

Compliance e Processo Criminal: a relação entre a boa governança e a proporcional apuração de denúncias

Compliance and Criminal Process: the relationship between good Governance and proportional examination of denouncements

*Sandro Marcos Godoy*¹

*Wilson André Neres*²

RESUMO

O presente estudo justifica-se por conta das significativas alterações no ambiente corporativo a partir da crescente demanda pela reputação e credibilidade das companhias e empresas que integram esse ambiente. Para tal análise, será utilizado o método dedutivo a partir de pesquisas bibliográficas, com vista a investigar as raízes do *compliance*, partindo da análise histórico evolutiva de outros países até a lei pátria que trata do tema. Mais especificamente o presente artigo pretende analisar a importância da manutenção de canais abertos de denúncias e a forma pela qual são tratadas eventuais informações que possam resultar em prejuízo às empresas e grandes companhias cujo funcionamento está inegavelmente voltando-se para a adaptação a essa nova realidade. Por essa razão o presente artigo analisa a importância do correto processamento de apuração de possíveis irregularidades sem deixar à deriva os direitos e garantias do investigado, evitando deficiências prejudiciais à reputação da empresa bem como excessos capazes de atingir prerrogativas consideradas fundamentais pela carta política.

PALAVRAS-CHAVE:

Compliance, Denúncia, Apuração, Deficiência e excesso.

ABSTRACT

This study is justified due to the significant changes in the corporate environment from the growing demand for the reputation and credibility of the companies and companies which integrate this environment. For this analysis, the deductive method will be used based on bibliographical research, aiming to investigate the roots of compliance, starting from the historical evolutionary analysis of other countries up to the country law that deals with the subject. More specifically, this article intends to analyze the importance of maintaining open channels of complaints and the way in which possible information is treated that it could result in damage to companies and large companies whose operation is undeniably turning to adapt

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina – Itália, Doutorado em Direito – Função Social do Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito, Mestre em Direito – Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil pela instituição Toledo de Ensino em Presidente Prudente, Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e na Graduação na UNIMAR (Universidade de Marília), Advogado da SABESP - Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Marília-SP (UNIMAR). Mestre em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Constitucional pela Unipar de Cascavel-PR. Bacharel em Direito pelas Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu-PR (UNIFOZ). Advogado. Professor de Direito Penal.

to this new reality. For this reason, the present article analyzes the importance of the correct processing of possible irregularities without leaving aside the rights and guarantees of the investigated, avoiding deficiencies detrimental to the reputation of the company as well as excesses capable of reaching prerogatives considered fundamental by our political letter.

KEYWORDS:

Compliance, Complaint, Calculation, Deficiency and excess.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco a análise do *compliance*, especificamente nas denúncias que são parte de um canal de informação aberto para apuração de possíveis irregularidades no ambiente corporativo. Para tanto será analisada a origem histórica do *compliance* no mundo, passando pela legislação americana e britânica. Num segundo momento será analisada a legislação brasileira, com ênfase na lei de lavagem de dinheiro. Por fim, será analisado a denúncia no âmbito do processo penal e no âmbito do *compliance*. Tudo isso pautado nos princípios da vedação a tutela deficiente e no princípio de vedação ao excesso, numa base garantista. O estudo pretende estabelecer uma conexão entre o *compliance* e o direito penal e processual penal, bem como qual a contribuição que essa parceria pode surtir a bem da ética e boa governança.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO COMPLIANCE NO MUNDO

Em 1977 os Estados Unidos da América (EUA), perceberam que mais de 400 empresas admitiram fazer pagamentos questionáveis ou ilegais visando algum tipo de vantagem ou benefícios para o funcionamento das empresas.

Com a fuga dos investidores e perda de investimentos na bolsa de valores os EUA decidiram combater, em caráter extraterritorial, comportamentos considerados ilegais, em

especial os atos de corrupção praticados por empresas para receber algum tipo de benefício ou vantagem nas operações realizadas no exterior.

A grande maioria das empresas efetuou pagamentos indevidos atingindo uma cifra milionária, em torno de US \$ 300 (trezentos) milhões em fundos corporativos a funcionários do governo estrangeiro, políticos e partidos políticos.

Essas corporações incluíram algumas das maiores e mais amplamente públicas empresas nos Estados Unidos; mais de 117 delas se classificam nas principais empresas da Fortune 500.

Os pagamentos funcionavam como uma espécie de suborno de funcionários estrangeiros componentes do alto escalão, a fim de garantir algum tipo de ação favorável por um governo estrangeiro para os chamados pagamentos de facilitação que supostamente foram feitos para garantir deveres ministeriais ou clericais.

