Vemos que princípios que aparecem na LGPD são também destacados como basilares para os programas de conformidade como a transparência que aparece expressamente no artigo 6º da lei⁴³⁷ e a prestação de contas, elencada no artigo 48 §3º⁴³⁸.

Desta forma, respondendo o problema de pesquisa aqui proposto, tem-se que há taxativa recomendação de implementação através de programa de governança em privacidade, com a dedicação da lei às boas práticas, o que demonstra que efetivamente há intersecção entre os programas de *compliance* e efetividade da privacidade buscada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

⁴³⁶ NETO, Aristides Tranquillini. Compliance com a Lei Geral de Proteção de Dados como forma de evitar a responsabilidade civil. In: FALEIROS JÚNIOR, J.L.M; LONGHI, J.V; GUGLIARA, R. (Coord.). Proteção de dados pessoais na sociedade da informação. São Paulo: Editora Foco, 2021. p.246.

⁴³⁷ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

⁴³⁸ Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares. [...] § 3º No juízo de gravidade do incidente, será avaliada eventual comprovação de que foram adotadas medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados ininteligíveis, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços, para terceiros não autorizados a acessá-los.

- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.
- BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação credícticia / Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010.
- BRASIL. Guia de boas práticas Lei Geral De Proteção De Dados (LGPD). Abril de 2020. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/guia_lgpd_gov_2020.pdf. Acesso em 17 de fevereiro de 2021.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Programa de Integridade – Diretrizes para empresas privadas. Brasília, setembro de 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.
- FRAZÃO, A. OLIVA, M.D.; ABILIO, V.S. Compliance de Dados Pessoais. In: A Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro. FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLICA, M.D.(Coord.). Revista dos Tribunais: São Paulo, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva, (Coord). Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.
- GUTIERREZ, Andriei. Transferência internacional de dados e estratégias de desenvolvimento nacional. In. Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Viviane Nóbrega Maldonado; Renato Opice Blum (coords). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Compliance à Luz da Governança Corporativa. São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ibgc_orienta_compliance_a_luz_da_governaca.pdf. Acesso em 18 fev. 2021.

KNOPLÉ, Luciano. O Sistema de Compliance: notas introdutórias. Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Ano 4. N. 2. Outubro de 2019.

LINDOSO, Maria Cristine Branco. O Processo decisório na Era do “big data”. Ética de proteção de dados e responsabilidade social empresarial. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba (Coord.). Empresa, Mercado e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 91-104.

NETO, Aristides Tranquillini. Compliance com a Lei Geral de Proteção de Dados como forma de evitar a responsabilidade civil. In: FALEIROS JÚNIOR, J.L.M; LONGHI, J.V; GUGLIARA, R. (Coord.). Proteção de dados pessoais na sociedade da informação. São Paulo: Editora Foco, 2021. P.241-258.

PACOTE ANTICRIME (Lei n. 13.964/2019): ENTRE ACERTOS E TROPEÇOS

*ANTICRIME PACKAGE (Law 13.964 / 2019):
BETWEEN SETTINGS AND STUMBLES*

Tiago Oliveira de Castilhos

Centro Universitário FADERGS, Brasil

tiagodecastilhos@gmail.com

Resumo

O trabalho se propõe a analisar os avanços e retrocessos oriundos da inovação legislativa, proposta em 2019, por meio da Lei n. 13.964 ou se houve avanços e retrocessos. Longe de esgotar o assunto, propõe, como problema de pesquisa, se é possível aumentar o controle para que haja a diminuição dos espaços de corrupção e, ao mesmo tempo, manter a proteção ao acusado, por meio dos direitos e garantias constitucionais. Passará por uma análise cronológica dos últimos anos do controle que se estabeleceu pelos agentes de Estado com o fito de diminuir os espaços de corrupção e, a partir dessa análise, a busca da resposta para o problema de pesquisa. Ao final, o texto registrará alguns avanços e alguns retrocessos, oriundos do novatio legis referida e se ela contribuiu ou não para a resposta ao referido problema.

Palavras-chave: anticorrupção; controle; garantias; Estado Democrático de Direito; Constituição.

Abstract

The work proposes to analyze the advances and setbacks arising from the legislative innovation proposed in 2019 through Law no. 13,964 or if there have been advances and if there have been setbacks. Far from exhausting the subject, they are proposed as a research problem if it is possible to increase control so that there is a reduction in the spaces of corruption and at the same time maintain protection for the accused through constitutional rights and guarantees. It will undergo a chronological analysis of the last years of the control that was established by the agents of State with the aim of reducing the spaces of corruption and from this analysis the search for the answer to the research problem. At the end, the text will record some advances and setbacks from the new legislation referred to and whether or not it contributed to the answer to that problem.

Keywords: anti-corruption; control; guarantees; Democratic state; Constitution.

1. Introdução

O estudo tem como proposta uma análise sobre os avanços e retrocessos do pacote anticrime e a reflexão que decorre do movimento nos últimos anos no Brasil de “caça aos corruptos a qualquer preço”. É possível respeitar direitos e garantias fundamentais e, ao mesmo tempo, combater a corrupção? Deveria ser a pergunta mais presente na mente das autoridades que fazem esse tipo de trabalho e a resposta teria que vir quase que instantaneamente. Buscaremos responder à pergunta neste pequeno texto; logo, faz-se necessário o discorrer a respeito de pontos importantes para, só no final, descobrir o que embasa a resposta.

A pesquisa se dá por meio da análise bibliográfica e jurisprudencial. Sua relevância está no conflito entre o aumento do poder penal e os movimentos Institucionais para combater a corrupção. Sim, é possível diminuir a existência da corrupção por meio do controle desde que não ofenda a Constituição. Esta é a pergunta a ser feita: é possível aplicar a lei penal e aumentar os meios de controle da corrupção para diminuí-la e, ao mesmo tempo, garantir os direitos e garantias fundamentais do acusado? A discussão torna-se cada vez mais importante tendo em vista o aumento dos meios de controle de anticorrupção que surgiram nos últimos anos, principalmente, após a conhecida “Lava-Jato”.

339

O objetivo do trabalho é o de demonstrar que, ao mesmo tempo em que as Instituições de controle, e aqui se direciona para magistratura e para a promotoria, combatem a corrupção, deixam de lado direitos e garantias fundamentais do acusado. O Ministério Público — MP — tem por missão zelar pelos direitos assegurados na Constituição — CF, na forma do Art. 127, *caput*, sendo o MP instituição essencial e tem por missão a defesa do regime democrático, que vai além da simples organização do Estado como Democrático. Cabe-lhe proteger, em primeiro lugar, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, principalmente sobre aquele que está atuando com a persecução penal.

Já o Art. 129, inciso II, da CF diz que o MP tem que zelar pelos direitos assegurados nela, incluídos, por óbvio, os direitos fundamentais e neles, como se sabe, os freios ao Estado penal. Ainda, na Lei n. 1.341/1951, no Art. 1º, diz que ao MP cabe zelar pela observância da CF, das leis e dos poderes públicos. Logo, não pode o *parquet* buscar, a qualquer custo e preço, o combate à corrupção e descumprir, assim, direitos e garantias fundamentais de todo cidadão. Para exemplificar: não poderia ter partido do Ministério Público Federal um pacote legislativo com medidas anticorrupção que ofendessem a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

A máxima de que os “fins justificam os meios” não pode prevalecer, primeiro porque é máxima do século XVI e porque se coloca, como obsessivo,⁴³⁹ em uma luta do que antigamente se chamava de “vale-tudo”. Não é permitido, em um Estado Democrático de Direito, pois aqui, no século XXI, direitos e garantias fundamentais são freios ao Estado perseguição e os “fins não justificam os meios”, em que pese ter sido a fala de um dos membros da “Lava-Jato”, sendo por óbvio que os meios de perseguição não podem, para o fim de “caçar” o corrupto, descumprir garantias fundamentais, pois, assim, não se chegará ao final do processo com uma sentença democrática, que deve ser missão deontológica da jurisdição, na fala de Luigi Ferrajoli.

2. Corrupção, uma necessidade de evitação: *compliance* é o controle

É necessário que a sociedade faça o controle dos órgãos de Estado para que deles diminuam as possibilidades de atuação de agentes corruptos em todas as esferas de poder, inclusive da magistratura⁴⁴⁰ e da promotoria. É de conhecimento que há uma predileção pela criação de leis penais com o intuito de criminalizar condutas e, nos últimos anos, houve o aumento da legislação penal com novos bens jurídicos a serem protegidos pelo direito penal, sendo tal prática uma predileção do legislador.

