

ESTUDOS E APONTAMENTOS DA COMISSÃO ESPECIAL DE COMPLIANCE

2ª EDIÇÃO



COORDENAÇÃO

PAULA CRISTINA LIPPI PEREIRA DE BARROS
FERNANDO GOUVEIA



Comissão de
Compliance

Apresentação

Com o objetivo de perpetuar conhecimento e debates, bem como gerar novos posicionamentos e práticas no âmbito do Compliance, a Comissão Especial de Compliance da OAB/SP desenvolve sua atuação e função em novo ciclo de gestão iniciado em 2022. Sob a Presidência de Flavia Filhorini Lepique, Vice-Presidência de Luis Eduardo Fernandes Thomé, Secretaria Geral de Aíra Nataly Freitas e Coordenação dos Grupos de Trabalho (GTs) com Paula Lippi, estão sendo desenvolvidos conteúdos de excelência por meio de Reuniões Ordinárias e *Webinars* com profissionais expoentes do Compliance Brasileiro, muitos deles Membros Consultivos da Comissão.

Dessa forma, com apoio incondicional de advogados, advogadas, estudantes de direito e profissionais de Compliance de formação não-jurídica (por exemplo, administradores de empresas, auditores, e contabilistas) e com a excelência técnica e organizacional da Secretaria Geral da Comissão, Aíra Nataly Freitas, a Comissão Especial de Compliance da OAB/SP vem ultrapassando fronteiras e alcançando seus membros nomeados, bem como o público em geral interessado, por meio de reuniões transmitidas e disponibilizadas na sua página na Internet, fomentando debates e a divulgação do Compliance.

Ademais, com o esforço do trabalho coletivo e colaborativo, muitos membros da nossa Comissão compõem os atuais sete GTs temáticos, nos quais são realizadas reuniões para discussões mais profundas, que possibilitam o aprendizado, diálogo e troca de experiências entre os colegas, bem como o desenvolvimento de projetos específicos como o presente e-book, agora já na sua segunda edição, que certamente tornar-se-á um dos legados da atual Comissão Especial de Compliance da OAB/SP.

Esperamos que os trabalhos da nossa Comissão proporcionem bons frutos para o cenário e profissionais de Compliance no país, certos de que a integridade é o pilar que deve governar qualquer organização, seja no primeiro, segundo ou terceiro setor.

Agradecemos a todos os coautores pela aceitação do convite, bem como por sua dedicação aos estudos e a colaboração com essa obra.

Boa leitura a todos e todas!

Flavia Filhorini Lepique

Presidente da Comissão Especial de Compliance da OAB/SP

Luis Eduardo Fernandes Thomé

Vice-Presidente da Comissão Especial de Compliance da OAB/SP

Aíra Nataly Freitas

Secretária Geral da Comissão Especial de Compliance da OAB/SP

Paula Lippi

Coordenadora dos Grupos de Trabalho da Comissão Especial de Compliance da
OAB/SP

Fernando Gouveia

Coordenador do GT Governança e Compliance na Criptoeconomia da Comissão
Especial de Compliance da OAB/SP

Sumário

Apresentação.....	2
Nota à 2ª edição.....	5
Programa de Governança de Dados e a LGPD.....	6
Metaverso e os desafios Jurídicos, de Compliance e Privacidade de Dados....	11
Prevenção à Lavagem de Dinheiro no Mercado de Criptoativos – Estamos Preparados?	18
O processo investigativo na Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate do Financiamento ao Terrorismo	21
O programa de compliance e a due diligence: a importância dos mecanismos de gestão de risco de terceiros.....	25
Canais de denúncias e investigações no programa de compliance	30
Compliance trabalhista para além da CLT	34
Compliance nas relações de trabalho: a importância do fator humano, da diversidade e da inclusão.....	40
Reflexões sobre Compliance Sindical.....	46
Razões para investir no compliance tributário da sua empresa.....	50
Os riscos de responsabilização criminal sobre a gestão fiscal pelo julgamento do STF sobre a apropriação indébita tributária.....	54

Nota à 2ª edição

Motivados pela confirmação de apoio da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo, seguimos trilhando a produção e difusão do conhecimento do Compliance.

Por essa razão reunimos nossos membros e membras da Comissão Especial de Estudos de Compliance da OAB/SP, advogados e consultores, para produzirmos esta obra coletiva que analisa diversas temáticas de Compliance de acordo com a experiência profissional ou interesse acadêmico navegando pelas atuações multidisciplinares do Compliance: proteção de dados; trabalhista e sindical; prevenção à lavagem de dinheiro; tributário; gestão de riscos por meio da *Due Diligence* e do Canal de Denúncia; diversidade inclusão e até mesmo reflexões sobre a criptoeconomia.

Optamos por uma estrutura textual mais assertiva, a fim de proporcionar uma leitura e análises fluidas, sem, contudo, abandonar o conteúdo técnico e pragmático propiciado pelos nossos coautores. E dessa forma, nosso desejo coletivo é de que muitas novas edições sejam produzidas para enriquecer nossos estudos e debates, promovendo o Compliance nesta atual gestão da Comissão de Estudos de Compliance da OAB/SP, sob a Presidência de Flávia Filhorini Lepique, Vice-Presidência de Luis Eduardo Fernandes Thomé, Secretária Executiva de Aira Nataly Freitas.

Agradecemos, mais uma vez, o empenho e a dedicação dos coautores, desejando bons estudos e referências para os profissionais de Compliance!

Paula Lippi

Coordenadora dos Grupos de Trabalho da Comissão Especial de Compliance da
OAB/SP

Fernando Gouveia

Coordenador do GT Governança e Compliance na Criptoeconomia da Comissão
Especial de Compliance da OAB/SP

Programa de Governança de Dados e a LGPD

Bruno Galvão Ferola¹

João Marcelo Ribeiro²

I – Contexto

Desde a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados em 18 de setembro de 2020 (Lei 13.709/18), instituições públicas e privadas precisaram se adequar ao novo normativo legal e para aquelas que demonstraram uma preocupação desde o início, executando uma cultura de conformidade por meio da busca pela efetividade do programa e como implementar um programa de governança de dados, o que já tem sido objeto de estudo e pesquisas.

Em pesquisa realizada pelo Tribunal de Contas da União com mais de 382 organizações públicas federais, foi mensurado o nível de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”). A pesquisa adotou como critério a condução de iniciativas para providenciar a adequação à LGPD e as medidas implementadas para o cumprimento das exigências estabelecidas na Lei.

Através da iniciativa do TCU, foi concluído que das 382 organizações auditadas: 17,8% estão no nível inexpressivo; 58,9% estão no nível inicial; 20,4% estão no nível intermediário e 2,9% estão no nível aprimorado.³¹ O que visivelmente é um nível bem abaixo do esperado para uma lei que possui sanções aplicáveis desde agosto de 2021.⁴

¹ Sócio da P&B e advogado especializado em Compliance e certificado em proteção de dados pelo instituto Data Privacy Brasil. Atuou em empresas relevantes como Banco do Brasil, Pinheiro Neto, Ambev, Telefônica e PwC. Formado em Direito pela PUC/SP, pós-graduado em Compliance e mestrando em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP, foi vice-presidente da ANACO – Associação Nacional de Compliance, é membro de Conselhos de Ética e Professor convidado de instituições de ensino.

² Advogado da P&B e graduado pela PUC-SP, especialista em gerenciamento, mitigação e mapeamento de risco, com experiência em projetos de adequação e governança de dados.

³ <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-verifica-risco-alto-a-privacidade-de-dados-pessoais-coletados-pelo-governo.htm>

⁴ Em 29/06/2022 o TCU publicou o Acórdão N° 1384/2022, no qual faz uma longa recomendação para o governo federal sanar a situação. (<https://capitaldigital.com.br/sai-o-acordao-do-tcu-que-obriga-orgaos-federais-a-se-adequarem-a-lgpd/>)

No plano privado, o cenário também não se modifica tanto. Em estudo realizado pela Capterra no ano passado, foi levantado que após um ano da criação da LGPD, apenas 37% das empresas acreditavam estar totalmente adequadas à LGPD e gerindo os dados corretamente.⁵

No entanto, embora o número de empresas que estão adequadas à LGPD ser baixo, o presente artigo visa dialogar com a pequena minoria que julga estar adequada à LGPD, aquele mesmo público que se preocupou com aspectos relevantes voltados à Privacidade e Proteção de Dados e possivelmente contou com o apoio de uma consultoria ou escritório especializado na área, nomeou um encarregado de dados e, entre diversos outros, recebeu os entregáveis voltados à LGPD, como políticas de privacidade e treinamentos de sensibilização ao tema.

Dessa maneira, estamos diante de um cenário em que a instituição está com um encarregado de dados nomeado, em posse de uma política de privacidade, normas de armazenamento e descarte de documentos, matriz de fluxos, com o registro das atividades de tratamento, relatório de diagnóstico entre outros.

No entanto, utilizando como único critério de avaliação a contratação de uma empresa para elaboração dos documentos exigidos pela LGPD, pode-se afirmar que apenas o recebimento da documentação não é suficiente para uma empresa estar totalmente adequada à LGPD.

II – Plano de Conformidade

Um plano de conformidade à LGPD demanda diversos outros aspectos que não os voltados à documentação, como, por exemplo, a estruturação de um **programa de governança**, a realização de **treinamentos** específicos voltados ao tema e envio de documentos para **conscientização** e entendimento de pontos relevantes como o de **governança de dados**.

Além disso, para mensurar a realidade da organização, os colaboradores devem ser questionados se sabem para onde devem encaminhar as demandas dos titulares de dados, qual o canal de comunicação, quais são os direitos que os

⁵ <https://www.capterra.com.br/blog/2153/lgpd-pme>

titulares podem exigir e o que fazer quando notificarem um eventual vazamento de dados, por exemplo.