Em sua grande maioria os pagamentos foram feitos por indústrias voltadas para venda de drogas (medicamentos) e cuidados relativos à saúde, empresas voltadas para a produção de óleo e gás, produção e serviços, empresas do ramo de alimentos, empresas aeroespaciais, companhias aéreas e serviços aéreos e ainda voltadas a produtos químicos em geral.

Além disso, os pagamentos eram feitos para influenciar os atos ou decisões de autoridades estrangeiras, partidos políticos estrangeiros ou candidatos, criando um mecanismo altamente lucrativo, porém antiético, desleal e, com o passar do tempo, um péssimo negócio.

A prática foi capaz de corroer a confiança do público na integridade do sistema de mercado livre causando um colapso no mercado, rompendo com a competitividade, confiança na qualidade dos produtos e tendo reflexo nos preços.

Em resumo, a prática empresarial premiou a corrupção ao invés da eficiência, submetendo o mercado americano de ações à perda de grandes negócios e de expressiva quantidade de dinheiro.

Nesse contexto nasce, em 1977, a lei americana anticorrupção, para tratar de problemas de empresas que aparentavam estar saudáveis, apresentando balanços e relatórios contábeis positivos para poder negociar suas ações junto a bolsa de valores.

Com o passar do tempo, as empresas começaram a perder solidez financeira e investidores do mundo inteiro passaram a desacreditar no mercado de ações, que entrou em grande decadência e conseqüente perda de investidores.

Até esse momento não havia uma preocupação mundial com a corrupção, porém os prejuízos decorrentes da mesma foram determinantes para que os EUA lançassem uma legislação capaz de abarcar hipóteses de corrupção contra aqueles que, de alguma forma, tentassem exportá-la para o seu mercado.

E foi neste sentido e panorama mundial que, segundo Ferreira e Rosa (2015, p. 20): “Verificou-se que a *Foreign Corrupt Practice Act*, tendo por referência a análise econômica do direito, é capaz de proporcionar melhorias do desenvolvimento social aos países, cujos agentes econômicos se relacionam com mercados como o norte americano”.

A *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* introduziu modificações de cunho regulatório de alcance global, capazes de atingir todos os agentes econômicos que, de alguma forma, relacionam-se com o mercado norte americano, resultando em robusta reflexão, por parte dos intervenientes, sejam *shareholders* ou *stakeholders*.

Além disso, merece destaque o escândalo envolvendo a Enron Corporation, que acabou levando à falência a companhia Americana sediada em Houston - Texas, apontada como a maior reorganização de falências da história americana.

A companhia iniciou suas atividades na década de 1980 por Kenneth Lay, responsável pela fusão da *Houston Natural Gas* e da *Inter North*. Nos anos que se seguiram Jeffrey Skilling foi contratado, e com ele iniciou-se o aprimoramento de técnicas contábeis irregulares nada republicanas, e relatórios financeiros precários – lograram êxito em maquiagem uma triste realidade de negócios e projetos fracassados com prejuízos milionários.

Segundo Paul M. Healy e Krishna G. Palepu, (2003, p. 3), no início da década de 1990 até final de 1998, as ações da Enron aumentaram 311 por cento a mais que a taxa de crescimento

padrão. As ações da Enron estavam cotadas a US \$ 83,13 e sua capitalização de mercado excedia US \$ 60 bilhões. 70 vezes o lucro e seis vezes o valor contábil, uma indicação do valor das expectativas elevadas sobre as suas perspectivas futuras. A Enron foi classificada como a mais inovadora grande empresa na América na pesquisa da revista *Fortune* de Empresas Mais Admiradas.

A prática contábil não se limitava às fraudes, posto que o Conselho de Administração e o Comitê de Auditoria da Enron era iludido a respeito de práticas contábeis de elevadíssimo risco, bem como pela pressão da empresa de auditoria Arthur Andersen, com o objetivo de ignorar as questões. “E então veio a Enron. Enron voou alto. Quando o preço das ações chegou a uma super valorização em agosto de 2000, era a sétima maior empresa em capitalização de mercado” (BRATTON, 2002. p. 1).

As ações da empresa, que alcançaram uma alta constante e atingiram o valor de US \$90.75 (unidade) nesse mesmo período sofreram uma grande queda, para menos de US \$ 1 até ao final de Novembro de 2001.