340

Em que pese tal preferência social por leis penais, bem-identificada pelo seu legislador, porque tudo para ele se resolve pelo cárcere (facilmente refutável por não ser verdadeira). Sabe-se que, para diminuir a corrupção, se tem as ferramentas de controle e ela faz muito bem a evitação de tal prática, que é o caso da *compliance*,⁴⁴¹ sem o cárcere.

Agentes do Estado levaram à risca o combate à corrupção e criaram uma Vara Especializada para tais crimes, na Justiça Federal. Uma necessidade da sociedade brasileira era diminuir os espaços para a atuação dos agentes de corrupção, sim, pois, a bem da verdade, sempre se soube que a atuação estatal, sem generalizações, era calcada por episódios de corrupção.⁴⁴²

⁴³⁹ Explica o autor que “(...) o obsessivo sempre tem a boa resposta para tudo.” (MELMAN, 2004, p. 13).

⁴⁴⁰ O juiz é o garantidor do direito fundamental e a ele cabe o restrito respeito à lei, sendo indicado pelo autor nove máximas deontológicas para o exercício da jurisdição (FERRAJOLI, 2013, p. 499).

⁴⁴¹ Versa o autor que “Podemos entender, portanto, que o *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão. Esse sistema interno também pode ser chamado de programa de integridade ou programa de *compliance* com a finalidade de prevenir, detectar e corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.” Aqui se faz uma tradução livre do termo, indicando que *compliance* são instrumentos, meios, procedimentos para o fim de diminuir os espaços de corrupção e quebra da ética entre Instituições e pessoas (BERTOCCELLI, 2020, p. 39.).

⁴⁴² Relatam os autores que, “nesse contexto, o primeiro passo para a pretendida efetivação da política de *compliance* na Administração Pública brasileira se dá pela adoção dos denominados códigos de conduta, há muito existentes no âmbito privado, que servem para a

No entanto, um grupo específico de profissionais do Estado agiram na chamada “Operação Lava-Jato”, na Vara Especializada, na Cidade de Curitiba, além dos ditames legais, ou seja, levantaram uma prática de alta perseguição a políticos que agiam de forma corrupta, pelo menos, era a sua acusação, com o fim de persegui-los a qualquer preço.⁴⁴³

Essa forma de perseguição à corrupção começou a ser “vendida” no Brasil como o ideal na persecução penal; começaram as perseguições políticas e delas ocorreu o *lawfare*⁴⁴⁴ e uma parcela de políticos, com uma bandeira no Brasil, foram perseguidos. As denúncias começaram a ser realizadas de forma cinematográfica na mais escancarada “sociedade do espetáculo”⁴⁴⁵, o processo penal tomou uma cara, um nome, um ideal de perseguição. Agentes do Estado começaram a ser “endeusados” como mitos, como pessoas além do bem e do mal.

341

Doce ilusão, porque estes que começaram a ser “endeusados” eram também agentes de corrupção; sim, pois deturpam algo que era natural⁴⁴⁶ e começaram a locupletar-se em suas atitudes, extrapolaram as barreiras da legalidade a ponto de, recentemente, um dos procuradores da referida operação dizer publicamente que direitos e garantias são “filigranas”⁴⁴⁷ do direito, quando, na verdade, sabe-se, que direitos e garantias são pilares de um Estado Democrático de Direito. Se ruim com eles, muito pior sem eles, sem os direitos, sem as garantias. Basta ver a recente história de 1964 a 1985, pela qual passou o Brasil.⁴⁴⁸

consolidação de uma cultura do cumprimento de regras, com alcance em relação a todos os funcionários, independentemente do cargo que ocupem, e que devem ser suficientemente pormenorizados para contemplar diversas situações da vida empresarial, bem como contar com investigação interna de denúncias, por meio de canal sigiloso, para que não haja o temor de represálias no ambiente de trabalho.” Para a diminuição da corrupção, houve a implementação de ferramentas da *compliance*, como, por exemplo, “códigos de conduta” para orientar como Agentes Públicos deveriam agir no cumprimento de seus deveres (NETO; DOURADO; MIGEUL, 2020, p. 746).

⁴⁴³ Versa o autor em seu texto: “Por tudo, é estarrecedor a declaração do juiz federal Sérgio Fernando Moro sobre a legalidade de ‘grampos’ na operação ‘lava jato’, quando diz que ‘*não tem a menor relevância a questão relativa à forma de implementação da diligência, se os ofícios judiciais ou da autoridade policial foram entregues a X ou a Y, se foram selados ou não, se o endereço foi escrito corretamente, com utilização de letra cursiva ou não*’, afirmando, ainda, que ‘*essas são questões relativas a formalidades, sendo apenas relevante se atenderam ou não a finalidade da realização da diligência e se foram ou não autorizadas judicialmente, questões já respondidas no sentido afirmativo*.’” Ele traz parte da fala do ex-juiz e ex-Ministro Sérgio Moro sobre a sua atuação como magistrado no processo da “Lava-Jato” e na sua fala evidente e o ideário de que os meios não importam, mas, sim, os fins alcançados o que é ilegal e inapropriado (YAROCHEWSKY, 2015.).

⁴⁴⁴ Primeiro momento que foi apresentado o tema (CARLSON; YEOMANS, 1975). Foi desenvolvido por Dunlap (DUNLAP, 2001). Em parca síntese, porque aqui não é o espaço para a abordagem sobre a definição do termo *lawfare*; no entanto, para o leitor, é necessário saber que é o uso do direito como arma, naquele termo, contra políticos.

⁴⁴⁵ Explica o autor que “O espetáculo é o momento em que a mercadoria *ocupou totalmente* a vida social. Não apenas a relação com a mercadoria é visível, mas não se consegue ver nada além dela: o mundo que se vê é o seu mundo. (...)” O processo penal tornou-se o espetáculo para a sociedade, foi transformado por agentes do Estado como espetáculo, diria eu: “um show de horrores” (DEBORD, 1997. P. 31).

⁴⁴⁶ A corrupção é a prática de desnaturalizar algo que era natural em uma leitura *lato sensu* de corrupção, ou seja, “(...) é absoluta quando vai da substância ao não-ser da substância, (...)” (ABBAGNANO, 2007, p. 214).

⁴⁴⁷ Veio à tona a fala do Promotor de Justiça, da “Lava-Jato”, Daltan Dallagnol, que disse, em conversa com seu colega, que, quando se trata de política, direitos e garantias não importam. Registro do texto: “*Andrey, no mundo jurídico concordo com você, é relevante. Mas a questão jurídica é filigrana dentro do contexto maior que é a política*”. (STRECK, 2019).

⁴⁴⁸ Um dos problemas pelo que passou o Brasil, neste período da ditadura, registrado pela tese da autora, foi o fato de a justiça permitir e naturalizar o próprio regime autoritário. Veja: “Paralelamente, a justiça naturalizou o discurso que implementou o regime, explicando no Preâmbulo do AI-1 e na sequência das normas que integram a legalidade autoritária. (...)” (SCHINKE, 2016, p. 206.).

3. Instituições de Estado e a relação promíscua com os Direitos e Garantias Fundamentais: e quando o ataque vem de dentro

Instituições da persecução penal, como o Ministério Público, que é a acusação, é o detentor da ação penal conforme Art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Já a jurisdição é exercida por meio do magistrado e do poder judiciário, que têm a missão de garantir o Estado Democrático de Direito e as garantias daquele que está sendo acusado por ter cometido, em tese, um ilícito, como já dito: um dever deontológico⁴⁴⁹ tem o magistrado.

Não se admite que o MP possa tomar uma posição proativa no descumprimento da norma, no descumprimento das garantias. Deve ter, sim, o *parquet* uma posição proativa para cumprir seu dever, que é patrocinar a persecução penal contra aquele que recaia a existência de elementos de autoria e materialidade no cometimento de um fato típico, ilícito e culpável, mas dentro da legalidade, já que, ao final, sempre se quis fazer crer que ele é o “fiscal da lei”⁴⁵⁰ e que atua de forma imparcial e ética.⁴⁵¹

342

Conforme se verifica, cabe ao MP o dever de proteger e zelar pela Constituição – CF, defender os direitos que nela estão inseridos, na forma do Art. 127, *caput*, sendo o referido órgão essencial para a defesa do regime democrático. Logo, não são apenas uma Instituição deste Estado Democrático de Direito, mas, sim, uma das principais Instituições dele que tem por objetivo garantir para que os direitos elencados na Carta sejam não só cumpridos, mas, sim, efetivados. Eis o que refere Lenio Luiz Streck: “(...) Não fosse por tais motivos, há que se ter em conta que a função de guardião da fiscalização da aplicação da Constituição é primordialmente do Ministério Público, bastando, para tanto, um breve exame dos dispositivos constitucionais que tratam do papel dessa instituição.”⁴⁵²

449 (FERRAJOLI, 2013, p. 499).