Portanto, concluímos que se engana a organização que acredita estar totalmente adequada à LGPD simplesmente por estar em posse dos documentos. Óbvio que a documentação é imprescindível para a conformidade regulatória da LGPD, no entanto, como foi demonstrado, ela não é suficiente para criar a tão sonhada “cultura de privacidade e proteção de dados”.

Para que a organização esteja adequada, todos os colaboradores que tratam dados pessoais devem entender minimamente alguns conceitos da LGPD e entender quais caminhos devem ser seguidos ou a quem recorrer em alguns casos.

Já está em posse dos documentos voltados à LGPD e está em dúvida se a sua organização está adequada? Em caso positivo, precisamos falar sobre Governança de Dados.

III – Governança de Dados

De acordo com Carlos Barbieri, Governança de Dados é uma “forma de pôr ordem na casa com relação aos aspectos de dados, visando disponibilidade, integridade, consistência, usabilidade, segurança, controle, etc.”⁶ Ou seja, todos os procedimentos, políticas, funções, métricas e padrões adotados pela companhia que visam dar maior segurança aos dados pessoais podem ser considerados como uma prática de governança de dados.

Por essa razão, a maneira com que os dados pessoais devem ser coletados, armazenados e descartados são de extrema importância para as organizações. Quando da definição das métricas a serem seguidas, as instituições devem se preocupar com os padrões externos, as recomendações da Autoridade e as boas práticas de mercado.

⁶ BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: Práticas, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

Para o Google, a governança de dados traz benefícios como a tomada de melhores e oportunas decisões, melhor conformidade regulatória, facilidade no gerenciamento de riscos, planejamento organizacional, entre outros.⁷

Através de um programa eficiente de governança de dados, as empresas, além de garantirem a conformidade às legislações pertinentes, evitam um mau gerenciamento de dados. A IBM divulgou que nos Estados Unidos, as organizações perdem US\$ 3,1 trilhões anualmente por causa da má qualidade dos dados.⁸

Um bom programa de governança de dados envolve toda a instituição, por essa razão, para melhor desenvolvimento, é essencial que uma equipe especializada seja formada, definindo internamente, por exemplo, quem são os proprietários de dados, operadores, organizadores. Essa será a equipe responsável por definir as responsabilidades, implementando um equilíbrio entre as equipes organizacionais e tecnológicas para garantir a eficácia do trabalho.

Ademais, para garantir que os principais dados estão sendo coordenados de forma precisa e unificada, a utilização de uma ferramenta que auxilia o gerenciamento de dados pode-se tornar inevitável.

IV – Conclusão

Percebe-se que as organizações que visam o crescimento em um mercado tão competitivo devem considerar a construção de uma estratégia robusta voltada à Governança de Dados e adotar decisões aprimoradas para a mitigação de riscos e garantia de resultados bem-sucedidos. O projeto de adequação é uma parte importante, porém não suficiente de um processo de adequação à LGPD, pois é necessária sua evolução para um programa de conformidade propriamente dito, um compliance de dados, de maneira que a instituição trabalhe de forma segura e eficiente em harmonia com a lei.

Referências

⁷ <https://cloud.google.com/learn/what-is-data-governance?hl=pt-br#:~:text=Governan%C3%A7a%20de%20dados%20significa%20definir,de%20dados%20est%C3%A3o%20sob%20governan%C3%A7a>.

⁸ <https://insidebigdata.com/2022/06/05/bad-data-costs-u-s-companies-trillions-how-data-quality-audits-can-help/#:~:text=Bad%20data%20costs%20U.S.%20companies%20an%20estimated%20%243.1%20trillion%20per,lost%20productivity%2C%20ineffective%20marketing%20campaigns>.

BARBIERI, Carlos. Governança de Dados: Práticas, conceitos e novos caminhos. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

<https://capitaldigital.com.br/sai-o-acordao-do-tcu-que-obriga-orgaos-federais-a-se-adequarem-a-lgpd/>

<https://cloud.google.com/learn/what-is-data-governance?hl=pt-br#:~:text=Governan%C3%A7a%20de%20dados%20significa%20definir,de%20dados%20est%C3%A3o%20sob%20governan%C3%A7a.>

<https://insidebigdata.com/2022/06/05/bad-data-costs-u-s-companies-trillions-how-data-quality-audits-can-help/#:~:text=Bad%20data%20costs%20U.S.%20companies%20an%20estimated%20%243.1%20trillion%20per,lost%20productivity%2C%20ineffective%20marketing%20campaigns.>

<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-verifica-risco-alto-a-privacidade-de-dados-pessoais-coletados-pelo-governo.htm>

<https://www.capterra.com.br/blog/2153/lgpd-pme>

Metaverso e os desafios Jurídicos, de Compliance e Privacidade de Dados

Lidiane Leles P. Costa¹

1 – Introdução

O uso da Inteligência Artificial vem afetando profundamente a sociedade, setores como Saúde, segurança, educação, telecomunicações, agricultura, pecuária e o comércio de um modo geral são apenas algumas das indústrias já profundamente afetadas pelo uso da tecnologia.

Nesse ambiente pautas sobre realidade virtual e o mundo digital vem ganhando cada vez mais espaço no ambiente empresarial, principalmente após o anúncio em junho do ano passado pelo Marck Zuckerberg, da mudança do nome do Facebook para Meta e revelar detalhes sobre o seu novo projeto: a criação do Metaverso.

Conceitualmente o Metaverso é uma espécie de realidade paralela, ou até mesmo de ficção, representada por espaços virtuais 3D onde é possível vivenciar experiências de imersão, com o objetivo de reproduzir a sensação da vida real.

Trata-se, portanto, de um novo mundo virtual no qual as pessoas criam seu próprio avatar, que pode conter a forma humana ou de um animal e realizar diversas atividades do mundo real inclusive estabelecendo negócios jurídicos, criando e adquirindo propriedades, firmando contratos, realizando compras para o dia a dia, podendo ainda trabalhar em diversas áreas e desenvolver as tarefas e atividades cotidianas nesse ambiente.

Previendo o crescimento do metaverso e buscando sair à frente nesse universo empresas como Google, Balenciaga, Gucci, Stella Artois, Lojas Renner, Nike, Boca Rosa já possuem bases comerciais e de relacionamento no metaverso,

¹ Advogada Especialista em Direito Empresarial, Compliance, Direito Digital, Privacidade e Proteção de Dados e Data Protection Officer. Coordenadora do Grupo de Trabalho sobre a LGPD da Comissão de Estudos de Compliance da OAB/SP. Pós- Graduada em Contratos Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Processual (Cível e Penal), Máster em Gestão e Business Law pela FGV. Fundadora da ANADD. Fundadora da Comunidade Mulheres da LGPD.

sendo que a Samsung e Hyundai, já realizaram inclusive feiras de emprego dentro da plataforma.

Assim à medida que o Metaverso vai se tornando realidade e ganhando força no mercado empresarial as questões sociais, políticas, econômicas e até culturais demandam discussões e conseqüentemente surge a necessidade de regulamentação jurídica e de uso do Compliance empresarial para trazer o uso adequado e seguro dessas plataformas digitais.

Nesse cenário diante da rápida popularização dessas plataformas digitais, problemas que demandam resolução dentro e fora da plataforma, como a regulamentação dos profissionais que trabalham dentro do metaverso, a possibilidade de ocorrência de condutas ilícitas ou em desconformidade ou até mesmo de práticas como assédio, de suborno, vazamento de dados, responsabilização pelas ações de terceiros, direito do consumidor dentre outras questões ilegais ou antiéticas que demandam uma rápida atuação do jurídico ou do Compliance de forma imediata.

Assim, buscaremos abordar alguns dos diversos desafios jurídicos e do Compliance empresarial impostos pelo metaverso e por essa nova forma de nos relacionarmos no mundo digital, uma vez que todos os ramos do nosso sistema jurídico, poderão ser diretamente afetados e carecerão de mudanças ou adaptações.

1 – Os Desafios Jurídicos impostos pelo Metaverso

Por tratar-se de um ambiente digital e ainda em desenvolvimento quando pensamos em regulamentação ou estabelecimento de limites legais dentro da plataforma, a principal questão a ser tratada é o fato do Metaverso tratar-se de um ambiente digital em que pessoas de diferentes países podem interagir em um mesmo ambiente, podendo então ser extremamente difícil estabelecer uma legislação única e eficaz, capaz de proteger todos esses indivíduos de diferentes nacionalidades mas pertencentes a um mesmo ambiente imersivo.

Teremos uma nova jurisdição? Será necessário criar leis aplicáveis apenas ao ambiente do Metaverso?

Ainda não há como prever se haverá uma legislação única ou se cada plataforma definirá suas regras, assim é de suma importância que as empresas já prevejam os dilemas éticos e de não conformidades que possam surgir pelo uso da nova tecnologia, criando assim políticas e ações para propagar a boa conduta inclusive no mundo digital.

Nesse sentido a atuação Estatal deverá necessariamente passar por uma atualização e renovação legislativa e em sua atuação para que consiga abordar questões que envolvam assuntos como tecnologia Block Chain, metaverso e que na maioria das vezes não foram previstas nas legislações fora do ambiente virtual.

Outro desafio da esfera jurídica diz respeito a regulamentação de questões de cunho privado tais como se dará a realização desses negócios jurídicos dentro do metaverso? Em nome de quem será realizado? Qual a validade jurídica dos contratos firmados nesse ambiente?

Para responder tais questionamentos seria necessário inicialmente definir se cada empresa poderia estabelecer suas regras ou se haveria uma regulamentação única, o fato é que será de extrema dificuldade o estabelecimento de uma legislação eficaz que atenda a usuários que estão em diversas localidades.