A *US Securities and Exchange Commission* (SEC) iniciou uma investigação. Logo depois a companhia entrou com pedido de falência, com uma marca impressionante, US \$ 63,4 bilhões em ativos da Enron fizeram dela a maior falência corporativa na história dos EUA até a falência da WorldCom no ano seguinte.

Vários executivos da companhia foram processados e alguns foram, posteriormente, condenados à prisão. A empresa de auditoria perdeu sua licença para auditar e foi ainda considerada culpada de destruir, ilegalmente, documentos relevantes para a investigação da SEC.

Como efeito pedagógico do escândalo, novas regulamentações e legislação foram promulgadas para expandir a precisão dos relatórios financeiros para empresas públicas. Esta é a origem da Lei SOX (Sarbanes-Oxley) datada de 2002, após a queda da Enron, com escopo de proteger os investidores mediante a melhora da qualidade dos dados empresariais e contábeis, focando na precisão e na confiabilidade na divulgação das demonstrações das empresas. (MENDONÇA; COSTA; GALDI; FUNCHAL, 2008. p. 1).

Com a SOX, destacam a intenção dos EUA em recuperar a credibilidade da informação contábil, aumentando o custo de litígio e o nível de governança corporativa. Essa lei almeja proteger os investidores e restaurar sua confiança nas demonstrações financeiras das empresas, por meio de uma maior precisão das divulgações contábeis (MENDONÇA; COSTA; GALDI; FUNCHAL, 2008, P. 3).

Passados oito anos da SOX, a tendência de conformidade e credibilidade das práticas comerciais só cresce, ao ponto de o Reino Unido lançar sua própria legislação. Dela se extrai a preocupação com as empresas britânicas e, em especial, as que realizam transações entre países demonstrando que o Reino Unido também se preocupa com atos de corrupção e suborno capazes de prejudicar o seu mercado, numa corrente mundial de luta e combate à corrupção.

De acordo com a OCDE, a posição do Reino Unido, ao conferir uma nova disciplina contra a corrupção, acabou por imprimir um maior rigor no enfrentamento ao *bribery*, por reconhecer nessa prática criminosa sua flagrante nocividade à democracia, aos direitos humanos e ao próprio Estado de Direito. Através do *Act*, o Reino Unido assumiu a posição de protagonista no combate à corrupção no cenário internacional, reforçando, assim, a sua imagem de Estado preocupado com a elevação do nível ético nas relações comerciais.

Acompanhando essa tendência, o Brasil começa a engatinhar na evolução contra a corrupção, passando a estabelecer regras de combate a lavagem de dinheiro, seguindo as orientações da Convenção de Viena que difundiu a criminalização da lavagem de dinheiro e impôs aos Estados o dever jurídico de incriminá-la.

O Brasil, por meio do Decreto legislativo nº 154, ratificou a Convenção de Viena, estimulando a criação das leis 9.613/98 e 12.683/12.

3 ORIGEM HISTÓRICA DO COMPLIANCE NO BRASIL.

Percebendo os benefícios do combate à corrupção, tem início em território nacional a política de combate à corrupção, que se inicia timidamente com a lei de lavagem de dinheiro.

No Brasil, “lavar dinheiro” é simular uma operação financeira para justificar valores obtidos por meios ilícitos ou não declarados, um comportamento típico descrito na legislação penal, criado a partir da interpretação dada pela convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário.

Nessa toada desde março de 1998, razão que conduziu o poder legislativo da União, no exercício da sua competência privativa, a aprovar a Lei nº 9.613, que, de forma taxativa, elencava quais delitos autorizavam a persecução penal.

Por essa razão fala-se do vínculo de acessoriedade existente entre o crime de lavagem de dinheiro e outro crime antecedente, o que na legislação penal caracterizava a lavagem de dinheiro como crime acessório, ou seja, aquele que decorre dependente da prática de outro, tido como principal (PITOMBO, 2003, p. 54).

Contudo, segundo Sérgio Fernando Moro (2010, p. 35):

Ao limitar os delitos antecedentes ao crime de lavagem de dinheiro, a lei já estava defasada frente à tendência mundial na extinção dos crimes pretéritos recomendada por convenções e organismos internacionais. Somente com o advento da Lei nº 12.638/2012, a legislação brasileira passou a se enquadrar na terceira geração.

Além disso, foi responsável pela criação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Unidade de Inteligência Financeira do Brasil), cuja finalidade é estabelecer a precaução e a inibição do crime de lavagem de dinheiro, ocultação de patrimônio e financiamento aos atos de terrorismo.

