

COMPLIANCE - CRIMINAL COMPLIANCE

DESAFIOS PENAIS, CÍVEIS E ADMINISTRATIVOS NESTES NOVOS TEMPOS

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ABERTURA

Momento de altíssima indagação.

É fato que as formas clássicas / tradicionais estão sendo alteradas, superadas pela inovação do presente.

Forte preocupação pela busca / identificação da autoria para responsabilização penal são a maior preocupação do Estado especialmente na esfera do direito penal econômico.

Proximidade da atividade empresarial ao direito penal econômico é uma realidade.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ABERTURA

Situações que eram analisadas pontualmente do direito privado e administrativo passaram, obrigatoriamente, a serem analisadas em conjunto com as diretrizes do Direito Penal Econômico, de forma preventiva.

E dentro desse cenário os temas ligados ao **Compliance** e **Criminal Compliance** são temas atuais ou “temas da moda”, mas, por outro lado, trazem muitas dúvidas e incertezas de como serão as suas aplicações no cenário Brasileiro.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De 1929 Grande Depressão até os anos 2000

A Grande Depressão de 1929 – Crise de 1930

Do ultra liberalismo até a intervenção e regulação estatal.

Após a Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos apresentaram um grande crescimento econômico. As empresas norte-americanas conseguiram aumentar seus lucros, pois além de desfrutar de um sólido mercado interno, passaram a explorar novos mercados antes fechados pelo colonialismo europeu.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Essa prosperidade pós-guerra, no entanto, começa logo a enfrentar adversidades.

Nesse período, as pessoas passam a “jogar” de forma desenfreada na Bolsa de Valores, e grandes fortunas são construídas baseadas somente na especulação e, como resultado, a insolvência se manifesta em outubro de 1929 com o crack da Bolsa de Valores de Nova York.

Essa crise impossibilitou a concessão de novos créditos à Europa, produzindo, dessa forma, graves consequências para muitos países.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1931 – Congresso Americano vota medidas com vistas a proteger o mercado de títulos, valores mobiliários e seus investidores.

1933 - Ao assumir a Presidência dos Estados Unidos, Franklin Roosevelt apresentou o seu plano de combate à depressão econômica, o New Deal (nova política).

O novo plano previa grandes investimentos em políticas públicas e também em infra-estrutura, com grandes construções para absorção de mão-de-obra e geração de empregos, entre outras medidas.

1934 – Criação da SEC – *Securities and Exchanges Commission*.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De 1940 até 1980

Intervenção do Estado na Economia – Welfare State

De 1980 até 1990

Necessidade de desregulamentação até a retomada do conceito de que a atividade econômica é capaz de se autorregular

Anos 1990 e início dos anos 2000:

1990 – fim do bloco comunista - Preocupações –G7, OCDE

Novo inimigo – agentes penais

Preocupações – drogas, lavagem, terrorismo (2001), corrupção

Corrupção – novo inimigo do século XXI

Mega escândalos financeiros / fraudes contábeis

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A partir de 2008:

Necessidade da intervenção e da regulação estatal na economia

A intervenção estatal na atividade econômica chega à sua terceira fase: autorregulação regulada (termo de Sieber, Urilch) ou autorregulação forçada;

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

AUTO REGULAÇÃO REGULADA

Dentre as ferramentas utilizadas para tanto estão a imposição e a regulação de padrões de conduta a serem seguidos por indivíduos e organizações. Assim, destaca Renato de Mello Jorge Silveira, “trabalha-se, no âmbito penal econômico, com um estímulo à empresa não cometer ilícito, autogerindo-se”. Trata-se do que se denomina autorregulação regulada (enforced self-regulation), também chamada de correção, que “diz respeito a uma forma de regulação estatal do mundo empresarial, subordinada a fins ou interesses públicos pré-determinados pelo Estado [...] no interesse em reorientar sua atuação por um intervencionismo à distância”.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

AUTO REGULAÇÃO REGULADA



Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A empresa como fonte de riscos deve auxiliar na prevenção de crimes econômicos.

A ideia básica de *Compliance* vinculada à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Como pensar isso no Brasil?

Lei 9.605/1998 – Crimes Ambientais – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Lei 9613/1998- Lavagem de Dinheiro – art. 9º.

Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção – art. 7º., VIII

AP 470 – 2013 – Mensalão

Lavajato - 2016

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

1º. Aspecto:

Criminal Compliance na Europa ou nos Estados Unidos – Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

No Brasil - Lacuna técnica

Na ausência da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica a ótica do Criminal Compliance dever se feita com foco na responsabilização dos Acionistas, Gestores das Empresa e, talvez, do Chief Compliance Officer.

2º. Aspecto:

Em razão da falta desse instituto da responsabilidade criminal da pessoa jurídica vem se consolidando o conceito da imputação penal omissiva àqueles que tem o dever de fiscalizar, de garantir, fortalece a posição do Empresário como **GARANTE** de sua empresa e suas atividades.