Já no âmbito trabalhista outro ponto que merece atenção é de como se dará a regulamentação das relações entre empresas e metatrabalhadores, as delimitações dos direitos e obrigações da empresa e do trabalhador bem como os riscos à saúde e segurança de quem trabalha nesse ambiente.

Em se tratando ainda dos desafios jurídicos a serem enfrentado outras questões necessitam ser discutidas para a utilização do metaverso como a responsabilização das empresas por ações de terceiros, o direito do consumidor tal qual temos hoje no Código de Defesa do Consumidor, como se darão as implicações penais, a propriedade intelectual dentro da plataforma e tudo que envolva questões contratuais.

Na esfera criminal será de extrema dificuldade a comprovação ou o processo de crimes ocorridos principalmente quando ocorrem ainda nessa fase de implementação da plataforma, quando nem a legislação nem as autoridades preveem e conhecem perfeitamente seu funcionamento.

A verdade é que são inúmeros os desafios jurídicos a serem enfrentados para tentarmos criar um ambiente seguro e que prevejam todas as obrigações e implicações legais para uso desse ambiente virtual.

2 – Compliance no Metaverso

Tendo em vista as diversas relações estabelecidas no metaverso o uso das práticas de Compliance nesse ambiente se torna de fundamental importância, em especial para tratarmos de assuntos como corrupção, assédio moral e sexual no ambiente virtual, fraude dentre outras tantas condutas que possam estar em desconformidade legal ou ética.

O metaverso pode acentuar os riscos de assédio moral e até mesmo sexual neste ambiente virtual, tendo em vista que nessa realidade as informações circulam em velocidades muito mais rápidas e que de se forma potencializa a possibilidade de anonimato do assediado, podendo ainda estimular as práticas discriminatórias de gênero e raça.

Prova disso é que no mês de maio do presente ano foi relatado um caso de violência dentro do metaverso, o qual foi denunciado pela organização SumOfUs, envolvendo um avatar feminino de uma pesquisadora britânica, que relatou que dois avatares masculinos aproximaram dela e fizeram comentários obscenos.

Como forma de evitar tais situações a Meta e a Microsoft já se viram obrigados a aplicar uma forma de proteção, determinando que os avatares mantenham distância de ao menos um metro de distância.

Além de temas como anticorrupção, assédio e comportamento ético, deverão ainda ser tratados temas como vedação a preconceito e discriminação, segurança da informação e propriedade intelectual levando em conta o uso da plataforma, devendo, portanto, resultar em revisões de políticas internas e código de conduta de colaboradores e usuários.

Sendo assim, é de suma importância que os profissionais da área de Compliance estudem e conheçam profundamente esse novo ambiente digital, determinando assim que a cultura da empresa represente a visão e os valores da empresa também no ambiente virtual.

Cabe assim aos profissionais de Compliance promover o fortalecimento de uma conduta ética dos profissionais daquela empresa também dentro da plataforma, devendo ter detalhado os riscos e integridade que poderão advir dessas interações, com a apresentação dos planos de ação para dar respostas a esses eventos, realizando treinamentos a esses profissionais sobre o correto uso e limites de agir dentro do metaverso.

3 – A Lei Geral de Proteção de Dados no Metaverso

Com a utilização de novas tecnologias em especial o Metaverso, a coleta de dados pessoais se torna cada vez mais rápida e em maior quantidade.

Nessa nova rede os avatares reproduziram suas atividades tal como se estivesse no mundo real, estabelecendo dentre outros relacionamentos profissionais, comerciais ou institucionais.

Nos termos do artigo 7º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) deverão ser coletados somente os dados necessários para cada finalidade e sendo a atividade de tratamento, enquadrada em uma base legal de tratamento.

Assim a referida norma disporá do tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica, devendo, portanto, a aplicação da LGPD deverá obrigatoriamente ser submetida a plataforma do Metaverso, nos termos do artigo 1º da Lei nº 13.709/18.

Nesse sentido questões devem ser debatidas na esfera da LGPD para uso do metaverso, merecendo discussões sobre quem é a pessoa natural no ambiente do metaverso e quem é o controlador de dados, uma vez que as relações econômicas e institucionais estabelecidas nesse ambiente, são realizadas através de dados pessoais do criador do avatar, sendo, portanto, protegidas pela LGPD.

Levando em consideração a LGPD caberia a pessoa que capta os dados do avatar para uso em sua atividade econômica ou institucional o papel de controlador no mundo virtual, e estando diretamente obrigados a aplicabilidade dos termos da LGPD. Assim, agindo na plataforma com finalidade econômica ou na tutela de interesse público, com coleta e tratamento de dados pessoais, tanto a pessoa

jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, quanto a pessoa natural, podem ser considerados controladores.

Verifica-se assim que o desenvolvimento de serviços e produtos nesse universo virtual envolverá um grande volume de dados devendo tal tratamento ser pautado na ética e na transparência, sendo essencial que as empresas que decidirem entrar para essa nova realidade realize o treinamento de colaboradores para zelar por esses dados, mantendo a transparência e a integridade ao acessar qualquer dado pessoal e investir em segurança da informação para evitar incidentes como ataques hackers e vazamento de dados dentro da plataforma.

4 – Conclusão

Em que pese diversas marcas e usuários já terem adotado o metaverso e estarem navegando nesse novo mundo virtual, acreditando tratar-se do futuro dos negócios, a verdade é que se trata de um ambiente que apresenta riscos e grandes desafios para as áreas jurídicas e de Compliance das empresas, necessitando de discussões e diversas regulamentações para tornar o ambiente mais seguro.

Desde problemas relacionados a possíveis crimes cometidos dentro da plataforma, riscos de privacidade e proteção de dados, falta de regulamentação jurídica para as relações estabelecidas até ocorrências de assédio moral e sexual precisam ser discutidos e regulamentados para trazer maior segurança as empresas e aos usuários, evitando assim que se torne um ambiente sem lei.

O Metaverso já é uma realidade e todos nós devemos nos preparar para esse novo mundo virtual, mas há a premente necessidade de se estabelecer relações éticas e com proteção jurídica, mediante normas de Compliance Empresarial e de proteção de dados para o correto uso da plataforma evitando assim condutas ilegais ou antiéticas que tragam riscos a vida e a segurança dos usuários.

Referências

CAGNINA, Maria Rosita; POIAN, Michele. How to Compete in the Metaverse: The Business Models in Second Life. Working Paper No. 01-2007, University of Udine, Italy. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1088779>. Acesso em: 02 novembro de 2021

CARLOTO, Selma. Revista LTR, maio de 2022. Assédio "cibernético" e "virtual" nas relações de trabalho.

OHL, Uta. The Rule of Law, Jurisdiction and the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 12, n. 3, p. 365-376, p. 375.

Prevenção à Lavagem de Dinheiro no Mercado de Criptoativos – Estamos Preparados?

Jessyka Santos²

O sistema financeiro global está passando por uma mudança significativa de comportamento. O surgimento da tecnologia *Blockchain* possibilitou a movimentação de recursos financeiros de forma descentralizada, ou seja, sem a intermediação de terceiros. Desta forma, temos visto a rápida expansão das operações com ativos virtuais no mundo.

A oferta de produtos e serviços por meio de um sistema descentralizado permite aos usuários maior autonomia na gestão de suas finanças, facilita a execução das operações e reduz os custos de transação, além de contribuir para a diversificação da carteira de investimentos e ser um meio de proteção patrimonial contra a inflação. Apesar disso, por outro lado, apresenta maiores riscos de fraude, evasão de divisas, evasão fiscal, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Por essas razões, organismos internacionais como o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, Fundo Monetário Internacional – FMI, Comitê de Supervisão Bancária da Basileia – BCBS, entre outros, têm acompanhado de perto o comportamento e o amadurecimento dessa nova economia.

As preocupações decorrentes do uso indevido desses ativos exigem uma resposta rápida dos Estados para garantir, entre muitas questões, que tais produtos e serviços não sejam uma rota alternativa ao crime. No Brasil, encontra-se em votação o Projeto de Lei – PL 4.401/2021, que aguarda análise final na Câmara dos Deputados e se caracteriza como marco regulatório para o mercado de criptoativos. Uma das linhas do projeto é propor diretrizes para a prestação de serviços de ativos virtuais, bem como a regulamentação do funcionamento das empresas que prestam esses serviços. As apostas são de que o Banco Central do Brasil regulará esse mercado, e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM conforme foi divulgado no Parecer de Orientação nº 40 de 11 de outubro de 2022, regulará no que diz respeito ao mercado de capitais.

² Advogada, pós-graduada em Compliance pela Fundação Getulio Vargas – FGV/SP, membro do grupo de trabalho Governança e Compliance na Criptoeconomia – Comissão Especial de Compliance da OAB/SP.

Tanto a CVM quanto o Bacen demonstraram estar atentos ao desenvolvimento do mercado de criptoativos, não apenas em território brasileiro, mas também na movimentação do mercado em outros países. Em recente apresentação do Bacen, foram expressas preocupações sobre a estabilidade do sistema financeiro, vulnerabilidades de ataques cibernéticos, problemas de conduta, evasão fiscal e falta de controles no que diz respeito à prevenção à lavagem de dinheiro e ao combate ao financiamento do terrorismo.

Considerando o Banco Central como um dos reguladores do mercado, não sabemos ao certo se este exigirá o cumprimento de sua atual regulamentação sobre prevenção à lavagem de dinheiro, a saber, Carta-Circular nº 3.978/2020³ ou se emitirá um regulamento adequado à realidade dessas operações. Por se tratar de um mercado relativamente novo, dinâmico e ainda pouco compreendido, a emissão de um texto exclusivo e sensível às particularidades do negócio certamente trará resultados mais positivos para o setor e seus usuários.