Com o escopo de disciplinar e aplicar penas administrativas; receber, examinar e identificar fatos suspeitos de transações ilícitas; informar às autoridades; e, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações.

Na legislação o “caput” do artigo 1º da Lei 9.613/98 foi alterado pela Lei 12.683/12, passando a descrever o conceito de lavagem de dinheiro: “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

De acordo com a doutrina atual:

O combate à lavagem de dinheiro é uma atividade relativamente recente, com pouca experiência acumulada no Brasil, é necessária ampla atividade de capacitação e especialização. A cada dia criam-se novas formas de prática deste ilícito, com grande sofisticação e complexidade, exigindo preparo permanente dos órgãos incumbidos da aplicação da lei. Cada órgão, seja de fiscalização, inteligência financeira, persecução penal, detém apenas uma parcela do conhecimento necessário. A complexidade da matéria exige um trabalho descentralizado, integrado, com ampla troca de informações, compartilhando os conhecimentos e técnicas para a consecução dos objetivos perseguidos. A cooperação interna entre os órgãos institucionais é essencial. (BALTAZAR JR; MORO, 2007, p. 199)

O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa agir de em conformidade com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido. No âmbito institucional e corporativo, *compliance* é o conjunto de disciplinas para se fazer cumprir as regras, sejam eles decorrentes de Lei ou de caráter regulamentar, compreendendo ainda as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da instituição ou empresa, bem como evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer.

Compliance é: “um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição de mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários” (CANDEROLO; RIZZO; PINHO, 2012. p. 30).

Em meados de 2009, a Controladoria Geral da União (CGU) e o Instituto Ethos publicaram o documento “A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção”. O primeiro diploma legal brasileiro a regulamentar programas de *Compliance* foi a Lei nº 12.846/2013 (Lei da Empresa Limpa), estabelecendo a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública.

Em nível nacional, a recente Lei 12.846/2013 impôs uma série de normas e institutos jurídicos, entre eles a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Desta forma, o Poder

Público brasileiro está ainda mais habilitado juridicamente para lidar com desvios de conduta das mais diversas ordens (GABARDO; CASTELLA, 2003, p. 131).

A Lei nº. 12.846/2013, como já descrita como “Lei Anticorrupção” (LAC), mas também chamada de “Lei da Empresa Limpa” (LEL), que além de tipificar os atos lesivos em seu art. 5º, traz nos arts. 6º e 19 as sanções então aplicáveis, como já se aduziu acima, concentrando outros modos a fim de enfraquecer, e/ou desestimular a corrupção, como meios de colaboração descritos como “acordo de leniência” (LEONI; LEONI, 2017, p. 354).

Como corolário da Lei 12.846/2013, percebe-se a necessidade da criação e do desenvolvimento dos programas de *compliance* pelas pessoas jurídicas, a fim de serem detectadas, processadas e solucionadas condutas previstas na lei anticorrupção no âmbito interno da empresa, podendo amenizar as possíveis sanções administrativas e/ou judiciais.

Mais do que um instituto capaz de viabilizar uma redução da pena ou atenuar da multa imposta, os programas procuram manter a ética no ambiente corporativo, exigência que transcende os limites da empresa, atingindo todas suas operações, no Brasil ou no estrangeiro.

Os programas de *compliance* passam a ser concebidos como instrumentos utilizados pela companhia para adotar procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades e à aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, aspecto que vem se tornando uma exigência para aqueles que pretendem contratar com a administração pública.

É nesse ponto que o presente estudo faz um corte profundo, limitando a análise das denúncias e dos procedimentos de apuração de possíveis irregularidades cometidas no ambiente corporativo ou qualquer outro que adote o *compliance* como instrumento de manutenção da boa reputação, legalidade e respeito às regras éticas.

Na falta de regras claras para realização da apuração de denúncias, parece ser importante a fixação de critérios objetivos, otimizando a aplicação da correta decisão a ser tomada diante de uma possível irregularidade

Em conformidade a Portaria MJ 14/2004, alterada pela Portaria MJ 48/2009, foram lançadas algumas diretrizes para elaboração de programas de *compliance* antitruste no Brasil, que poderão ser depositados na SDE – Secretaria de Direito Econômico. O programa deverá conter, dentre outros elementos: mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica.

Ao mesmo tempo que há expectativa de uma conduta forte, apta a preservar os interesses, a imagem e a reputação da empresa é preciso que se tenha cautela, preservando os direitos fundamentais e evitando que o ambiente corporativo seja tomado pela insegurança, decorrentes de aplicações distorcidas e desarrazoadas.