Realização

DEFINIÇÕES INICIAIS

DEFINIÇÕES

O termo *Compliance*, vem do verbo “*to comply*”, que significa, cumprir, estar em conformidade com as leis, padrões éticos, regulamentos internos e externos. Ou seja, *compliance* é a linha mestra que guia o comportamento de uma empresa perante o mercado em que atua.

“*Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.” (Coimbra e Manzi, 2010, p.2.)

A ideia de *compliance*, portanto, trata da criação, implementação e fiscalização de normas de condutas e posturas internas da empresa, com a finalidade de gerar consciência sobre deveres e obrigações na prevenção de riscos legais e regulatórios, que tem também a função de distribuir responsabilidades entre os indivíduos que cooperam na sua administração.

Mas será *Compliance* apenas isso?

Realização

Leite.Tosto e Barros
A D V O G A D O S

INDAGAÇÕES PRELIMINARES DE CRIMINAL COMPLIANCE

Seriam, a partir de agora, o *Chief Compliance Officer*, *Gestores e Diretores* responsáveis por qualquer eventualidade ou descumprimento das obrigações normativas das empresas mencionadas em Lei?

E no caso de não observação de obrigações normativas - Código de Conduta - com regras e ordenamentos definidos acima das obrigações estabelecidas pela Legislação Vigente?

Faz sentido a utilização de preceitos fora do Direito Penal para o combate ao crime econômico?

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

CENÁRIO PRELIMINAR DE CRIMINAL COMPLIANCE

Já é possível constatar:

Assessoriedade Conceitual – o conceito complementar do tipo penal é dado por informações externas à lei penal.

Assessoriedade do Direito Administrativo – o complemento do direito penal é dado por outro ramo do direito.

Formulação do crime de perigo abstrato por mera infração administrativa;

Condutas em que o perigo abstrato se presume pela simples infração de previsão administrativa.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

AUTOREGULAÇÃO REGULADA

[DECRETO Nº 9.663, DE 1º DE JANEIRO DE 2019](#)

Seção V

Da competência da Diretoria de Supervisão

Art. 12. À Diretoria de Supervisão compete:

I - fiscalizar o cumprimento das obrigações de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo pelas pessoas de que trata o [art. 9º da Lei nº 9.613, de 1998](#), para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador;

II - propor ao Plenário a edição de normas aplicáveis às pessoas de que trata o [art. 9º da Lei nº 9.613, de 1998](#), para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador;

....

VIII - articular com os órgãos reguladores, com as instituições comunicantes e com as autoridades competentes, sobre medidas relacionadas à prevenção e ao combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo; e

IX - requisitar informações e documentos às pessoas obrigadas relacionadas no [art. 9º da Lei nº 9.613, de 1998](#).

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

AUTOREGULAÇÃO REGULADA

Sistema de Monitoramento de Colaborações - SIMCO

Fevereiro de 2019

PGR apresenta Sistema de Monitoramento de Colaborações

O objetivo é garantir a efetividade da colaborações com o cumprimento integral das Colaborações nos aspetos:

- Penais - prisão
- Financeiras - multas
- Descumprimentos dos Acordos

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

1º. ENCONTRO NACIONAL DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA DA ORDEM TRIBUTÁRIA - 22.03.2018

Carta de Florianópolis

Aprovação de **10** diretrizes jurídicas não vinculantes que têm como objetivo intensificar o combate à sonegação fiscal e à lavagem dinheiro.

Responsabilização do Empresário

Criminalização das Condutas

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

CARTA DE FLORIANÓPOLIS - 22.03.2019

RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO

“Enunciado n. 7 - Os Administradores das sociedades limitadas e das sociedades anônimas fechadas respondem pelos crimes fiscais praticados no âmbito da empresa.”

“Enunciado n. 9 - Os dirigentes de sociedades anônimas respondem, por omissão penalmente relevante, pelos delitos fiscais praticados no âmbito da empresa, em virtude da posição de garantidores legais e estatutários e da possibilidade de agirem para evitar o resultado, não o tendo feito de maneira voluntária.”

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

CARTA DE FLORIANÓPOLIS - 22.03.2019

CRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA

“Enunciado n. 2 - A configuração da lavagem de dinheiro em empresa se perfaz com a integração dos valores decorrentes de crimes contra a ordem tributária na própria atividade empresarial com base no art. 1 §2º, inciso I da Lei n. 9.613,/98.”

“Enunciado n. 6 - Aplica-se a regra do concurso material (art.69 do CP) no caso de criminoso habitual em matéria tributária”

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

COMPLIANCE SOB À ÓTICA DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Compliance pode ser definido como:

Bem Jurídico / Garantia

Fidúcia

Garantia que a empresa, seus clientes, fornecedores e empregados adotam as práticas estabelecidas na legislação e instrumentos normativos definidos pelos órgãos de controle.