450 Discute-se tal possibilidade, qual seja, do MP, ao mesmo tempo em que é parte no processo penal, ser o fiscal da lei. Isso porque quem é parte tem interesse no resultado e, para ser “fiscal”, deveria ser isento, o que não é provável quando se é parte.

451 Projeto de Lei n. 5.282, de 2019, proposto pelo Senador Antônio Anastasia. O projeto foi batizado com o nome “Streck-Anastasia” ou “Anastasia-Streck”, que é uma proposta bem-vinda de incluir na lei a obrigatoriedade de o Ministério Público ser “imparcial”, assim como deveria ser o juiz do processo penal. O projeto inclui no Art. 159 do Código de Processo Penal – CPP o comando da imparcialidade que é necessária já que deve o referido órgão seguir a Constituição e proteger o Estado Democrático de Direito. Veja o teor da proposta: ele inclui o § 1º, no referido artigo e diz que “Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa §2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo.” Ainda, o parágrafo segundo impõe a pena ao MP se agir de forma contrária, qual seja, o reconhecimento de que o processo é nulo. Incluir o referido parágrafo impõe ao Ministério Público o dever de imparcialidade. Questiona-se por que parcela dos integrantes, parcela bem alta é contra? Será por que são parciais?. Ver texto no Conjur (VARGAS; DIAS, 2020). Ver também o texto de Lenio Streck no Conjur (STRECK, 2019). Perceba o leitor que os integrantes do MP querem ter as mesmas prerrogativas da Magistratura, mas não querem ter a mesma obrigação que os juizes, que devem ser imparciais.

452 (STRECK, 2019, P. 293).

No Art. 129, inciso II, CF, diz que o MP tem que zelar pelos direitos assegurados na Constituição; logo, não pode ser o referido órgão o proponente de qualquer projeto que frustre tais direitos,⁴⁵³ muito menos ele a dar azo para que sejam eles descumpridos por qualquer outra Instituição deste mesmo Estado. Ainda, na Lei n. 1.341/1951, no Art. 1º, diz que o *parquet* tem que zelar pela observância da CF, das leis e dos poderes públicos. Logo, não pode buscar, a qualquer custo e preço, o combate à corrupção e descumprir direitos e garantias fundamentais sob pena de ele também estar agindo em prol da corrupção ou até mesmo de forma corrupta.

De certa maneira, foi o que ocorreu com parcela da referida Instituição e aqui se deve ter o máximo cuidado para evitar interpretações dúbias, pois não se está a taxar ou generalizar a Instituição, muito antes pelo contrário, pois o propósito é valorizar a importância que tem esta Instituição para o Estado e para as nossas vidas. A missão é esta: a valorização, mas, para isso, é necessário mostrar o que está fora do padrão, o que não se manteve por meio da força centrípeta⁴⁵⁴ no percurso, no caminho, no eixo, aquilo que ficou à margem, que foi a prática presente de alguns agentes da Instituição, por exemplo, na “Operação Lava-Jato”.

343

4. Avanços e retrocessos do pacote anticrime

A referida operação foi o mote para mudanças legislativas, tais como a ocasionada em dezembro de 2019, com a lei n. 13.964/2020, que entrou em vigor 30 (trinta) dias após a sua publicação, conforme Art. 20, com data de publicação para 23 de janeiro de 2020. Veja que o Ministro a assinar a lei era o mesmo juiz que tomara posições pró-ativas no processo penal, responsável pela jurisdição da Vara Especializada, na Comarca de Curitiba, julgada as ilegalidades dos seus atos, a parcialidade do juiz.⁴⁵⁵

Um dos avanços propostos pelo legislativo, não pelo ex-juiz/ministro proponente do pacote, mas, sim, pelos legisladores que propuseram emendas, foi à inclusão de um prazo razoável para a duração da prisão preventiva, na forma do Art. 316, §1º do CPP. Em que pese o avanço, o Ministro Fux, Presidente do Supremo Tribunal Federal, resolveu fazer o papel pró-ativo para decidir que as prisões processuais continuassem da mesma forma como antes, ou seja, sem prazo razoável para a sua (re)análise, podendo durar o quanto o juiz bem entender. A inclusão do prazo, visivelmente,

453 Notícia da Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral da República. 10 Medidas: Comissão Especial aprova roteiro de audiências públicas para debater o PL 4850. Ver também o texto na Câmara dos Deputados Federais sobre as dez medidas anticorrupção do Ministério Público Federal que virou projeto de lei em 2016.

454 Fenômeno da Física para explicar como que um corpo em determinada velocidade permanece em uma curva.

455 STF julga a imparcialidade do “ex-juiz Sérgio Moro”. Notícia publicada em 23 mar. 2021.

é um avanço. Já a prática do Presidente do Supremo Tribunal Federal demonstra a cultura judiciária, que não admite tal avanço.

Tal prática vem sendo denunciada, há longa data, mas, no Brasil, a qualidade da jurisdição tem sido atacada pelo consequencialismo,⁴⁵⁶ que, em parca síntese, significa que os Tribunais, os juízes, devem atender às vozes das ruas. Com a estipulação de um prazo para a prisão preventiva, buscou-se a racionalização da aplicação da medida, freando a prática dela como um subterfúgio para a antecipação das punições, bem como rever a cultura judiciária, pois se sabe que primeiro ocorre a prisão no Brasil para depois se ter o processamento.⁴⁵⁷

Ainda, como ganho, aplica-se, como punição ao Estado, pela demora ou a não revisão da necessidade da aplicação da prisão, a consideração dela como ilegal e a conseqüente liberação do acusado para que responda ao processo em liberdade.⁴⁵⁸ Aqui se pode refletir pelo viés de que houve um avanço com a determinação de um prazo razoável para a duração da prisão preventiva; no entanto, pela pobre cultura judicial brasileira, ela foi inocuízada.⁴⁵⁹

No que se refere ao aspecto negativo, ou seja, ao retrocesso do referido Pacote, tem-se a alteração da Lei de Execuções Penais, Lei n. 7.210/1984, no Art. 112, no que se refere ao percentual para a progressão de regime. Aponta-se este como um dos retrocessos da reforma promovida pela Lei n. 13.964/2019, pois, para a progressão de regime, é necessário, em alguns casos, o cumprimento da pena em até 70% da sua totalidade.⁴⁶⁰ Houve, no referido artigo, um

456 A inclusão do Art. 20 pela Lei n. 13.655/2015, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que versa: “as esferas administrativa, controladora e judicial não se decidirão com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. (DIAS; NASCIMENTO, 2019). Faz uma crítica o autor sobre a alteração trazida pela lei, pois não pode ela fazer mudanças no direito, pois é necessário o caminho para um fim mais democrático do direito e assim um respeito maior ao direito e à aplicação menos de ordem subjetiva. (MORAIS, 2018, p. 520). Lenio Streck faz uma crítica a decisões tomadas pelo consequencialismo e propõe uma terceira via como que é o julgamento “por princípios”. Diz também que em um direito democrático não pode depender de um juiz consequencialista. Ainda, “(...)”. Por isso, de uma perspectiva jurídica, não é possível admitir especulações consequencialistas para relativizar direitos fundamentais.” (STRECK, 2020, p. 928).

457 Ainda sobre o consequencialismo (VALENTER, 2011, p. 9.). Diz o autor: “(...)”. Reconhece, entretanto, que tais medidas foram banalizadas ao longo do tempo, o que conduz, primeiro, ao estabelecimento da punição para, num segundo momento, ter-se a preocupação com o processo.” (CASTILHOS, 2013, p. 71). Explicam os autores que “Ao lado da massificação das cautelares, sua excessiva duração conduz ao que FERRAJOLI denomina ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso.’” (LOPES JR; BADARÓ, 2006, p. 53). Relata o autor que houve uma transformação na metade do século XX, na Itália, com a inclusão das Leis que determinaram um máximo, primeiro para a fase de instrução e depois para as demais fases do processo. Com tais leis, houve o aumento do aprisionamento preventivo fazendo com que o acusado passasse todo o tempo do procedimento preso. “(...)”. Esto significa que los plazos han actuado, más que como limite máximo, como limite mínimo de la detención preventiva y de la duración de la causa, o, lo que es lo mismo, como autorización implícita para ralentizar los procesos y para mantener al imputado em prisión durante toda su duración.” (FERRAJOLI, 1997, p. 771).