Em suma, é preciso uma medida razoável, proporcional, capaz de dar uma resposta satisfatório, demonstrando que o programa de *compliance* é sério e ao mesmo tempo assegurar à pessoa denunciada a preservação de seus direitos fundamentais

4 APURAÇÃO DE DENÚNCIAS - *UBERMASSEVERBOR E UNTERMASSEVERBOT*

No processo penal a denúncia representa o início da ação penal, quando o representante do Ministério Público oferece, nos moldes do artigo 129, I da Constituição Federal.

Em número não tão expressivo, a queixa crime legitima aos particulares a possibilidade de dar início à demanda criminal, sempre com fulcro no artigo 41 do Código de Processo Penal.

De fato, quando o juiz criminal recebe a denúncia tem início a demanda criminal, com o despertar do meio de tutela mais intenso do ordenamento jurídico pátrio, detentor exclusivo da pena privativa de liberdade.

Em que pese as diferentes finalidades atribuídas ao direito penal, seja a proteção dos bens jurídicos, seja a manutenção da vigência da norma, de fato, o direito penal proporciona efeitos de retribuição e prevenção acerca do comportamento considerado nocivo aos interesses consagrados em determinado contexto.

Trazendo essa ideia para o *compliance*, é preciso ter-se em mente que o procedimento que, no direito penal é iniciado e conduzido por órgãos públicos (princípio de oficialidade), no particular será conduzido por particulares.

O delito é a vulneração a bens da sociedade e, por esse motivo, a repressão de delinquente constitui função exclusiva do Estado. Não detém o Estado um mero direito subjetivo de punir, mas tem o poder dever indeclinável de reprimir o transgressor da norma penal. Em virtude disso, o processo penal reveste de caráter totalmente oficial, com raras exceções. (AQUINO; NALINI, 2009, p. 90)

Embora o programa de *compliance* não disponha de meio de operar com a pena privativa de liberdade, é indispensável que se tenha a percepção de que qualquer medida arbitrária e ilegítima pode ser tão nociva quanto a pena de privação de liberdade.

Por tudo isso é necessário que aqueles que operam na apuração das denúncias tenham uma sólida base de conhecimento de direito constitucional, voltados à importância dos direitos fundamentais, para que o *compliance* não resulte em mais ilegalidades e arbitrariedades do que aquelas que se pretendem combater no ambiente corporativo.

“No Welfare State o Estado possui a função de garantidor de serviços e bens à população, a fim de compensar as desigualdades sociais. Neste sentido deve ser o papel do juiz na tutela jurisdicional, assumindo a posição de educador e representante dos pobres” (ANSELMINI; SANTOS, 2019, p. 145).

No Brasil, como forma de identificarem-se irregularidades no ambiente privado, surgiu a figura importada dos EUA conhecida como “*whistleblowing*”, muito utilizada internamente, nos programas de *compliance* de diversas companhias, que se valiam dos conhecimentos dos quais uma pessoa, um informante, tinha sobre fato irregular praticado dentro da empresa.

Contudo, mesmo no ambiente privado, há, segundo a ONG *Transparency International*, uma recomendação no sentido de que sejam observados uma série de requisitos para os procedimentos de denúncias realizados por *whistleblowers*.

Dentre estes são destacados:

- i) A criação de uma estrutura composta por sistemas e órgãos internos de colaboração;
- ii) As possibilidades de encaminhar relatórios externos;

- iii) O Delator deve ter uma participação ativa, ou seja, a figura do *whistleblower*, deve desenvolver e acompanhar o processo (na medida de suas possibilidades), além de preservação do sigilo de sua identidade e proteção contra qualquer tipo de represálias, além de imunidade civil, penal e administrativa para o delator de boa fé;
- iv) Deve ocorrer a inversão do ônus da prova na comprovação da colaboração;
- v) Devem ser estabelecidas formas de isenção de responsabilidades na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto;
- vi) Deve ser assegurado o direito a negar a participação, sem qualquer sanção ou desvantagem, o *whistleblower* pode optar por não fazer parte do processo pós-colaboração;
- vii) Por fim, a invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante.

Partindo de uma premissa garantista, constitucional, relacionada aos direitos fundamentais, parece sensato iniciar a presente discussão traçando uma premissa básica, onde encontramos o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do artigo 1º, III da Lei maior.