Caso o Banco Central opte por exigir o cumprimento da referida circular, as corretoras de ativos virtuais podem enfrentar alguns desafios em termos de *compliance*, uma vez que as medidas exigidas fazem parte dos esforços do Banco Central para cumprir as normas internacionais de combate aos crimes financeiros e, portanto, trata-se de um texto amplo e complexo.

Neste sentido, os desafios são muitos, a começar pelo número de requisitos a serem observados pelas instituições autorizadas. Podemos destacar a realização imprescindível da avaliação interna de risco, os KY(s) procedimentos para conhecer seus clientes, parceiros, fornecedores e colaboradores, mecanismos de verificação de Pessoas Politicamente Expostas e seus relacionados – PEPs, identificação de beneficiários finais e a necessidade de se ter uma estrutura adequada para monitorar e gerenciar os riscos inerentes ao negócio.

A estruturação do Programa de Prevenção à Lavagem de Dinheiro requer comprometimento, governança e investimento do setor. Comprometimento com a

³ São Paulo. Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v1_O.pdf. Acesso em: 01/10/2022 às 14:26.

execução dos controles, tendo em vista a rapidez com que a inovação de produtos e serviços facilita a ação dos lavadores de dinheiro, Governança para assegurar a efetividade do programa e a sustentabilidade do negócio e Investimento para garantir a manutenção adequada dos recursos humanos, tecnológicos e financeiros. Cabe esclarecer que o custo de implementação de um programa pode ser significativamente alto e inviabilizar a permanência de corretoras menores no mercado ou até mesmo desestimular a concorrência. Dessa forma, o regulador também terá um desafio, pois precisará proteger o sistema sem prejudicar seu crescimento.

À primeira vista, é possível perceber que há uma movimentação por parte de algumas exchanges de criptoativos quanto ao tratamento do tema, mas a falta de regulamentação limita os deveres de atuação. Desta forma, é vital para a estabilidade do mercado que todos os participantes estejam preparados, seja o regulador para apresentar diretrizes que compreenda as especificidades do setor, as corretoras que devem estar atentas às boas práticas de mercado e a melhoria contínua de seus programas, ou os usuários que possivelmente serão confrontado com a solicitação de informações e documentos cruciais para o funcionamento dos mecanismos de prevenção.

Em suma, é indiscutível que o combate à lavagem de dinheiro no mercado de criptoativos é desafiador em sua essência, portanto, esforços conjuntos das exchanges e do futuro órgão regulador serão necessários para encontrar um equilíbrio entre mecanismos eficientes de prevenção e o desenvolvimento saudável das corretoras. Assim, será preciso um olhar cauteloso para que o tema em discussão não seja negligenciado em detrimento da capacidade de inovação do setor.

O processo investigativo na Prevenção à Lavagem de Dinheiro e Combate do Financiamento ao Terrorismo

Camila Emily de Carvalho¹

O conceito de lavar dinheiro de forma sumária transmite a ideia popular de tornar o que é sujo, algo limpo.

A história de *Alphonse Gabriel Capone*, conhecido como “Al Capone” justifica a fama deste termo que, no decorrer dos anos tem se popularizado e principalmente, trazendo para população o conceito deste crime que fatidicamente corrompe e destrói nossa Sociedade.

A promulgação da Lei 9.613/98 trouxe luz para os profissionais de direito, pois, foi a partir dela que o Brasil ratificou sua preocupação com a Lavagem de Dinheiro, tendo em vista, o cumprimento de seu papel a nível mundial no combate e prevenção deste delito.

A partir disso, com as alterações da Lei 12.683/12 a persecução penal dos crimes relacionados a Lavagem de Dinheiro ficou mais abrangente, pois, nesta alteração a qualificação e penalização dos crimes antecedentes torna este crime acessório, considerando por exemplo, o tráfico de drogas, como um crime anterior a lavagem.

O crime de terrorismo caminha paralelamente à lavagem de dinheiro e é por isso, que nas Instituições Financeiras a prevenção deste delito está interligada.

E como prevenir de forma eficaz e eficiente estes crimes?

Avaliar e analisar os perfis é o início desta prevenção. É obrigação regulamentar identificar, qualificar e classificar todos os perfis de relacionamento, sendo no início ou na manutenção. É a partir deste critério inicial que é possível identificar as atipicidades e prosseguir com as tratativas junto aos Órgãos Reguladores.

Mitigar os perfis é maneira de proteger o sistema financeiro e assegurar que as missões institucionais estão sendo cumpridas a rigor, por este motivo o Banco

1

Central do Brasil (Bacen), Comissão de Valores Imobiliários (CVM) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) regularam, mapearam e trouxeram para as Instituições Financeiras, as necessidades que cada perfil econômico deve adotar para que as diligências sejam realizadas.

É por isso que os perfis de KY (vindo do termo em inglês: *Know your*) conhecido também como “Conheça Seu...” são abordados no início do relacionamento e nas atualizações cadastrais, pois, a importância de conhecer quem está do outro lado é de suma relevância, porque é assim que a prevenção é feita.

E você sabe o que significa cada um desses “KY”? O termo Ks é abordado por *Compliance* e aqui você vai entender o que cada um significa:

Eles são classificados em 4 perfis, sendo: (i) O processo de conhecer clientes (*know your customer* ou KYC), (ii) conheça seu funcionário (*know your employee* ou KYE), (iii) conheça seu parceiro (*know your partner* ou KYP) e (iv) conheça seu fornecedor (*know your supplier* ou KYS).

Existe também outra sigla utilizada no mercado financeiro para identificar, qualificar e classificar seus produtos e serviços, chamado também de KYPS.

É importante destacar que à análise e classificação do risco é feita para mitigar eventuais problemas ou não conformidade e de forma alguma tem cunho discriminatório com os perfis.

O papel investigativo traz para a Sociedade a segurança para trabalhar em um sistema financeiro saudável e equalitário. Cumpre o papel de demonstrar para as autoridades que as diligências estão sendo realizadas e principalmente demonstra rotineiramente a intenção de estar sempre atualizado para assegurar uma abordagem baseada em risco eficiente e a tomada de decisão na aprovação e manutenção do relacionamento.

Além disso, cabe destacar que a modernização sistêmica vem auxiliar e muito nos procedimentos investigativos, pois, são através deles que se pode analisar e calcular os riscos, conhecer os perfis, obter a coleta de informações necessárias para uma análise coerente e eficiente.

Alinhado à procedimentos de análise, parametrização sistêmica e estudo preliminar, a conclusão das investigações visa auxiliar as autoridades nacionais somatizando as informações sobre os riscos identificados.

Ademais, este papel é importante também para medir satisfatoriamente como o mercado financeiro tem adotado e cumprido as exigências regulamentares.

A prevenção à lavagem de dinheiro se encarrega como o nome já diz, de prevenir ou de combater os crimes financeiros, reportando aos reguladores as informações necessárias para que eles compreendam e identifiquem os riscos e perfis atípicos.

Do processo investigativo e as comunicações ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF

O COAF foi criado em 03 de março de 1998 pela Lei 9.613. Ele foi criado para fiscalizar e regular as Instituições ou perfis que não estivessem enquadrados nos órgãos reguladores citados no início deste artigo.

O COAF esteve até 2020 sob a hierarquia do Ministério da Fazenda e foi reestruturado pela Lei 13.974/20 que o vinculou administrativamente ao Banco Central do Brasil.

O papel do COAF junto as Instituições Financeiras e alinhado de forma maestral aos órgãos reguladores, traz ao sistema financeiro nacional, segurança e solidez.

O COAF é responsável por receber e analisar as denúncias realizadas por todas as Instituições Financeiras no Brasil e é a partir desta ação que são instaurados procedimentos que o órgão julgar necessário, chamados também como processo administrativo sancionador, o PAS.

As Instituições Financeiras comunicam ao COAF sobre as condutas e ações realizadas pelos clientes a partir de critérios estabelecidos com os órgãos reguladores, recapitulando, a abordagem baseada em risco. As comunicações podem ser feitas de duas formas: (i) objetiva – que é quando um saque é realizado de forma superior ao estabelecido no mercado ou (ii) subjetiva – quando a Instituição observa possível comportamento atípico do relacionado. Identificando estes perfis, a

Instituição realiza pelo Siscoaf (canal de comunicação do COAF) as “denúncias” que, também podem ser realizadas de boa-fé, ou seja, de maneira a proteger a Instituição de possível perfil incomum de uma pessoa física ou jurídica.

O papel investigativo nas Instituições é de suma importância para que os órgãos Reguladores e Fiscalizadores possam atuar de forma objetiva, precisa, clara e justa para que os crimes financeiros sejam descaracterizados em seu início ou quando na tentativa de camuflar a ilicitude do fato, a ação de informar as autoridades seja eficaz e rápida.

No site do COAF é possível identificar a volumetria de comunicações realizadas pelas Instituições anualmente e de maneira crescente observamos que esta ação tem se tornado cada vez maior com o passar dos anos, o que prova que o papel da prevenção está sendo seguido pela grande maioria.

Como guardiões do Direito temos a missão lutar pelo certo e pela justiça e principalmente, trabalhar para que a cada dia, mais um dia de conscientização seja semeado aos familiares, amigos e a toda população e os crimes acessórios a lavagem de dinheiro sejam descobertos e penalizados, para que assim, tenhamos um país e um mundo no futuro mais justo, consciente e correto.