458 Aponta o autor: “Não há nenhum movimento da Magistratura Nacional no sentido de aplicar a determinação imposta pelo Art. 316, parágrafo único do CPP, o que demonstra, no mínimo, uma cultura do aprisionamento no Brasil. Todas as prisões preventivas não (re)analisadas a partir de 23 de janeiro de 2020 passaram a ser ilegais. É obrigado por lei que o juiz, naqueles processos que possuem pessoa presa, por força de prisão preventiva, coloque em liberdade o acusado caso não persistam os motivos que o levaram a decretá-la (CASTILHOS, 2020).

459 Foi suspenso o prazo do §1º, do Art. 316 do CPP por decisão Liminar do Ministro Fux, na “contra liminar” (Suspensão Liminar 1395) deferida pelo Min. Marco Aurélio, no Habeas Corpus n. 191.836 que decidiu pela soltura de um dos integrantes da facção criminosa conhecida como PCC. Nela preferiu a Corte causar um desconforto e ir contra o próprio regimento interno para manter o curso e a cultura do aprisionamento. Ver notícia do STF de 15 out. 2020 intitulada “STF ratifica decisão que determinou a prisão imediata de líder do PCC”.

460 A lei de execuções penais sofreu a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019, que alterou a quantidade de pena cumprida para a progressão de regime. Veja o Art. 112, em que a pena para a progressão, nos casos da reincidência em crime hediondo, que tenha

escalonamento em percentual, que dificulta a operacionalização e o controle pelo recuperando do seu tempo de pena. Ainda, percebe-se que o estado das prisões no Brasil continua o mesmo, ou seja, medieval, não sendo, portanto, enfrentado o problema das péssimas condições, das condições subumanas dos presídios, mas, sim, o foco no aumento do tempo de prisão, do tempo a ser maior no cárcere.

5. Considerações finais

A cultura demonstrada em nosso país indica, sem pestanejar, que há um recrudescimento penal, ora pela inflação legislativa com mais tipos penais, ora com reformas como a proposta pela Lei n. 13.964/2019, que alterou vários institutos penais e processuais penais para o fim de, na sua grande maioria, recrudescer.

O trabalho tinha como problema de pesquisa demonstrar se é possível aumentar o controle penal para que haja a diminuição dos espaços de corrupção e, ao mesmo tempo, manter a proteção ao acusado por meio dos direitos e garantias constitucionais. A resposta deve ser sim, ou seja, é possível; mais do que isso, é um dever das Instituições envolvidas na persecução agir para que sejam aplicadas as garantias constitucionais dos acusados. No entanto, o que se vê é o aumento do poder punitivo do Estado, o que, conseqüentemente, leva à diminuição da abrangência de direitos e garantias constitucionais.

Fica visível a cultura do encarceramento, do tratamento consequencialista com que a jurisdição penal, na sua grande maioria, tem tratado as questões penais, ficando evidente que são bem-vindas as ações legislativas que encarceram ou mantêm mais tempo o encarcerado, e não o contrário. Logo, bem claro, que haverá uma tentativa de mudar, e foi o que demonstrou a inclusão de um prazo razoável para a duração da prisão preventiva, com o intuito de respeitar e proteger o direito fundamental e não se pode esquecer de que o Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal indica isso, pois se tratou de incluir, no rol de direitos fundamentais, o prazo razoável do processo. A mudança não foi bem-vinda pela jurisdição, comprovada com a decisão do Ministro Fux, que tornou o *status quo ante* no que se refere ao tempo de prisão preventiva.

Já o retrocesso, sim, é bem-acolhido, pelo que se vê, pois se trata de manter uma cultura e chegar até a 70% do cumprimento da pena, para, só assim, estar apto à progressão de regime, na forma do que se vê nos incisos do Art. 112 da Lei n. 7.210/1984. Fica claro, com o trabalho, que a proposta foi bem-vinda para o fim de cercear direitos, para o fim de aumentar a forma de punição,

como resultado a morte, chega ao patamar de cumprimento da pena em 70%, na forma do inciso VIII, demonstrando, assim, um propósito de manter mais tempo preso aquele que cometera tal crime.

não sendo bem-vindas aquelas que tenham, como intuito, a proteção e a garantias fundamentais. Veja que medidas como a *compliance* não aparecem, pelo menos, não ainda, como um instrumento para diminuição dos espaços de corrupção, mas, sim, o incremento penal apenas.

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Edição revista e ampliada. Tradução 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes. 2007.
- BERTOCCELLI, Rodrigo de Pimho. Compliance. In: Manual de Compliance. Coordenação André Castro, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertoccelli, Otávio Venturini. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRASIL. PLANALTO. Legislação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm > Acesso em: 2 mar. 2021.
- BRASIL. SENADO FEDERAL. Legislação. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043> > Acesso em: 2 mar. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados Federais. Legislação. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ne7ror982oqa1ey3fybe742001391499.node0?codteor=1448689&filename=PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+4850/2016%29 > Acesso em: 10 mar. 2021.
- CARLSON, John and YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity. The Way Out - Radical Alternatives in Australia (eds.) Smith, M. & Crossley, D., 1975. Melbourne: Lansdowne Press. Disponível em: < <http://www.laceweb.org.au/whi.htm> > Acesso em: 22 dez. 2020.
- CASTILHOS, Tiago Oliveira de. Prisão Cautelar e prazo razoável. Curitiba: Juruá. 2013.
- _____. O prazo razoável da prisão preventiva: reflexos da inovação do Pacote Anticrime. Canal Ciências Criminais. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/o-prazo-razoavel-da-prisao-preventiva-reflexos-da-inovacao-do-pacote/> > Acesso em: 7 mar. 2021.
- DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto. 1997.
- DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo. O consequencialismo jurídico e o artigo 20 da Lindb. Conjur. Publicado em: 7 jun. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb> > Acesso em: 7 mar. 2021.
- DUNLAP, Colonel Charles J, Jr. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human

Rights Policy Kennedy School of Government, Harvard University
Washington, D.C., November 29, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantero Bandrés. 2. ed. Madrid: Trotta. 1997.

_____. Deontologia giudiziaria. Diritto e questioni pubbliche, n. 13, ano 2013, p. 499. Disponível em: <
http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_04-Ferrajoli.pdf > Acesso em: 10 mar. 2021.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito ao processo penal no prazo razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

MELMAN, Charles. A neurose obsessiva. Tradução Inesita Machado. Rio de Janeiro: Companhia de Freud. 2004.

MORAIS, Fausto Santos de. A nova Lindbe os problemas da argumentação jurídica consequencialista. Revista Jurídica, vol. 4, n. 53, Curitiba, 2018, p. 520. Disponível em: <
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.53.21.pdf > Acesso em: 7 mar. 2021.

NETO, Giuseppe Giamundo; DOURADO, Guilherme Afonso; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Compliance na Administração. In: Manual de Compliance. Coordenação André Castro, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo Bertocelli, Otávio Venturini. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Notícia do STF de 15 out. 2020. STF ratifica decisão que determinou a prisão imediata de líder do PCC. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453446&ori=1> > Acesso em: 7 mar. 2021.

Notícia do STF de 23 mar. 2021. 2ª Turma reconhece parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex. Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1> > Acesso em: 19 maio 2021.

Notícia da Secretaria de Comunicação Social da Procuradoria-Geral da República. 10 Medidas: Comissão Especial aprova roteiro de audiências públicas para debater o PL 4850. Disponível em: <
<http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgp/10-medidas-comissao-especial-aprova-roteiro-de-audiencias-publicas-para-debater-o-pl-4850> >
Acesso em: 10 mar. 2021.

SCHINKE, Vanessa Dorneles. *Judiciário e Autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; DIAS, Giovanna. *Lei Anastasia-Streck: manifestação por um Ministério Público imparcial*. São Paulo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 22 fev. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-22/diario-classe-lei-anastasia-streck-manifesto-ministerio-publico-imparcial> > Acesso em: 2 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Tá lá um corpo estendido no chão! É a filigrana! É a Constituição*. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 9 set. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-set-09/ta-la-corpo-estendido-chao-filigrana-constituicao> > Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Projeto de Lei para evitar a parcialidade na produção da prova penal*. São Paulo. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 19 set. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-set-19/senso-incomum-projeto-lei-evitar-parcialidade-producao-prova-penal> > Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. *Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas trolley ao coronavírus*. *Journal of Institutional Studies* 3 (2020). *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 3, p. 924-934, set./dez. 2020, p. 928. Disponível em: < <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/569-2350-1-PB.pdf> > Acesso em: 7 mar. 2021.