Não foi aleatório o registro feito por Luigi Ferrajoli acerca do garantismo figurar como um sinônimo de “Estado Constitucional de Direito”. Nesse ambiente, a dignidade humana é um princípio fundante, destacando que os direitos fundamentais são invioláveis, ou seja, sustentando uma dimensão negativa, onde outros poderes não podem atingir, violar ou lesionar direitos fundamentais.

Nesse sentido afirma J.J. Gomes Canotilho (1993, p. 407).

A primeira função é a defesa da pessoa humana e de sua dignidade, perante os poderes do Estado: no plano jurídico objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerências destes na esfera individual; além disso o poder de exercer positivamente direitos fundamentais de forma a evitar agressões lesivas [...].

Tal premissa, ao contrário do que possa parecer, não nega as demandas atuais de lisura e moralidade. Para se ter uma dimensão dos valores recuperados, de acordo com o CADE, em

2016 alguns números de atuação são expressivos, a exemplo da arrecadação de R\$ 133.069.453,44 em multas e R\$ 238.512.038,26 em contribuições pecuniárias³.

No âmbito privado, escândalos foram descobertos por meio de denúncias, a propósito, a legitimação para apresentar denúncias pode surgir internamente ou externamente, afinal qualquer pessoa pode tomar conhecimento das irregularidades no âmbito da empresa, sejam elas colaboradoras, fornecedoras e até mesmo clientes.

Desse modo, pode ser necessário o tratamento distinto da denúncia, tendo como premissa a sua própria origem, oferecendo regras diferenciadas para diferentes fontes. Por outro lado, independentemente da fonte da denúncia, o fato de a empresa ter um mecanismo nesse sentido já indica seu compromisso com a execução de suas operações.

De acordo com García Moreno (2018, p. 259-284), casos como da Ford (1978) e da Firestone (1973) surgiram por meio da ação de *whistleblowers*, em situações que expunham a perigo bens jurídicos, tais como a vida ou saúde das pessoas ou a proteção do meio ambiente. Na Espanha, os canais de denúncias se destacaram como mecanismos para combater casos de assédio moral e sexual.

Entretanto, a maior parte das empresas têm optado por considerar passível de denúncia qualquer comportamento contrário ao seu código de ética. Dessa forma, entendemos que, se uma empresa descreve, em seu programa de *compliance*, os comportamentos que não devem ser admitidos, este é um fator a ser considerado no procedimento investigativo de crimes cometidos por seus funcionários.

³ Também foi destaque em 2016 os cinco TCCs firmados no caso que investiga cartel no mercado de câmbio no exterior (*offshore*), envolvendo o real e moedas estrangeiras, além de manipulação de índices de referência de mercado de câmbio. Ao total, foram aplicados R\$ 183,5 milhões a título de contribuição pecuniária.

Em 2016 também teve recorde em relação às leniências firmadas com a Superintendência-Geral do Cade. Foram celebrados 11 acordos desse tipo – no ano anterior foram 10. Desse total, cinco são relativos a investigações de ocorrência de cartel no âmbito da “Operação Lava Jato”.

Houve ainda um aumento de 510% na quantidade de propostas de acordo de leniência junto ao Cade em relação a 2015. <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-balanco-de-suas-atividades-em-2016>, acesso em 08/04/2020.

Além disso, o interesse da própria companhia e de seus colaboradores em mantê-la em funcionamento demandam uma postura de constante vigilância, afinal de contas, preservando a empresa preservam-se inúmeros postos de trabalho.

É com essa problemática que o presente estudo se preocupa, estabelecendo uma tutela satisfatória aos interesses envolvidos, seja pela existência de uma vítima imediata, atingida por um comportamento inadequado, seja para a companhia, que deve apurar e dar uma resposta à altura, seja para o acusado, que não pode ser constrangido ou perseguido sem a devida cautela, mediante cometimento de excesso.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 131-132):

Para a viabilidade de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos os agentes podem acabar por afetar do modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação e direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde as aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nessa perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos).

É preocupação constante das autoridades penais, que atuam em sede de persecução criminal o respeito aos direitos fundamentais, sob pena de nulidade. Desse modo, se o poder público, devidamente legitimado para tal atividade preocupa-se com eventual lesão, eventual apuração em sede privada deve redobrá-la, afinal de contas não *compliance* é conformidade a regra e não o contrário.

No entanto, tal posicionamento somente se preocupa com criminalizações desproporcionais – ou desproporcionadas – nada referindo em relação a discriminações infundadas e inconstitucionais, ou seja, aquelas que deixariam sem a devida proteção os bens jurídicos que a constituição se propôs a proteger. (STRECK, 2009, p. 91)

A doutrina elenca a *ubermassverbot* como uma espécie de barreira, uma contenção capaz de proteger os direitos de eventuais excessos. Trata-se, portanto, de uma postura de garantia, que rechaça violência institucionalizada em manter o acusado como titular de direitos.