O programa de *compliance* e a *due diligence*: a importância dos mecanismos de gestão de risco de terceiros

Pedro Henrique Hernandes Argentina¹

Introdução

O Brasil tem cada vez mais se preocupado em estar em conformidade. Apesar do assunto já ser abordado em países estrangeiros muito antes, como por exemplo a lei americana *Foreign Corrupt Practices Act*, que tem como ponto principal o combate ao suborno, no Brasil, o assunto tornou-se uma preocupação maior com os escândalos da Operação Lava Jato.

Neste sentido, as empresas buscam estruturar e implementar um programa de *compliance* efetivo, o que significa ter um programa que realmente funcione e não seja apenas um programa de papel, conforme caracteriza o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DoJ).

Um programa de integridade efetivo consiste na implementação de mecanismos e ferramentas que visam prevenir, detectar e remediar as práticas ilícitas; e quando não for possível evitar, que o correto tratamento e mitigação sejam aplicados. A cultura de integridade tem como objetivo fazer com que a empresa siga e mantenha suas práticas alinhadas aos conceitos éticos, morais e, sobretudo, legais. A empresa precisa seguir aquilo está previsto no ordenamento jurídico, mas precisa, também, seguir os padrões estipulados em seu código de conduta e regulamento interno.

Para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), é através de uma cultura de *compliance* que (2016, p. 09), “os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação”.

¹ Bacharel em direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Pós-graduado em direito corporativo e *compliance* pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-graduando no MBA em gestão estratégica das organizações pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Advogado. (E-mail: pedro.sano@hotmail.com).

Para que a cultura de compliance seja aplicada de maneira concreta, mecanismos que estruturam o programa devem ser desenvolvidos e colocados em ação, cada empresa deve implementar estes mecanismos de maneira que melhor correspondam a realidade enfrentada pela empresa e devem, também, manter estes mecanismos sempre atualizados.

O compliance é um organismo vivo dentro da empresa e não deve estagnar. A partir do momento que é implementado, deve ser difundido por toda a instituição. A cultura de integridade deve caminhar com a empresa, sofrendo atualizações quando necessário.

Dentre estes mecanismos e ferramentas, estão os canais de denúncia, treinamentos, auditorias, entre muitos outros, o foco aqui será sobre a *due diligence*, também conhecida por diligência prévia ou diligência devida.

Mecanismos da *due diligence*: gestão de terceiros

A diligência prévia é uma importante atividade que compõe os pilares do compliance, tendo em vista que atua no sentido de prevenção aos riscos, já que funciona em um cenário anterior ao desfecho de uma contratação, seja com uma pessoa jurídica ou pessoa física. Por exemplo, um fornecedor ou funcionário.

Sobre a definição do termo *due diligence*, afirma Camila Chizzotti, para o Estadão (2022), que “esse termo envolve um processo de análise mais profundo, já que possui um viés investigativo, no sentido de se identificar eventuais riscos que possam estar envolvidos em uma determinada operação de negócios”.

O Decreto nº 11.129/2022 – que revogou o anterior Decreto nº 8.420/2015 – traz de forma explícita esta função tríplice do programa de integridade, que deve ter a premissa de “prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos”. Neste sentido, o *background check* de terceiros é um forte aliado no combate preventivo de problemas que uma empresa pode enfrentar se tiver relação com partes externas que causem algum dano.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sobre a necessidade de realizar a *due diligence* é porque (2018, p. 16) “algumas operações de negócios, produtos e serviços são inerentemente arriscados,

porque provavelmente causarão, contribuirão ou estarão diretamente ligados a impactos adversos”.

Ainda de acordo com o decreto supracitado, o artigo 57 aborda em seus incisos a implementação de um mecanismo de *due diligence*, definido como “diligências apropriadas, baseadas em risco”. Bem como elenca a situação e pessoas sobre quais devem ser feitas, sendo elas: terceiros, pessoas politicamente expostas (PEP) e para relações de patrocínios e doações.

A diligência prévia consiste em uma análise de diversos pontos relevantes e elaborados de acordo com a necessidade da empresa, que quando identificados, podem ser considerados como *red flags*. Esta “bandeira vermelha” será relevante se algum ponto no escopo da pesquisa apresentar algum resultado que necessite de maior verificação, pois pode ser algo que prejudique a empresa contratante. É uma verificação de que está sendo firmada relações entre partes íntegras, que não cause dano para a imagem da empresa; uma confirmação de consonância com os padrões éticos, morais e legais que a empresa contratante busca preservar, analisando e prevenindo dos potenciais riscos externos trazidos por estes agentes externos.

A pesquisa de uma diligência prévia é baseada em uma série de questionamentos que ao final, definem o risco da empresa ou da pessoa física pesquisada. Este *background check* pode ser realizado por meio de diversas fontes que verifiquem os impactos adversos, inclusive base de dados particulares, que apontem, por exemplo, *score*, pendências financeiras, localidade que o terceiro já esteve, outras empresas e suas sociedades. Todavia, grande parte do escopo da pesquisa é composta por resultados presentes em plataformas públicas. A título de exemplo, pesquisas no Portal da Transparência, Conselho Nacional de Justiça, portal Tribunal de Contas da União, Ibama, doações políticas divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral; dentre vários outros tópicos que podem compor uma pesquisa de *due diligence*, a depender da necessidade de cada empresa.

Conforme os resultados apresentados nas pesquisas, será definido o risco que aquela relação pode causar, apontando desta forma, também, a presença de algum ponto de alerta que necessite ser verificado de forma mais aprofundada e detalhada. Após uma análise minuciosa, a empresa pode decidir pela contratação ou não do terceiro.

Considerações finais

Não raramente a mídia, que hoje com as redes sociais se disseminam de forma muito rápida, vemos notícias de empresas que foram expostas de forma negativa, por inúmeros motivos. Um impacto adverso pode destruir a imagem de uma empresa, causando danos que podem demorar muito tempo para ser esquecido ou até mesmo mitigado.

Por este motivo, a cultura de compliance está em ascensão; as empresas querem manter um programa de integridade efetivo e que supra as necessidades reais da instituição. O compliance de fachada vai dando lugar a um compliance real, com preocupações sólidas de integridade. E, para que seja efetivo, deve ser elaborado sob medida para a empresa, de forma a refletir o cenário verídico em que está sendo implementado.

Neste sentido, o mecanismo de *due diligence*, segundo a LEC (2019), “geralmente está orientado para iluminar as zonas de incerteza sobre cenários e operações empresariais, minimizando riscos e rastreando oportunidades”.

A função de prevenir os riscos vem se consolidando no mercado, no sentido de que ferramentas preventivas estão sendo estruturadas e aplicadas para fazerem efeitos, por este motivo, enfatiza-se a importância da *due diligence* nos programas de integridade.

Uma empresa que almeja manter e cultivar seus padrões éticos, morais e legais, precisa zelar, também, pelas relações externas que se propõe. Ou seja, é preciso cuidar das movimentações internas; todavia, é inevitável a relação com terceiros em um mundo que caminha cada vez mais globalizado e por isto, é necessário analisar cautelosamente os pontos que envolvam estes terceiros. É preciso analisar se as relações alcançam os níveis de integridade esperados.

Referências

BLOG LEC. **Due Diligence: entenda o que é e quais são as suas aplicações.** LEC, 05 de setembro de 2019. Disponível em <<https://lec.com.br/du-diligence-entenda-o-que-e-e-quais-sao-as-suas-aplicacoes/>>. Acesso em 16 de nov. de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11129.htm>. Acesso em 12 de nov. de 2022.

CHIZZOTTE, Camila. **Due Diligence: mitigação de riscos e fortalecimento da cultura organizacional**. Estadão, São Paulo, 09 de maio de 2022. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/du-diligence-mitigacao-de-riscos-e-fortalecimento-da-cultura-organizacional/>>. Acesso em 16 de nov. de 2022.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Compliance**. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Acesso em 04 de nov. de 2022.

OCDE (2018), **Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável**. Disponível em <<https://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>>. Acesso em 04 de nov. de 2022.

U.S. Department of Justice. **Principles of federal prosecution of business organizations**. Disponível em <<https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>>. Acesso em 01 de nov. de 2022.

Canais de denúncias e investigações no programa de compliance

Paloma da Silva Aguiar¹

1. Introdução

De pronto, vale pontuar o que significa a palavra Compliance. Na língua inglesa, o termo Compliance vem do verbo “to comply” e emana o significado de “cumprir”, “obedecer” ou “estar em conformidade com”. Desta forma, se mostra válido destacar que o chamado Compliance, pode ser utilizado em diversas áreas do Direito e conta com a finalidade de minimizar riscos, além de proporcionar maior segurança às empresas/instituições que o aplicam diariamente, sendo certo que todos os envolvidos, tanto internamente, quanto externamente, devem conter acesso a atos, leis, normas e regimentos, para que então possam efetivar o cumprimento de todos esses, na prática, e não somente na teoria.

Assim sendo, para implantar um programa de Compliance, é imprescindível que este proporcione subsídio institucional/empresarial aos colaboradores em geral, desde a alta direção até o nível operacional, com o fim de que todos esses envolvidos possam focar, tanto no efetivo cumprimento da missão existente dentro da instituição/empresa, quanto no efetivo cumprimento dos valores internos, que devem manter um alinhamento com legislações, regimentos, normas, dentre outros.

Esta implantação, por sua vez, acarreta em inúmeros benefícios às instituições/empresas, pois trabalha na redução de incidências de fraudes e desconformidades, além da redução de eventuais desvios de recursos e na probabilidade da aplicação de sanções aos seus colaboradores por eventuais atos praticados, que estejam em desconformidade com os valores institucionais/empresariais. Portanto, deve-se priorizar o monitoramento deste programa quando já implantado, para que se observe toda a revisão necessária,

¹ Bacharela em Direito pela FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela EPD – Escola Paulista de Direito. Formada no Curso de Formação em Direito Médico pelo Instituto Paulista em Direito Médico e da Saúde. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra – Portugal. Membro da Comissão Especial de Compliance, bem como da Comissão de Direito Médico e da Saúde, ambas da OAB/SP. Autora de artigo no Livro “*Temas Atuais de Compliance*”, publicado pela ESA OAB SP, em dezembro de 2021, junto à Amazon.

evitando assim quaisquer falhas, ou seja, atuando na prevenção, na ação e na detecção, sendo esta última, o foco deste artigo, com base então, na criação de canais de denúncia, no *due diligence*², dentre outros.