VALENTER, Rodolfo Almeida. *As boas novas da Lei 12.403 de 2011*. *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 225, ago. 2011.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *No Estado Democrático de Direito os fins não podem jamais justificar os meios*. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 4 fev. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/leonardo-yarochewsky-fins-nao-podem-jamais-justificar-meios> > Acesso em: 10 mar. 2021.

CANAIS DE DENÚNCIA E INVESTIGAÇÕES INTERNAS NO COMPLIANCE ELEITORAL E PARTIDÁRIO

*INTERNAL INVESTIGATIONS IN ELECTORAL AND
POLITICAL PARTIES COMPLIANCE*

Brenda de Quadros Pereira

Fundação Escola Superior do Ministério Público, Brasil

adv.bquadros@gmail.com

Luiz Filipe de Andrade Neves Braghirolli

Instituto Ibero-americano de Compliance, Brasil

contato.brg.adv@gmail.com

Resumo

Como estruturar um canal de denúncias efetivo dentro de um contexto eleitoral e partidário? Como proceder com as investigações internas para averiguar as denúncias feitas? Os objetivos do presente trabalho são, primeiro, de visar estabelecer parâmetros confiáveis para a estruturação de um canal de denúncias e, em um segundo momento, conceber procedimentos para uma investigação interna dentro de partidos e para campanhas eleitorais. As técnicas a serem utilizadas nesta pesquisa constituem-se na consulta a doutrinas de grande relevância nacional e internacional, bem como análise do Projeto de Lei nº 429 de 2017. O método de pesquisa a ser utilizado será o hipotético-dedutivo, visto que serão abordados conceitos dogmáticos e diretrizes estabelecidas pelo PL. Diante dos inúmeros escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro, potencializou-se a exigência social por campanhas eleitorais probas e transparentes e por partidos políticos melhor preparados e estruturados para enfrentar os riscos que irregularidades dentro do âmbito partidário e eleitoral. Com o PL nº 429/2017 em tramitação, a necessidade de programas de integridade nessas áreas tornar-se-á obrigatório. Para que tais mudanças sejam eficazes, torna-se imprescindível que se estabeleça parâmetros e diretrizes seguros sobre canais de denúncia e investigações internas, justamente por serem esses os pilares que melhor possibilitam a identificação de problemas e máculas de integridade política e legal. Os canais de denúncia caracterizam-se como meio de comunicação externo e interno que visa estabelecer um ambiente anônimo e seguro para denúncias de possíveis violações ao programa de integridade. Já as investigações, por sua vez, internas são procedimentos que objetivam a prevenção e a detecção de uma conduta inadequada com o programa, visando sua imediata expurgação no ambiente. Logo, podemos concluir de imediato que o canal de denúncias possui como principais características os elementos de anonimato do denunciante e a confidencialidade de informações, tendo como sua função primordial estabelecer um meio eficaz capaz de delatar infrações legais e estatutárias, mantendo a ordem e a probidade na estrutura partidária e na organização da campanha. Por sua vez, as investigações internas mostram-se como ferramentas pelas quais é possível buscar a veracidade das denúncias e assim aplicar medidas sancionatórias adequadas para garantir a conformidade do programa de integridade dentro do partido e do pleito eleitoral. Nesse contexto, faça-se necessária a análise de como serão aplicados tais pilares na rotina eleitoral e na estrutura partidária, considerando as diferentes proporções e reflexos da política brasileira.

Palavras-chave: canais de denúncia; investigações internas; partidos políticos; campanha eleitoral.

Abstract

How to structure an effective whistleblowing method within an electoral and party context? How to proceed with internal investigations to ascertain the complaints made? We aim to establish reliable parameters for the structuring of a whistleblowing method and, in a second moment, to devise procedures for an internal investigation within political parties and for electoral campaigns. In the face of numerous corruption and money laundering scandals, the social demand was strengthened by clear and transparent electoral campaigns and by political parties better prepared and structured to face the risks that irregularities within in. With the PL 429/2017 in process, the need for integrity programs in these areas will become mandatory. For these changes to be effective, it is essential to establish safe parameters and guidelines on whistleblowing methods and internal investigations, precisely because these are the pillars that best enable the identification of problems and blemishes of political and legal integrity. The reporting channels are characterized as a means of external and internal communication that aims to establish an anonymous and safe environment for reports of possible violations to the compliance program. Internal investigations, on the other hand, aim at preventing and detecting inappropriate conduct within the program. Therefore, we can immediately conclude that the reporting channel has as main characteristics the elements of anonymity of the whistleblower and the confidentiality of information, having as its primary function to establish an effective means capable of reporting legal and statutory infractions, maintaining order and probity in the party structure and in the organization of the campaign. In turn, internal investigations are shown as tools by which it is possible to seek the veracity of the denunciations and thus apply appropriate sanctioning measures to guarantee the conformity of the integrity program within the party and the electoral election. In this context, it is necessary to analyze how these pillars will be applied in the electoral routine and in the party structure, considering the different proportions and reflexes of Brazilian politics.

Keywords: whistleblowing; internal investigations; political parties; election campaign.

1. Introdução

No mundo moderno, a demanda por programas de integridade eficazes vem sendo cada vez maior, em face do aumento exponencial da complexidade das relações organizacionais. Um programa de *Compliance* eficaz baseia-se em diversos pilares que atuam em harmonia como se fossem engrenagens dentro de um grande organismo que age em prol da mitigação de riscos e da manutenção da conformidade do ambiente em que o programa é implementado.

A autorregulação empresarial já é uma realidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em razão da promulgação da Lei Anticorrupção, que foi um marco importantíssimo que contribuiu grandemente para esse fenômeno. Por decorrência dos clamores sociais contra corrupção, a imprescindibilidade para que organizações controlem seu âmbito interno está sendo cada vez mais cobrado pelas autoridades públicas para fins de contratação e apuração de responsabilidades.

Assim como as organizações empresariais, o cenário eleitoral e partidário também será engolido por esse fenômeno, notadamente, em decorrência dos escândalos políticos dos últimos anos. Não é mera coincidência que já tramita dentro do Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 429/2017, que obriga a implementação de programas de integridade ao âmbito partidário e eleitoral - os quais, muito embora possuam diversas convergências, necessitam de atendimentos específicos para suas necessidades particulares -, estabelecendo até mesmo parâmetros para o funcionamento das "engrenagens" do programa.

Uma destas, comum ao meio empresarial, refere-se à criação de canais de denúncias eficazes, juntamente com planejamento de investigações internas para averiguações de possíveis irregularidades que venham a ocorrer dentro da instituição. Esses dois mecanismos, sem qualquer demérito às demais ferramentas existentes dentro do programa de *Compliance*, são essenciais para a atualização e fortalecimento do programa em si.

Assim, o presente artigo tem por objetivo entender como esses dois relevantes mecanismos funcionam, analisando seus objetivos e estruturas no ramo empresarial, com enfrentamento conceitual, e como se desenvolvem dentro do cenário político, partidário e eleitoral, observando uma possível implementação do *Compliance* nesse setor, por um suporte legislativo e político, traçando suas dificuldades e potencialidades a partir de então.

2. Canais de denúncia e investigações internas: objetivos e estruturas

O *Compliance*, no ramo empresarial, funciona como um mecanismo com diversos pilares que, em conjunto, agem da forma de um organismo estruturado para prevenir, detectar e responder a máculas ou riscos de descumprimento de leis, normas, políticas e procedimentos corporativos e organizacionais⁴⁶¹. Embora exista divergência sobre quais e quantos, especificamente, seriam os pilares estruturais de um programa de integridade, essencial ter a concepção que sua implementação ocorrerá da forma que melhor atender a instituição, empresa ou órgão receptor.

Dentre os principais pilares utilizados para formulação do instrumento de integridade estão o canal de denúncia e a investigação interna, que, apesar de possuírem diferentes funções dentro do organismo do *Compliance*, atuam de modo coordenado e vinculado, em que o primeiro promove o acionamento do segundo, tencionando sua ampliação e fortalecimento para obter resultados satisfatórios à integridade do programa, razão que justifica seu estudo cuidadoso no presente capítulo.