CONDIÇÃO DE GARANTE

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

CRIMINAL COMPLIANCE E DIREITO PENAL

CRISE SISTÊMICA:

Direito Penal do Inimigo: Segundo Günther Jackobs, determinadas pessoas, por serem inimigas da sociedade (ou do Estado), não podem gozar de todas as proteções penais e processuais penais que são dadas aos demais indivíduos.

Responsabilidade Penal Objetiva: De acordo com Claus Roxin, deveria ser admitida a possibilidade de aplicação do Direito Penal independentemente do elemento subjetivo do tipo penal. Conceito de adequação social.

Criminalização a partir do resultado: O Direito Penal como resposta do Estado à sociedade. Prevenção geral x prevenção especial.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

O GARANTE PARA O DIREITO PENAL

Conceito:

Determinados sujeitos em posição de especial relação com o bem jurídico recebem o dever de agir, a fim de impedir o resultado de lesão.

Teorias formais ou clássicas: decorre do liberalismo jurídico. Nela, a posição de garante é derivada das fontes formais, com previsão legal explícita. Em geral, são a lei, o contrato e a ingerência.

Teoria funcional, material ou substancial: a posição do garante sai do plano meramente formal da lei positiva e desloca-se para o plano substancial. Por essa teoria, a posição de garantia está em função de proteção de bem jurídico específico e de vigilância ou controle em relação a uma fonte de perigo.

Binômio:

Poder agir

x

Dever agir

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

A FIGURA LEGAL DO GARANTE

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

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

O dever de agir incumbe a quem:

- a)tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância → Familiar, policial ou bombeiro militar
- b)de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado → Salva-vidas de clube
- c)com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado → Pessoa que abre a jaula do leão ou abre a proteção do *playground*

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

O GARANTE NO MUNDO CORPORATIVO

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância

- Lei de lavagem de dinheiro
- Crimes contra o sistema financeiro nacional
- Anotação de responsabilidade técnica - Engenheiros, arquitetos e agrônomos

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

- **Chief Compliance Officer**

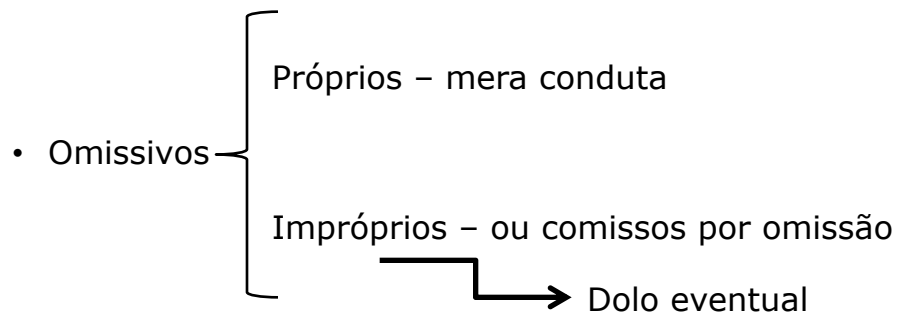
c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

- Os profissionais que exercem atividades de risco potencial que inobservam os deveres legais e a cautela exigida ao homem médio – necessária exigência do resultado

Realização

O CRIME NO AMBIENTE CORPORATIVO

- Crimes próprios – situações “normais”