2. Os principais pilares do Compliance

A eficácia, tanto na implantação, quanto na manutenção de um programa de Compliance, é movida pela adoção de inúmeras condutas éticas e transparência, isso sem contar que todos os envolvidos devem compreender a importância do mesmo e o praticar, o que inclui, neste enfoque, os principais pilares do Compliance, sempre com o objetivo final de cumprir com o todo. Quais sejam:

– Gestão de Riscos; Políticas e Procedimentos; Treinamento e Comunicação; Gestão de Terceiros; Canais de Denúncia; Investigação e Auditoria; Desenvolvimento de planos de ação corretiva; Monitoramento; e Engajamento da alta direção.

2.1 Canais de denúncias e investigações no Programa de Compliance

O canal de denúncias é considerado um meio de comunicação, em que pessoas de dentro ou fora da organização empresarial, podem denunciar irregularidades e diversos outros temas correlacionados. Um Comitê de Ética ou uma Ouvidoria de dentro desta organização, recebe as denúncias, o que pode ocorrer, via telefone residencial, comercial, celular, e-mail, sistema próprio montado ou outras efetividades de atendimento.

Se a instituição/empresa não conta com qualquer canal de denúncia que seja, será necessária a criação de um ou vários canais, levando-se em conta de que todos devem ser efetivos, além de bem compreendidos por todos os envolvidos, desde a alta direção até o nível operacional. Destaca-se que alguns envolvidos não

² “O termo em inglês *due diligence* pode ser traduzido para o português como *diligência prévia* ou *diligência devida*, que teve origem no mercado de valores imobiliários norte-americano na década de 1930. (...) A *diligência prévia* compreende um conjunto de atos que objetivam investigar uma empresa, antes da realização de transações, de fusões, de aquisições e da escolha dos fornecedores. A *due diligence* é um dos pilares do *compliance*, que busca identificar e avaliar a oportunidade de negócio. Brevemente, a *due diligence* se refere a busca de informações sobre uma empresa. (...)”. Definição contida no sítio eletrônico do Instituto de Direito Real. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/du-diligence-e-compliance>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

utilizariam este canal de denúncia se tivesse que incluir o seu nome como assinatura ou informante, e, por isso, é importante que o canal, seja o já existente, seja aquele criado, mantenha o anonimato, para que o denunciante fique à vontade para dialogar ou relatar qualquer ocorrência de corrupção, furto, roubo, coação, perseguição, assédio moral, assédio sexual, dentre outros.

No âmbito trabalhista, por exemplo, a política de Compliance com a abertura deste canal de denúncias, abrange diversos temas, sendo os mais frequentes/comuns³: assédio moral, corrupção, condutas discriminatórias e antissindicais, além do relacionamento entre gestores, colaboradores e prestadores de serviços. Assim sendo, se tais questões são devidamente tratadas e investigadas, pode-se haver redução do passivo trabalhista, sendo efetivamente o que se espera como principal na área trabalhista.

Ora, mas a simples denúncia já traria resultados drásticos ou severos ao denunciado? Não, haja vista a importância de uma plena abertura de investigação, justamente para que a instituição/empresa possa apurar o ocorrido denunciado. O ideal, é que investigações sejam realizadas dentro da instituição/empresa com uma periodicidade plausível, pois esta última poderá averiguar denúncias realizadas, interna ou externamente, assim como poderá avaliar eventuais novos riscos, irregularidades, possibilidade de melhorias internas e se realmente todos os envolvidos estão respeitando, se comprometendo e cumprindo o programa implantado, e, conseqüente, em andamento.

As investigações internas devem ser conduzidas por profissionais com notória e comprovada capacidade técnica, de preferência, por um Compliance Officer ou até, se necessário, por um escritório especializado, por conta do envolvimento de temas sensíveis e/ou complexos, até para gerar uma sensação de neutralidade⁴. E, justamente para aqueles que entendem que uma investigação interna somente gera gastos e não benefícios, é que entraria o papel da prevenção e diminuição de diversos fatores dentro de uma organização empresarial.

³ Informação extraída do sítio eletrônico do Blog Canal de Denúncias. Disponível em: <https://canaldedenuncias.blog.br/afinal-o-que-e-compliance/>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

⁴ É possível identificar o passo a passo para investigações internas corporativas no sítio eletrônico da Legal, Ethics & Compliance – LEC. Disponível em: <https://lec.com.br/investigacoes-internas-o-passo-a-passo-de-um-pilar-fundamental-do-programa-de-compliance/>. Acesso em: 27 de setembro de 2022.

3. Conclusão

É certo que o tema trazido neste artigo é de extrema importância para diversas áreas do Direito, além de muito sensível, com a necessidade de ser avaliado em minúcias, até porque a cautela é sempre bem vinda, ainda mais em questões que deverão ser analisadas, compreendidas e executadas com respeito e atenção por todos os envolvidos, desde a alta direção até o nível operacional da respectiva instituição/empresa.

A criação e implantação de um programa de Compliance com os seus pilares necessários, deve ser mantida com cautela e atenção, para que se possível, se constatem novos riscos, irregularidades ou falhas, que mesmo que mínimos, devem ser tratados com seriedade, para evitar problemas muito maiores, que possam até envolver a parte judiciária em si, e para que tais constatações possam ser compreendidas e se possível, corrigidas imediatamente pela organização empresarial.

Por fim, e certo que os canais de denúncia podem tornar-se porta vozes da organização empresarial, pois com tais canais em andamento e sob a sua efetiva execução com o andamento e conclusão de investigações e realizações de auditorias, os envolvidos concluem e comprovam na prática, que o programa de Compliance vem sendo cumprido efetivamente por todos eles, internos e externos, como os prestadores e/ou tomadores de serviços da organização empresarial.

Referências

ALVIM, Tiago Cripa; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinto; CARVALHO, André Castro; VENTURINI, Otavio. *Manual de Compliance*. 3ª. Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Forense, 05.05.2021.

CANDELOORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º. Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 1ª. Ed. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Compliance trabalhista para além da CLT¹

Maria Lúcia Benhame Puglisi²

Andrea Gardano Bucharles Giroldo³

Quando se fala de *compliance* trabalhista – e vemos esse enfoque em várias obras, a abordagem é sempre o cumprimento do arcabouço legislativo mais comum, seja quando o texto aborda questões relacionadas à ética empresarial, seja quando se trata de direitos humanos.

Neste pequeno artigo pretende-se explorar para além do cumprimento das regras estabelecidas na CLT, leis, decretos, LGPD, etc., para além da tão importante questão dos assédios. O enfoque que se pretende dar tange ao *compliance* trabalhista relacionado às práticas em que ele tange a legislação concorrencial, quando a gestão de pessoas pode ajudar no combate e prevenção de fraudes. Para isso, será analisado, ainda que brevemente, a atuação dos departamentos de RH à luz da legislação concorrencial.

Embora seja de senso comum que o Direito é uno – ainda que dividido em diferentes ramos, também se sabe que existem pontos de intersecção em todas as áreas, e assim deve ser. A visão de um problema somente sob a ótica de um dos ramos do conhecimento legal pode, e quase sempre gera, decisões se não erradas,

¹ O título do artigo usa a “CLT” como sinônimo para o enorme arcabouço das normas trabalhistas: a própria CLT, leis esparsas, a LGPD, decretos, normas regulamentadoras, portarias, instruções normativas, instrumentos coletivos, precedentes dos tribunais, súmulas, orientações jurisprudenciais, etc..

² Graduada e pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdência Social na Faculdade de Direito – USP. Mestranda nel Máster Universitario de Derechos humanos democracia y globalización na UOC – Universitat Oberta de Catalunya. Cursos de extensão na Faculdade de Direito da FGV de Liderança Sindical Empresarial, em Gestão de Pessoas e Compliance Trabalhista e em Fusões e Aquisições – M&A. Curso de Arbitragem Trabalhista no PACE-AMCHAM. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas CNPQ/PUCRS "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Gilberto Stürmer. Membro do CIELO Laboral, da Comissão de Dir Sindical da OAB SP; Líder do GT de Compliance Sindical na Comissão de Compliance da OAB SP; vice-líder do Comitê de Gestão de Pessoas da Câmara de Comércio Espanhola. Diretora Presidente da APRES – Associação Paulista de Relações e Estudos Sindicais; Advogada. benhame@benhame.adv.br

³ Mestre em Direito dos Negócios pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas; Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Graduada pela Universidade Estadual de Londrina. Membro do CIELO Laboral e do Conselho Fiscal da APRES – Associação Paulista de Relações e Estudos Sindicais; Membro efetivo da Comissão de Compliance da OAB/SP; Membro do Conselho Jurídico do SindusCon-SP; Advogada; a.bucharles@smabr.com

incompletas e com riscos surgindo de outras áreas não examinadas ou sequer vislumbradas.

O departamento de Recursos Humanos (RH) em muitas empresas é o centro das decisões de gestão de pessoas, mas também, de outros assuntos, como os treinamentos dos conhecimentos internos em diferentes áreas da empresa, participação em negociações coletivas, análise de mercado, pesquisas salariais, estrutura de cargos e salários, dentre outras atividades.