Elucida-se: o canal de denúncias representa engrenagem responsável pelo recebimento de declarações acerca de eventuais ilícitos ou condutas tendenciosas pelos indivíduos submetidos ao programa. Afora isso, o canal constitui instrumento de comunicação e abertura da empresa ou órgão, sendo essencial para a sustentabilidade do programa de *Compliance*, uma vez que permite o recebimento de informações capazes de determinar sua maturidade, bem como a forma como atua no mercado⁴⁶².

Considerando sua essência de principal ferramenta de detecção, o canal de denúncia formula-se com requisitos imprescindíveis para sua efetivação na rotina corporativa, quais sejam: indicação oficial de sua plataforma ou meio para fins de promover legitimidade, acessibilidade para público externo e interno, segurança do sistema de recepção da denúncia e do próprio denunciante, anonimato do denunciante e governança operacional⁴⁶³.

A indicação objetiva do meio oficial de comunicação visa garantir que não sejam extraviadas informações, bem como auxilia na confiabilidade do programa de integridade, de forma interna e externa. A acessibilidade, por sua vez, está relacionada com o pressuposto de que todos os

461 ASSIS, Marcos. *Compliance: como implementar*, 1ª edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2018. 9788595450356. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/>. Acesso em: 13 Jan 2021.

462 FRANCO, Isabel. (org.). *Guia Prático de Compliance*. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988692. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988692/>. Acesso em: 14 Jan 2021.

463 FRANCO, Isabel. (org.). *Guia Prático de Compliance*. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988692. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988692/>. Acesso em: 14 Jan 2021.

sujeitos que, de alguma forma, se relacionam com a empresa ou ao órgão receptor do programa são submetidos ao *Compliance*, logo, devem ter amplo acesso à plataforma utilizada para recebimento de denúncias.

Os demais requisitos para instituição do canal – segurança, anonimato e governança operacional – passam pela avaliação do sistema de recolhimento de denúncias. Ou seja, o meio de comunicação adotado, para ser efetivo, roga por segurança para captação das informações, resguardo do denunciante pelo seu anonimato para evitar discriminação e retaliação e governança para operacionalizar o microssistema deste importante pilar para viabilizar o processamento eficaz da denúncia pelas próximas ferramentas do programa⁴⁶⁴.

Outrossim, calha esclarecer que, com base no princípio *onesize does notfitall*, que defende a inexistência de uma fórmula exclusiva de aplicação do programa, o instrumento de comunicação receberá a forma e a nomenclatura necessárias para promover seus objetivos no corpo empresarial aplicado. À vista disso, uma vez observados os requisitos para implementação do canal de comunicação, sua forma será compatível com as capacidades do agente receptor, havendo casos de canais de denúncias efetivos em simples caixas instaladas no banheiro da empresa, números de telefone, *sites*, formulário no *googleforms* e aplicativos para celular.

355

Detectada fraude, ou ilícito, ou risco de prática de alguma irregularidade, de forma geral, submetem-se as informações para o pilar das investigações internas, oportunidade que será averiguada a veracidade dos dados, apurados fatos complementares e apontados os envolvidos. Em vista disso, as investigações internas fundamentam-se em ações articuladas que pretendem recolher elementos de prova sobre fato denunciado, indicando possíveis suspeitos ou culpados, para subsidiar o processo de tomada de decisões. Nas palavras de Pagotto, Almeida e Fernandes, são elementos da definição deste pilar:

Ações articuladas para esclarecimento: a investigação precisa ter uma direção e ser planejada. Deve-se delinear um plano de investigação, identificando-se os possíveis meios de prova (testemunhas, documentos, e-mails etc.). •Fatos: os fatos não precisam necessariamente ser ilegais – às vezes, os fatos podem constituir apenas violações das políticas e procedimentos internos. Em outras hipóteses, os fatos podem se referir às circunstâncias de tomada de decisão, a fim de auferir responsabilidade – por exemplo, quem tomou uma má decisão empresarial e quais os motivos estão por trás desta decisão? •Subsidiar o processo de tomada de decisões: as investigações internas ocorrem para que se tome uma decisão a respeito dos fatos. As decisões podem ser as mais

464 NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance Empresarial - o tom da liderança*, 1ª edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2018. 9788595450332. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450332/>. Acesso em: 17 Jan 2021. p. 70.

diversas: responsabilizar os envolvidos, colaborar com as autoridades (ou não), aperfeiçoar processos e procedimentos, dentre outras.⁴⁶⁵

Importante destacar, ainda, que a nomenclatura investigações "internas" não significa que as ações precisam ser coordenadas exclusivamente pela empresa ou órgão receptor do programa de integridade, sendo viável também a execução do processo por terceiros, como escritórios ou comitê de *compliance*. Além disso, destaca-se que, independentemente, de quem componha a equipe responsável por realizar a ação investigativa, configura imprescindível elaborar um plano de investigação, com os procedimentos que serão aplicados, analisando todas as possibilidades, e indicação de prazo razoável para apresentação das conclusões⁴⁶⁶.

Quanto aos procedimentos a serem adotados, caberá às especificidades da denúncia, ou do risco extraído da análise de riscos⁴⁶⁷, no entanto, alguns incidem usualmente, como a análise documental e as entrevistas com os envolvidos. No que se refere às entrevistas, notadamente, imperiosa a cautela na formulação das questões, para não importar em danos à honra dos envolvidos, local escolhido seja reservado e haja clara explicação e garantia acerca do sigilo – da confidencialidade – das investigações para fins de assegurar a inviabilidade de discriminação e retaliação⁴⁶⁸.

356

Encerrado o procedimento investigatório, detectados fatos ilegais ou ilegítimos, as conclusões prestam para fundamentação da tomada de decisões, com os desdobramentos cabíveis, de cunho administrativo, cível ou criminal. Veja-se, esses desfechos consistentes que viabilizam a efetividade do programa de integridade, no que diz respeito à detecção de máculas e riscos éticos e legais, apenas se consolidam em decorrência de um canal de denúncias (e, alguns casos, análise de riscos) oficial, acessível, seguro, anônimo e operacional.

Por conseguinte, tão somente torna-se exequível respostas para as denúncias recebidas em virtude de uma ação de investigação ética, transparente, segura, confidencial e estratégica, na qual, por uma conduta comprometida, coerente, responsável da equipe indicada, resta factível extrair a verdade dos fatos sem importar em lesão à honra, intimidade e dignidade dos envolvidos.

465 PAGOTTO, Leopoldo et al. Investigações internas. In CARVALHO, André Castro et al (coord.). Manual de Compliance. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/>. Acesso em: 18 Jan 2021, p. 203.

466 NEVES, Edmo Colnaghi. Compliance Empresarial - o tom da liderança, 1ª edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2018. 9788595450332. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450332/>. Acesso em: 17 Jan 2021, p. 72.

467 Outro pilar de um programa de integridade que poderá importar no desenvolvimento do mecanismo de investigação interna. (PAGOTTO, Leopoldo et al. Investigações internas. In CARVALHO, André Castro et al (coord.). Manual de Compliance. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/>. Acesso em: 18 Jan 2021, p. 204).

468 PAGOTTO, Leopoldo et al. Investigações internas. In CARVALHO, André Castro et al (coord.). Manual de Compliance. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/>. Acesso em: 18 Jan 2021, p. 205.

Destarte, imperioso vislumbrar o funcionamento dos pilares do *Compliance* como engrenagens em uma grande estrutura de integridade, em especial, do canal de denúncias e das investigações internas, que se prestam, de forma especial e prioritária, à detecção de máculas e riscos ao organismo ético.

Explanados os objetivos e a estrutura do canal de denúncia e das investigações internas em um programa de integridade, ressaltando sua especial função de detectar vícios propensos a contaminar a ética e confiabilidade do sistema, cabe alcançar o segundo passo do estudo, isto é, aplicar toda bagagem doutrinária generalista dos pilares para conceber meios de implementação no ambiente político, pelo *Compliance* Eleitoral e Partidário.

3. Canais de denúncia e investigações internas no âmbito do compliance eleitoral e partidário

357

A implementação do programa *Compliance* na área eleitoral e partidária leva como pressuposto os mesmos objetivos da sua inclusão tradicional, em empresas e órgãos, isso significa, atuar como um instrumento que visa prevenir, detectar e responder aos atos e fatos ilícitos e ilegítimos, tendo por suporte, do mesmo modo, a aplicação dos pilares tradicionais de integridade, com finalidade de afastar e combater práticas que possam importar em lavagem de dinheiro, corrupção e demais ilegalidades e descumprimentos estatutários.