De nada adiantaria um procedimento de apuração de denúncias tomado por ilegalidades, abusos, arbítrios, já que o ideal defendido pelo programa de *compliance* não visa ilegalidade, pelo contrário, o programa deve ter em mente que a proporcionalidade e a razoabilidade devem

nortear qualquer procedimento de apuração de transgressões cometidas no ambiente corporativo ou fora dele.

Por outro lado, é preciso uma apuração séria, imparcial, capaz de operar dentro de uma neutralidade indispensável à obtenção da verdade, atendendo a *untermassverbot*, ou vedação da tutela deficiente. Por essa razão o *compliance officer*, designado como responsável pelo programa, deve ser uma pessoa ciente de suas responsabilidades, imune a qualquer interferência e com liberdade suficiente para apurar quem quer que seja, inclusive pessoas que, na hierarquia da corporação, possam ocupar cargos de maior relevância e prestígio.

É preciso ainda que o procedimento de apuração tenha conhecimentos técnicos jurídicos, em especial aqueles relacionados ao processo penal. Como justa causa, indicando os indícios suficientes de autoria e materialidade necessários para o início de uma apuração formal.

Não menos importante o fato de que provas ilícitas não podem ser usadas como meio de convencimento e que todo o cuidado deve ser dispensado em relação ao constrangimento que uma investigação dessa natureza pode trazer a pessoa investigada, em especial no ambiente corporativo.

É preciso que, na dúvida, adote-se o posicionamento do *in dubio pro reo*, que a legalidade e anterioridade sejam preservadas, enfim, que as preocupações garantistas sejam atendidas.

Garantismo en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidade de la persona del imputado y por conseguinte la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, ao derecho penal y ao mesmo princípio mayoritario. (FERRAJOLI, 2012, p. 335-336)

Desse modo, o aparente conflito entre o excesso e a deficiência deve atender a uma medida proporcional, ou seja, para o esclarecimento e apuração de denúncias, o *compliance officer* deve adotar o princípio da proporcionalidade, apurando e punindo com efetividade, porém sem ultrapassar os limites que o tornem arbitrária e ilegítima sua punição.

Por derradeiro, cada vez mais percebe-se a expansão e aprimoramento do *compliance* no Brasil, melhora que indica sua otimização e adaptação a outros meios, ambientes e especificidades. Por essa razão, a apuração de denúncia revela uma conexão que tende a se fortalecer, formando um *criminal compliance*, que não pode, em hipótese alguma, ser confundido com o do Direito Penal Econômico, mas que pode, sem qualquer dúvida, ser orientado a um aprimoramento capaz de somar para a preservação da ética, da boa governança e da integridade das organizações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma forte tendência dos Estados em combater os atos de corrupção nocivos aos interesses econômicos e ao desenvolvimento social e humanitário. Essa tendência vem sendo sentida fortemente nos Estados Unidos pela edição de FCPA, a lei americana anticorrupção, e pela Lei SOX, formulada após o escândalo da Enron, considerada uma das maiores fraudes empresariais e de auditoria de todo o mundo.

Com o passar do tempo, por meio de uma análise econômica do direito, perceberam-se as vantagens desse tipo de procedimento, tendência que foi acompanhada por outros países, merecendo destaque a postura combativa do Reino Unido no combate a corrupção e suborno. A evolução histórica revela que o Brasil está iniciando suas atividades relacionadas ao *compliance*, e que a comparação em relação a outros Estados revela uma significativa diferença em termos evolutivos.

Mesmo reconhecendo tal aspecto, é inegável que o *compliance* veio para ficar, seguindo na mesma toada da orientação internacional, em especial da convenção de Viena, pela constante implementação de condutas éticas e lícitas.

Em relação a apuração de irregularidades via denúncias, o *compliance officer* deve se preocupar em viabilizar uma decisão efetiva que não atinja os direitos fundamentais da pessoa investigada. Nesse processo, as denúncias devem ser tratadas com seriedade, respeitando

diferentes formas de obtenção e adotando procedimentos específicos, sempre visando a máxima efetividade na apuração de comportamentos estranhos ao código de ética da empresa.