E com tantos assuntos, é comum haver grupos de discussões mais ou menos informais em redes sociais como whatsapp, em e-mails, grupos de RH e outros.

Como então o RH deve ser precaver, para, nesses momentos, não ferir a lei trabalhista, mas também as normas legais em geral, especialmente, foco deste artigo, a concorrencial.

O assunto é tão importante, que mereceu um análise do Departamento de Justiça Americano que lançou um guia em 2016 sobre a atuação do RH nas práticas anticoncorrenciais⁴.

Em sua introdução tal importância é bem demonstrada:⁵

This document is intended to alert human resource (HR) professionals and others involved in hiring and compensation decisions to potential violations of the antitrust laws. The Department of Justice Antitrust Division (DOJ or Division) and Federal Trade Commission (FTC) (collectively, the federal antitrust agencies) jointly enforce the U.S. antitrust laws, which apply to competition among firms to hire employees. An agreement among competing employers to limit or fix the terms of employment for potential hires may violate the antitrust laws if the agreement constrains individual firm decision making with regard to wages, salaries, or benefits; terms of employment; or even job opportunities. HR professionals often are in the best position to ensure that their companies' hiring practices comply with the antitrust laws. In particular, HR professionals can implement safeguards to prevent inappropriate discussions or agreements with other firms seeking to hire the same employees⁶

⁴ <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>

⁵ Idem pág 1.

⁶ Em tradução livre: Este documento destina-se a alertar os profissionais de recursos humanos (RH) e outros envolvidos nas decisões de contratação e remuneração sobre possíveis violações das leis antitruste. A Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DOJ ou Divisão) e a Comissão Federal de Comércio (FTC) (coletivamente, as agências federais antitruste) aplicam conjuntamente as leis antitruste dos EUA, que se aplicam à concorrência entre empresas para a contratação de empregados. Um acordo entre empregadores concorrentes para limitar ou fixar os termos de emprego para potenciais contratações pode violar as leis antitruste se o acordo limitar a tomada de decisão individual da empresa em relação a remuneração, salários ou benefícios; condições de emprego; ou mesmo oportunidades de emprego. Os profissionais de RH

O objetivo do guia é o de mostrar ao RH como suas condutas, por vezes não planejadas, podem ferir a lei de concorrência como, por exemplo, quando profissionais fazem acordos para limitação salarial ou de benefício ou mesmo quando não contratam empregados das respectivas empresas, já que agindo assim, deixam as empresas fora desse acordo em posição de desvantagem, além de ferir o princípio constitucional da liberdade de trabalho, citando como principais atitudes consideradas irregulares:

- Fazer acordos com pessoas de outras empresas competidoras sobre empregados, salários ou termos de remuneração, seja em um nível específico ou dentro de uma faixa;
- Combinar com outras empresas competidoras de não contratar ex-empregados nem de buscar empregados dentro dos já contratados por empresas competidoras.

O mesmo documento cita vários casos de procedimentos e processos investigatórios contra empresas de diferentes ramos, resolvidos por acordos com as partes envolvidas nas ações, dentre os quais podemos citar: contra uma associação de empresas hospitalares no Arizona⁷ quando fixaram valores a serem pagos aos profissionais de enfermagem; e três processos contra empresas de tecnologia: e-bay e Intuit⁸; Lucas Film e Pixar⁹ e Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit, e Pixar¹⁰. Nos casos citados as empresas concordaram em não competir e não contratar empregados umas das outras.

O guia traz ainda algumas “red flags” para os RHs¹¹:

frequentemente estão na melhor posição para garantir que as práticas de contratação de suas empresas estejam de acordo com as leis antitruste. Em particular, os profissionais de RH podem implementar cuidados para evitar discussões ou acordos inadequados com outras empresas que procuram contratar os mesmos empregados.

⁷ <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>

⁸ <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>

⁹ <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>

¹⁰ <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>

¹¹ <https://www.justice.gov/atr/file/903506/download>

Em tradução livre: a) Acordar com outra empresa sobre salário de funcionários ou outros termos de remuneração, seja em um nível específico ou dentro de um intervalo de tempo. b) Acordar com outra empresa para se recusar a contatar ou contratar os funcionários dessa outra empresa. c) Acordar com outra empresa sobre os benefícios dos funcionários. d) Acordar com outra empresa sobre outras condições de emprego. e) Comunicar à concorrência que não se deve competir de forma demasiado agressiva pelos empregados. f) Trocar informações específicas da empresa sobre remuneração de empregados ou condições

Agree with another company about employee salary or other terms of compensation, either at a specific level or within a range.
 Agree with another company to refuse to solicit or hire that other company's employees.
 Agree with another company about employee benefits.
 Agree with another company on other terms of employment.
 Express to competitors that you should not compete too aggressively for employees.
 Exchange company-specific information about employee compensation or terms of employment with another company.
 Participate in a meeting, such as a trade association meeting, where the above topics are discussed.
 Discuss the above topics with colleagues at other companies, including during social events or in other non-professional settings.
 Receive documents that contain another company's internal data about employee compensation.

Como se observa, o *compliance* trabalhista atinge outras áreas, embora a lei concorrencial não seja objeto comum de estudo e análise.

Mas deve ser, já que o assunto não está restrito aos Estados Unidos.

No Brasil, as investigações nessa área são uma realidade, como a investigação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) sobre possíveis práticas anticoncorrenciais de Indústrias farmacêuticas.

No inquérito administrativo nº 08700.004548/2019-61¹² foram apuradas práticas que sugeriam indícios de infração à ordem econômica, praticadas por empresas da indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (healthcare). As práticas se relacionavam a acordos de fixação de remuneração; acordos de não contratação de trabalhadores (no-poach agreements); e trocas de informações concorrencialmente sensíveis. No inquérito estão relacionadas 37 empresas e 107 pessoas físicas como participantes da conduta.

As investigações apontam que as empresas atuavam de forma coordenada no estabelecimento dos acordos, trocando informações sobre salários, benefícios e demais condições contratuais.

de emprego com outra empresa. g) Participar de uma reunião, tal como uma reunião de associação comercial, onde os tópicos acima são discutidos. h) Discutir os tópicos acima com colegas em outras empresas, inclusive durante eventos sociais ou em outros ambientes não profissionais. i) Receber documentos que contenham os dados internos de outra empresa sobre remuneração de empregados.

¹² https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP0BgFJf0ZeYLFkG4046WXA9gb7ZZSnYIMCmFt6OgJhTm0y-TwSXSr8cjjxMDSQJyRn4CNpbJeVuEWLUHci02b

Caso o CADE conclua pela procedência dessas práticas, as penalidades a serem aplicadas poderão variar entre 0,1% a 20% do faturamento bruto das empresas, para além das implicações legais relacionadas às pessoas físicas envolvidas.

Além das penalidades, outras sanções podem ser impostas pelo CADE, como a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de licitações públicas por até 5 (cinco) anos, cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos, dentre outros.

Conclusão

A instituição de programas amplos de *compliance* pelas empresas, que também busquem incluir a atuação dos profissionais de recursos humanos e incluam medidas internas de autocontrole e autorregulação, identificando os riscos corridos pela organização e a probabilidade de ocorrência a fim de mitigá-los, identificando infrações e estabelecendo mecanismos de correção é a forma pela qual as empresas podem evitar situações que acarretem violações ao direito de concorrência e investigações pelo CADE. Por tal motivo, se mostra relevante trazer os holofotes do *compliance* trabalhista para além do cumprimento da legislação do trabalho, incluindo temas relacionados às questões que atingem o mercado de trabalho e o direito de concorrência.

Essas questões estão presentes inclusive nas negociações coletivas, quando a discussão de data-base é um ponto de grande cuidado na troca de informações, na definição e regras e até mesmo de tipos de acordos coletivos específicos que as empresas farão além da Convenção Coletiva.

As empresas devem estar atentas não só às informações eventualmente trocadas no ambiente de negociação, mas também às cláusulas que estabelecem os chamados “benefícios sociais”, porque a escolha de um prestador de serviços em detrimento de outros existentes no mercado que ofereçam o mesmo serviço a preços mais baixos poderá, eventualmente, caracterizar infração à ordem econômica.

Não se pretende, aqui, exaurir o assunto nem os exemplos possíveis, mas chamar a atenção das organizações quanto à necessidade de aprimoramento de seus programas de *compliance*.

Compliance nas relações de trabalho: a importância do fator humano, da diversidade e da inclusão

Daniela Lagreca¹

José Edilson Lira Júnior²

O ativo mais importante de uma empresa são seus colaboradores. É por meio destes que a organização progride e gera lucro resultando em um desenvolvimento sustentável. A pessoa jurídica responde objetivamente pela ação de seus gestores e colaboradores, seja na relação de emprego ou de trabalho, daí a importância de se estabelecer boas práticas nesse meio ambiente laboral.

Dentro de um cenário no qual a organização necessita de uma cultura de conduta ética e previsibilidade para a perenidade do negócio, há a obrigação de que todos os departamentos e lideranças da empresa estejam alinhados em fomentar essa cultura para que esse ecossistema seja saudável. A construção de uma conduta íntegra, se relaciona principalmente com o empenho de gestores e líderes em seu posicionamento, propagação e divulgação, para que seja demonstrada a relevância no universo laboral e para a coletividade como um todo.

Ademais, toda a cadeia de valor deve ser observada no processo de conscientização, isto é, os que têm relação de emprego, de trabalho, terceiros que se relacionam com a organização, já que esta será responsabilizada, no caso de condutas ilícitas praticadas por aqueles, sem prejuízo do dano à imagem empresarial.