No entanto, inclusive com fulcro no princípio *onesize does notfitall*, já explanado neste artigo, o *Compliance* Eleitoral e Partidário detém pilares próprios e se sujeita a adaptações das engrenagens tradicionais, com o intuito de adequar os institutos às especificidades das áreas, relativamente a sua extensão física e temporal, incongruente com outras formas de empresas e órgãos que recebem o programa de integridade, mas trazendo todas estruturas e organogramas do partido político e de candidatos como requisitos para implementação de uma governança moderna⁴⁶⁹.

Isso porque, em que pese tratados de forma conjunta, o *Compliance* Eleitoral e o Partidário compreendem diferentes âmbitos de aplicação, que demandam implementações adaptáveis às realidades que forem submetidos. Ao passo que o *Compliance* Eleitoral insere-se no contexto do período de campanha, abrangendo a organização dos partidos políticos para o pleito, bem como de seus candidatos e chapas, majoritária e proporcional, circulando entre os procedimentos de registro de candidatura, prestação de contas e propaganda eleitoral; o programa de integridade

469 RIBEIRO JR., Antônio Joaquim. Direito Eleitoral E Compliance: A Adoção Do Programa De Conformidade Como Solução A Crise Dos Partidos Políticos No Brasil. Revista de Estudos Eleitorais, Recife, V.2, Número 3, p.1-103, jul.2018. p. 26.

Partidário toca a organização de um órgão partidário, municipal, estadual ou nacional, similarmente à ótica empresarial, refletindo-se na gestão de pessoal (dirigentes, prestadores de serviços e empregados), contabilidade anual, constituição empresarial, eventuais ações institucionais, de forma permanente e escalonada⁴⁷⁰.

Essas distinções de amplitude e período de implementação demandam maior dedicação da equipe responsável pela implementação, até mesmo pela eventualidade de intersecção dos programas, por exemplo, durante o período eleitoral, as medidas de integridade aplicadas por um candidato em sua campanha convergirão com o programa de *Compliance* de seu diretório partidário. Todavia, nesse caso, não será admissível existir contradição entre os programas, haja vista que ambos são subordinados ao estatuto partidário, do mesmo modo que se presume praticável que exista uma conversão entre alguns pilares desses organismos, a depender do caso a caso.

A implementação do *Compliance* nas campanhas e diretórios partidários estabelece-se de forma mais evidente em decorrência dos escândalos de corrupção, lavagem de dinheiro e fraudes envolvendo a política brasileira, o que promoveu a elaboração do Projeto de Lei 429/2017, que estabelece normas de governança e ética para partidos políticos, com reflexos eleitorais. Apesar do texto estar em tramitação perante o Congresso Nacional, suas propostas podem ser utilizadas para fins de estruturação básica do programa de integridade política, com finalidade eleitoral e partidária.

358

Essa peculiaridade de interpretação do mecanismo de integridade no âmbito eleitoral e partidário advém da ausência de normativa vigente própria no Brasil acerca do tema, como também da inexistência de fonte legal diretiva internacional que subsidiaria uma uniformidade de interpretação. Se por um lado tal omissão enfraquece a militância pela implementação do *Compliance* nas campanhas eleitorais e nos partidos políticos, por outro lado viabiliza largas adaptações do programa conforme as necessidades do receptor, observando critérios legais de integridade e de direção gerais, além do Projeto de Lei 429/2017⁴⁷¹.

Observada a condição *sui generis* de aplicação do *Compliance* Eleitoral e Partidário, ainda que de forma resumida, cabe empregar os conceitos de canal de denúncia e investigação interna nessas estruturas políticas, ressaltando todas as condições que importarão atenção na conjunção dos pilares com a realidade do sujeito que receberá o programa, isto é, hipótese de diretório nacional, estadual ou municipal, ambiente de eleição municipal ou geral, qual o cargo em concorrência.

470 PEREIRA, Brenda de Quadros. *Compliance Eleitoral e Partidário: um caminho para a nova política brasileira*. J2 – Jornal Jurídico. Volume 3, número 2. Madeira: Ponteditora, 2020 (agosto, dezembro), p. 04-18, p. 09.

471 CRUZ, Adriaan Alves dos Santos. *Compliance penal nos partidos políticos: possibilidades e limites*. Tese. (Doutorado em Cidadania, Estado e Globalização). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018, p. 30.

Acerca do canal de denúncias, inicialmente, ressaltamos que, além dos requisitos de segurança, anonimato e governança operacional, essenciais para escolha do sistema de recebimento de dados, figura-se essencial a potencialização de sua fonte oficial e da ampla acessibilidade. Primeiro, a demonstração da fonte oficial vai ao encontro da busca pelo combate a *fakenews*, objetivando afastar o risco de extravio de denúncias por remessas em plataformas não originais; por outro lado, a acessibilidade está conjugada com a ausência de educação política nacional para impor a divulgação de informações e meios didáticos para o eleitorado participar do processo democrático, no qual o *Compliance* Eleitoral e Partidário passa a estar inserido⁴⁷².

A existência de um meio de comunicação durante a campanha eleitoral confira-se de extrema relevância até mesmo para mitigar alguma conduta de militante ou cabo eleitoral que possa vir a prejudicar a campanha do candidato, como paradigma, cita-se o crime de compra de votos, que não depende de conduta pessoalizada do político, somente indícios de sua ciência, os quais podem ser demonstrados com a simples entrega de valores por cabo eleitoral para eleitor em seu comitê. Para esse fim, cabe a utilização de formulário do *googleforms*, aplicativos de celular e até aba no *site* da campanha.

359

Para a realidade dos diretórios partidários mantém-se igual importância em relação ao controle da conduta de terceiros que venham a macular a lisura operacional do órgão, garantindo que o sistema seja estruturado de forma íntegra e transparente. Já reconhecendo sua importância, o Projeto de Lei 429/2017 inseriu o canal de denúncia como pilar fundamental, de pronto apresentando seus requisitos essenciais para implementação:

Art. 15-B. [...] VIII – canais de denúncia de irregularidades, de preferência externos, amplamente divulgados a colaboradores, filiados e terceiros, e mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé, inclusive mediante o sigilo da identidade;⁴⁷³

A proteção do denunciante de boa-fé importa no impedimento de que, no caso de denúncia falsa, o denunciante seja responsabilizado por incidência no crime de denunciação caluniosa (art. 326-A, do Código Eleitoral); evidente, nessa hipótese, a exigência de que o denunciante não tenha conhecimento da inverdade da denúncia. Essa situação guarda especial importância para que o canal de denúncias não seja utilizado como um palco de promoção de notícias falsas com

472 RIBEIRO JR., Antônio Joaquim. Direito Eleitoral E Compliance: A Adoção Do Programa De Conformidade Como Solução A Crise Dos Partidos Políticos No Brasil. Revista de Estudos Eleitorais, Recife, V.2, Número 3, p.1-103, jul.2018, p. 27.

473 BRASIL. Projeto de Lei nº 429 de 2017. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 14, § 3º, inciso V e 17, da Constituição Federal, a fim de aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade. Brasília, DF, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131429>. Acesso em: 16 fev. 2020.

finalidade eleitoreira, e sim um instrumento para combate de corrupção, abuso de poder, lavagem de dinheiro e fraude.

As investigações internas, como decorrência do recebimento de denúncias, dentro da ótica partidária serão muito próximas à implementação empresarial, uma vez que os diretórios partidários são órgãos de existência permanente. Por outro olhar, na implementação em escala eleitoral, sua utilização dependerá ou do auxílio da equipe responsável de *Compliance* do diretório partidário ao que o candidato está submetido, ou da formulação de um plano de investigação mais objetivo e célere, incluindo mecanismos que viabilizem a continuidade da investigação, pela agremiação, após o encerramento do pleito, caso seja necessário, apenas utilizando a ferramenta para afastar qualquer risco de mácula à integridade da campanha.