Cegueira deliberada – Domínio do fato

Realização

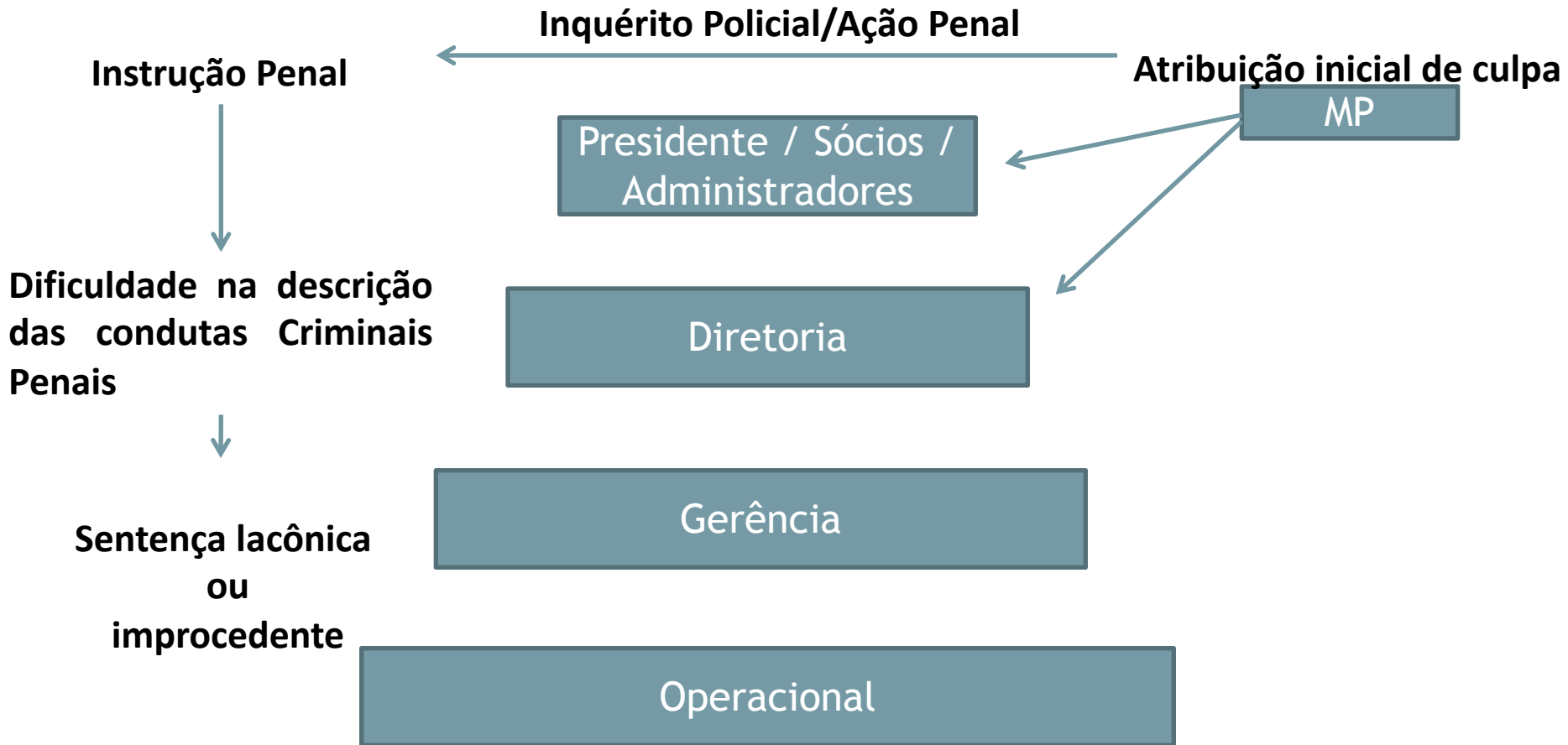
Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

CRIMINAL COMPLIANCE E TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE

- **Segundo Feijó Sanchez**, a distribuição de competências e funções dentro de uma organização complexa acarreta sérios problemas quanto à imputação do fato ilícito a uma pessoa. Entretanto, isso não deve ser considerado como produto da criação deliberada ou fraudulenta de espaços de irresponsabilidade, mas como um problema estrutural de qualquer organização complexa, sempre que não tenham sido adotados procedimentos especiais para minimizar essa tendência.
- **Aqui entra o compliance:** identificar possibilidades de problemas no funcionamento e fracionamento de uma empresa e que possam gerar responsabilidades criminais — e implementar políticas e contramedidas para minimizar sua ocorrência. Diminuir riscos. A prevenção, e não a absolvição, deve ser o foco.
- **A adoção de uma Anotação de Responsabilidade Técnica para Integridade e Compliance – ARTic** – como fator delimitador de responsabilidade e delegação de obrigações. A ARTic definiria para os efeitos legais os responsáveis técnicos em razão das funções exercidas.

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS



Realização

Inquérito Policial/Ação Penal

Instrução Penal

MP

Presidente / Sócios /
Administradores

Diretoria

Gerência

Operacional

C
O
M
P
L
I
A
N
C
E

Investigação com base na
estrutura de compliance

Identificação
do autor

Verificação de
omissão

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- **Brumadinho, COAF, ANVISA** – A necessidade de autorregulação
- **Modificação no paradigma de apuração das infrações penais:** O Estado atribui ao particular o dever de se autorregular e cria normas punitivas para o descumprimento desse preceito
- **Os casos em que a autorregulação exigida pelo Estado é insuficiente**
- **Crise sistêmica x *Iter criminis*** – A necessidade de se avaliar o caminho entre o pretense autor e o resultado supostamente criminoso
- **A adoção do *compliance* como forma da empresa comunicar ao mercado integridade** - exigência legal e exigência competitiva

Realização

Leite, Tosto e Barros
ADVOCADOS

Obrigado!

Armando S. Mesquita Neto - armandosmn@tostoadv.com
Henrique Zelante - henriquezrn@tostoadv.com

www.tostoadv.com

Realização

Leite, Tosto e Barros
A D V O G A D O S