Por outro lado, todas as ações devem ser adotadas em observância a uma medida proporcional, dando indicativos de que o programa de *compliance* relaciona-se demasiadamente com metodologias de direito penal e processo penal, em especial as questões de fundo constitucional, afinal de contas sua origem indica conformidade com as regras, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. NALINI, José Renato. *Manuel de processo penal*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANSELMINI, Priscila; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. *A tutela jurisdicional como instrumento de concretização da democracia: a evolução do Estado Social ao Estado Democrático de Direito*. *Revista Juris Poiesis* - Rio de Janeiro. Vol.22-nº30, 2019, pg.140-167. ISSN 2448-0517 Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2019.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). *Lavagem de Dinheiro – comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BRATTON, William Wilson, *Enron e o lado negro do valor para o acionista*. Tulane Law Review, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=301475>: Acesso em: 14 abr. 2020.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º, riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. ROSA, André Luís Cateli. *Compliance: contribuição ao desenvolvimento social por meio da Foreign Corrupt Practices Act*. Belo Horizonte: Revista de Direito Empresarial, 2015.

GABARDO, Emerson. CASTELLA, Gabriel Moretino. *A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GARCÍA MORENO, Beatriz. *Whistleblowing e Canais Institucionais de Denúncia*. In: MARTÍN, Adán Nieto; LARUSCAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GARCÍA DE LA GALANA, Beatriz; FERNÁNDEZ PÉREZ, Patricia; BLANCO CORDERO, Isidoro (Orgs.). *Manual de Cumprimento Normativo e Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GODOY, Sandro Marcos; FUZETTO, Murilo Muniz. *O direito à acessibilidade e o teletrabalho: análise crítica sobre a inclusão social da pessoa com deficiência*. In: LAZARI, Rafael; ARAUJO, Luiz Alberto David; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. (Orgs.). *Direitos humanos: a dignidade humana no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 173-195, 2019.

GODOY, Sandro Marcos; NERES, Wilson André. *Efetivação da Tutela do Meio Ambiente e Razoável Duração do Processo, uma Perspectiva dos Meios Alternativos de Solução que a Assegure*. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 6, n. 2, p. 1277-1300, 2020.

GODOY, Sandro Marcos. *O meio ambiente e a função socioambiental da empresa*. Birigui: Boreal, 2017.

HEALY, Paul M. e PELEPU, Krishna. *The Fall of Enron*. Journal of Economic Perspectives - Volume 17, Number 2 - Spring 2003.

LEONI, Guilherme Loria. LEONI, Taythi Gabriela Della Tonia Trautwein. *Compliance em atividades empresariais e administrativas: imagem e o homem cordial*. ANAIS DO V CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 2017, Universidade de Ribeirão Preto, *Desafios Contemporâneos para a Consolidação do Estado Democrático de Direito*, Ribeirão Preto, 2017, n. 5, p. 354-363.

MENDONÇA, Mark Miranda; COSTA, Fábio Moraes da; GALDI, Fernando Caio; FUNCHAL, Bruno. *O impacto da Lei Sarbanes-Oxley (SOX) na qualidade do lucro das empresas brasileiras que emitiram ADRs*. Revista Contabilidade & Finanças, v. 21, n. 52, p. 0-0, 01 jan. 2010.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O'Shea, 2011: 7; Monty, 2010: 22-29; conferir as recomendações da Organisation for Economic Co-operation and Development, de 1997 e 2008. Disponíveis em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/43/13/38962457.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PISARELLO, Gerardo; SURIANO, Ramón. Entrevista a Luigi Ferrajoli. *Isonomía – Revista de Teoría e Filosofía del Derecho*, Mexico, n. 9, pp. 187-192, 1998 *apud* TRINDADE, André Karam. Revisitando o Garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. *Revista Eletrônica – Faculdade de Direito de Franca*, v. 5, n. 1, Jul. 2012, p. 4. Disponível em:

<<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a de insuficiência*. In. Revista da Ajuris. n. 98, Porto Alegre, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e Lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *Direito penal e constituição. A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TRANSPARENCE INTERNATIONAL. *International Principle for Whistleblowing Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest*. Disponível em: <https://issuu.com/transparencyinternational/docs/2013_whistleblowerprinciples_en>. Acesso em: 14 abr. 2020.

YEOH, Peter. *A Lei de Suborno do Reino Unido de 2010: conteúdos e implicações. The UK Bribery Act 2010: contentes and implications*. Jornal do Crime Financeiro, Vol. 19 Edição: 1, Disponível em <<https://doi.org/10.1108/13590791211190713>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

Data de Submissão: 14/04/2020

Data de Aceite: 26/05/2020