Por decorrência do curto período de campanha eleitoral, a utilização das ações de investigação interna pelo órgão partidário caberá maior difusão, pois será suporte para suas próprias denúncias e as que se originarem das campanhas de seus candidatos. Nesse caso, a conversão dos programas resta imperativa para adaptar à realidade temporal do *Compliance* Eleitoral. Similarmente ao caso do canal, o Projeto de Lei 429/2017 dispõe inciso específico sobre a investigação interna, referindo, inclusive, a ampliação de suas funções, veja-se:

360

IX – procedimento padrão de investigações internas que assegure a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;⁴⁷⁴

Como decorrência das conclusões das ações de investigações internas, dentro do âmbito eleitoral e partidário, ocorrerá a suspensão do repasse dos fundos públicos (Fundo Especial de Financiamento de Campanha e Fundo Partidário), expulsão, censura, multa, afastamento das funções e até mesmo não aprovação do candidato em convenção partidária, tudo a depender em que circunstâncias e quem será denunciado e punido. Tanto os meios de comunicação e ações de investigação quanto as punições devem estar descritas em código de condutas e estatuto partidário, isto no caso de implementação pelo órgão nacional, que serão amplamente divulgados⁴⁷⁵.

474 BRASIL. Projeto de Lei nº 429 de 2017. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 14, § 3º, inciso V e 17, da Constituição Federal, a fim de aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade. Brasília, DF, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131429>. Acesso em: 16 fev. 2020.

475 BARBOSA, Carlos Henrique; SPIGARIOL, André. "Partidos políticos perdem por não investirem em ética.". Nota de Política Pública n. 01/2017. São Paulo: Instituto Mercado Popular, 2017, p. 6.

Por todo exposto, cumpre reconhecer a viabilidade da implementação do programa de integridade nos partidos políticos e para candidatos, bem como o cabimento da utilização dos pilares do canal de denúncia e das investigações internas nessas áreas específicas, reconhecendo suas distinções e proximidades em relação ao *Compliance* empresarial comum e, de qualquer sorte, ressaltando sua efetividade no combate de condutas que importam em abusos de poder e demais ilícitos e irregularidades.

4. Considerações finais

No organismo de *Compliance*, os pilares do canal de denúncia e das investigações internas configuram-se essenciais para instrumentalizar o recebimento de informações internas e externas sobre validade e efetividade do programa e dos agentes que se relacionam com ele, apurando eventuais irregularidades e ilicitudes, por um plano de investigação, estruturado em procedimentos e prazos, para fundar elementos de prova, indicação de suspeitos ou culpados e subsidiar a tomada de decisões.

361

A implementação de um programa de integridade no âmbito empresarial, no Brasil, já possui certo subsídio normativo, notadamente, quando envolve contratações com a administração pública. Isso porque, como exposto, o *Compliance* atua como mecanismo capaz de expurgar condutas irregulares e ilegais, em especial, a corrupção e a lavagem de dinheiro.

Justamente, em decorrência dessa função preventiva e, em alguns casos, remediadora visando o combate, de forma primordial, aos crimes fiscais e contra a administração pública que sua implementação no âmbito partidário e eleitoral encontrou respaldo e apoiadores. Nessa ótica, o *Compliance* insere-se no ramo político, para atender clamores sociais por ética, probidade, transparência e lisura, na estrutura partidária e nas campanhas eleitorais, expurgando corrupção, lavagem de dinheiro e demais fraudes eleitorais.

Todavia, imperioso reconhecer que sua implementação depende de adequações próprias às especificidades das áreas partidária e eleitoral, analisando seus pontos de distinção e convergência, com vistas a tornar a implementação possível e adequada para qualquer âmbito político. Como fonte normativa, pela característica de pessoas jurídica de direito privado dos partidos políticos e candidatos, viabiliza-se a utilização da normativa geral do *Compliance* tradicional e o Projeto de Lei n. 419/2017, que apesar da sua fase, figura interessante base normativa para direcionamento do programa de integridade partidário e eleitoral.

Visto o cabimento da implementação do *Compliance* no ramo Eleitoral e Partidário, cumpre, no presente artigo, compreender a importância, adversidades e perspectivas dos pilares canal de denúncias e investigações internas, considerando seus objetivos, estruturas e relevâncias expressos na forma tradicional do programa. Dessa forma, cumpre compreender a distinção na atuação partidária para a eleitoral, observando que o programa de integridade partidário possui similaridade com o empresarial, enquanto o eleitoral volta-se somente à campanha eleitoral.

Após, observa-se seus pontos de conjugação, para verificar o que os pilares do *Compliance* Partidário podem auxiliar no *Compliance* Eleitoral. O canal de denúncias e investigações internas cumprem seus papéis nessa conjugação dos programas, sem, contudo, os confundir. Isso se dá, primeiro, pelo respeito aos objetivos e estruturas gerais dos pilares e, segundo, por buscar a viabilização da sua implementação efetiva, independentemente do grau do diretório (municipal, estadual e nacional) ou da proporção da campanha (geral ou municipal), que apenas será possível se também aplicar o instituto de integralidade como um todo coordenado e em cooperação.

O canal de denúncias, no aspecto do programa de integridade eleitoral, deve ser organizado para mitigar e combater denúncias falsas, necessitando da indicação clara de sua plataforma oficial para tanto, e potencializar a educação política com maior acessibilidade do meio de recepção de informações. Simultaneamente, receberá dados acerca de denúncias de corrupção, lavagem de dinheiro e outras fraudes eleitorais, oportunidade que necessitará de apoio partidário para prosseguir o plano de investigação sem risco de restrição pelo próprio período de campanha.

Por outro lado, o canal de denúncia e as investigações internas partidárias garantirão o afastamento de ilícitos envolvendo a estrutura partidária, bem como promoverão o cumprimento do estatuto partidário, o que poderá ocasionar investigações internas contra possíveis candidatos, modificando o cenário eleitoral. Ou seja, a aplicação dos pilares de informação – canal de denúncias e investigações internas – está condicionada a uma relação de cooperação entre programas de integridade partidário e eleitoral, que irão se reforçar e validar mutuamente com vistas a cumprir a finalidade precípua do *Compliance*, qual seja, garantir a conformidade da empresa ou órgão, no caso, do partido político ou da campanha eleitoral.

Por todo exposto, conclui-se que os pilares do canal de denúncia e das investigações internas são de extremo valor na implementação efetiva de um programa de integridade, sendo o portal de comunicação interna e externa capaz de desenvolver procedimentos que subsidiarão o afastamento de máculas capazes de prejudicar a integridade do programa. Nesse passo, o *Compliance*, que não apenas é cabível, como também se mostra essencial no âmbito político, estará sensível às necessidades de adequação dos pilares para as áreas eleitoral e partidário, sem,

jamais, deixar de cumprir suas finalidades de combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e contemplando o afastamento de qualquer fraude eleitoral, fortalecendo a transparência e a probidade esperadas pelas representações políticas.

- ASSIS, Marcos. *Compliance: como implementar*, 1ª edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2018. 9788595450356. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450356/>. Acesso em: 13 Jan 2021.
- BARBOSA, Carlos Henrique; SPIGARIOL, André. “Partidos políticos perdem por não investirem em ética.”. Nota de Política Pública n. 01/2017. São Paulo: Instituto Mercado Popular, 2017.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 429 de 2017. Altera a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, que dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 14, § 3º, inciso V e 17, da Constituição Federal, a fim de aplicar aos partidos políticos as normas sobre programa de integridade. Brasília, DF, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131429>. Acesso em: 16 fev. 2020.
- CRUZ, Adriaan Alves dos Santos. *Compliance penal nos partidos políticos: possibilidades e limites*. Tese. (Doutorado em Cidadania, Estado e Globalização). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.
- FRANCO, Isabel. (org.). *Guia Prático de Compliance*. São Paulo: Grupo GEN, 2019. 9788530988692. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988692/>. Acesso em: 14 Jan 2021.
- NEVES, Edmo Colnaghi. *Compliance Empresarial - o tom da liderança*, 1ª edição. São Paulo: Editora Trevisan, 2018. 9788595450332. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450332/>. Acesso em: 17 Jan 2021.
- PAGOTTO, Leopoldo et al. *Investigações internas*. In CARVALHO, André Castro et al (coord.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989576. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989576/>. Acesso em: 18 Jan 2021. p. 203.
- PEREIRA, Brenda de Quadros. *Compliance Eleitoral e Partidário: um caminho para a nova política brasileira*. J2 – *Jornal Jurídico*. Volume 3, número 2. Madeira: Ponteditora, 2020 (agosto, dezembro), p. 04-18.
- RIBEIRO JR., Antônio Joaquim. *Direito Eleitoral E Compliance: A Adoção Do Programa De Conformidade Como Solução A Crise Dos Partidos Políticos No Brasil*. *Revista de Estudos Eleitorais*, Recife, V.2, Número 3, p.1-103, jul.2018.

J 2 DOI: 10.29073/j2.v4iEspecial.421

Jornal Jurídico

 **CIACGA
2020**

**Volume 4 | Número Especial 1
2021**