Diante desse cenário, deduz-se que um programa de compliance na área trabalhista é de suma importância e sua implementação deve atender às especificidades do negócio, para uma maior efetividade e aderência a esse projeto. O objetivo desse programa, que deve ser contínuo, pode ser compreendido sob

¹ Advogada especialista em Direito Processual Civil pelo IBMEC, especialista em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito, especialista em Direito Trabalhista Avançado pelo IBMEC. Membro da Comissão de Compliance da OAB/SP. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/SP. Mediadora e Conciliadora judicial em formação.

² Advogado especialista em Direito Corporativo, Compliance e LGPD. Membro da Comissão de Compliance da OAB/SP e da ANPPD – Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados.

vários aspectos: evitar sanções administrativas, prevenir condutas antiéticas e ilícitas, diminuir riscos de ajuizamento de ações judiciais, reduzir *turnover* e principalmente melhorar o clima organizacional na promoção de uma cultura ética.

Uma adequada identificação e gerenciamento de riscos que envolvem as relações trabalhistas da organização deve ser analisada e a avaliação deve se dar desde a pré-contratação até a fase posterior ao desligamento do colaborador. A atividade do negócio é fator determinante para a especificação e gestão dos riscos, contudo

podemos prevenir determinadas condutas como o assédio moral no ambiente de trabalho, comportamentos discriminatórios, falta de transparência em relações com terceiros a título de exemplo.

Para uma maior efetividade, compreensão e estudo, podemos classificar alguns tipos de controle de risco, buscando maximizar ações para a mitigação destes na área trabalhista, sendo eles: o gerenciamento dos documentos, os processos de contratação, despedida ou demissão do empregado e ainda observar todo o processo de *due diligence* em relação a terceiros envolvidos com a empresa.

Para que sejam identificados e tratados os riscos nessa perspectiva, o setor de compliance não deve ser um departamento isolado, mas sim, integrado e com acesso amplo, para que o responsável transite entre os colaboradores de forma a cooperar com o desenvolvimento da organização e se preocupe essencialmente com as relações entre os indivíduos, implementando ações que estejam em observância com o desenvolvimento social, ambiental e econômico em conformidade com o arcabouço normativo da atividade empresarial.

Na seara trabalhista, as relações humanas necessitam atenção sob o ponto de vista central de direitos humanos sociais, na transformação social e na prevenção de litígios entre o trabalhador e a organização. Ainda assim, o viés regulatório e a legislação devem ser observados de acordo com o segmento empresarial. A garantia de eficácia desse programa de compliance depende da observação de alguns fatores, como a autonomia e independência desse setor, engajamento da alta administração, embasamento do programa baseado em riscos do negócio e normas pertinentes, treinamento de pessoal interno para que haja acompanhamento e continuidade da implementação realizada pelo *Compliance Officer*.

Uma contratação sob uma perspectiva de ética e integridade, deve partir do gestor no momento de definir os requisitos da vaga e perfil do candidato com um cuidado redobrado de modo a evitar a discriminação de qualquer forma ainda que seja na fase anterior à contratação, sob pena de configurar dano moral nessa fase. Outro ponto a ser observado, é a exigência de experiência prévia superior a seis meses no mesmo tipo de atividade, a qual afronta a disposição do artigo 442-A da CLT ou ainda restringir a contratação de candidatos, fato este que possa ser caracterizado

por algum tipo de prática discriminatória, exemplificando, a contratação mediante o requisito de que não haja filhos para o preenchimento da vaga.

Certamente, o *Compliance Officer* ou a área de compliance juntamente com o departamento pessoal, deve identificar e corrigir qualquer tipo de conduta antiética ou ilícita que a empresa possa estar cometendo, ademais deve haver um monitoramento e aprimoramento desses controles com periodicidade, embasado na legislação trabalhista e normas internas.

No processo seletivo propriamente dito, outras cautelas devem ser observadas, como a modalidade de contratação, a adequação às exigências da Lei Geral de Proteção de Dados, no armazenamento de dados pessoais do candidato e na retenção de documentos pessoais. Ademais, na fase contratual, o departamento pessoal ou RH da empresa deve estar atento ao cumprimento dos prazos de devolução de documentos dos empregados, registro e anotação da carteira de trabalho, além do impedimento de anotar informações desabonadoras na CTPS do empregado.

Como já abordado no início deste estudo, o ativo de maior valor para uma empresa, é o fator humano, e a reboque, seus atributos e aspectos pessoais diferentes a cada indivíduo dentro de uma coletividade.

Esta pluralidade de características, qualidades, histórias, experiências, diferenças socioculturais, de religião, orientação sexual, origem, raça, podem contribuir e muito à formatação de um ambiente íntegro, mas para isto, a diversidade e a inclusão, devem estar à frente, como conceitos fundamentais para geração de inovação, para o desenvolvimento e crescimento organizacional.

A diversidade intrinsecamente deve estar alinhada às práticas de compliance, desde o envolvimento, comprometimento e apoio da alta direção. A visão e o engajamento dos executivos nesta diretriz são de extrema importância para que todos os demais pilares do programa de compliance nas relações trabalhistas tenham a sua eficácia garantida, sobretudo na contribuição para a melhora do ambiente de trabalho, além do bem-estar social.

O tema da diversidade, como pilar de compliance, deve ser abordado de maneira ampla, plural, permitindo que de fato, pessoas que sofrem algum tipo de rejeição, seja em razão de sua classe social, gênero, religião, etnia, deficiência, orientação sexual, escolaridade, idade, peso, etc., sintam-se seguras e aceitas no ambiente corporativo.

Estes gatilhos para o preconceito e a intolerância, citados acima, entre outros, devem ser combatidos com um conjunto de ações e oferecimento de oportunidades igualitárias de inserção, de modo a quebrar as barreiras históricas e a valorizar toda e qualquer pessoa dentro da organização. Isto é inclusão.

Embora seja uma necessidade latente no Brasil, a existência de um compliance nas relações trabalhistas, que seja também antidiscriminatório, como ferramenta de combate aos preconceitos e intolerâncias, ainda está muito longe de ser uma realidade. O mundo corporativo brasileiro é bastante desigual, faltam investimentos em ações concretas que possam promover transformações urgentes no mercado de trabalho.

Considerando ainda que no mundo corporativo é inevitável a existência das relações de poder, oriundas dos mais diversos níveis hierárquicos estabelecidos dentro do organograma de cada companhia, onde não há um programa de compliance, ancorado na diversidade e inclusão, condutas contrárias a estes conceitos, de forma preconceituosa e/ou discriminatória, tem um alcance danoso além do fator psicológico.

A ofensa nesse caso, prejudica outros níveis, como o crescimento financeiro e o desenvolvimento de uma carreira profissional, como por exemplo quando uma promoção é negada por conta de um preconceito, seja a que título for, como raça, gênero, orientação sexual, idade, etc., ou ainda, quando não se contrata alguém, pelos meios comumente questionados, dos processos seletivos baseados

puramente em decisões automatizadas, por meio de tecnologia de algoritmos, que podem levar a decisões com critérios discriminatórios ou segregativos.

A falta de uma estrutura dentro do programa de compliance, que aborde o tema diversidade e Inclusão, desde o seu nascedouro, irá permitir o fomento de ambientes de trabalho permeados por condutas preconceituosas e discriminatórias.

No mundo globalizado, estar em conformidade garante uma visibilidade positiva e um respeito maior da companhia para seus consumidores, colaboradores, acionistas e a sociedade como um todo, aumenta a produtividade, seus resultados financeiros e a sensação de segurança de seus colaboradores, que passam a ter a certeza de que serão respeitados.

Diversidade vai muito mais além da pauta que hoje faz parte do dia a dia corporativo, é permitir de fato, ter espaços onde se vislumbre os mais diversos perfis pessoais e profissionais. É uma questão de ordem social, deve ser encarada com normalidade, sem a máscara do assistencialismo, característico das ações de caridade. Não basta diversificar sem incluir, nem tão pouco incluir e não gerar acesso a oportunidades e condições de qualificação e desenvolvimento, de habilidades e competências, de vivenciamento de experiências profissionais.

Recentemente, programas e ações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de combate à todo tipo de discriminação e assédio, corroboram ainda mais a importância de compliance nas relações trabalhistas e vão de encontro aos valores do Planejamento Estratégico do CNJ 2021-2026, qual seja: “as pessoas são a principal riqueza do CNJ e que o seu trabalho deve ser valorizado.” As relações humanas e como elas se desenvolvem no meio ambiente laboral são a base do sucesso do programa de compliance, cujo objetivo se alinha aos interesses de toda a comunidade e *stakeholders*, pois atinge a função social da empresa. A diversidade e inclusão é um tema atinente aos programas de compliance, já que “não há compliance sem respeito e igualdade”.

Referências

BERTONI, Regiane Brunelli. O compliance como instrumento de inclusão e diversidade no ambiente corporativo. Leme-SP: Mizuno, 2022. 54 p.

DIVERSIDADE e Inclusão (D & I) aquecem mercado de vagas e tema será prioridade em 2021. Equal Web, 2021. Disponível em: <https://equalweb.com.br/diversidade-e-inclusao-aquecem-mercado-de-vagas-em-2021/>. Acesso em: 20.set.2022.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de (ed.). Planejamento estratégico do CNJ 2021-2026. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/planejamento-estrategico-do-cnj-2021-2026/>. Acesso em: 20 set. 2022.

LEC (ed.). Os 10 pilares de um programa de compliance. 2017. Disponível em: <https://lec.com.br/os-10-pilares-de-um-programa-de-compliance/>. Acesso em: 20 set. 2022.

MARINOVIC, Cynthia. Qual O Papel Da Diversidade E Inclusão Em Compliance?. LEC, 2022. Disponível em: <https://lec.com.br/qual-o-papel-da-diversidade-e-inclusao-em-compliance/>. Acesso em 19.set.2022.

ONODA CALDAS, C.; CORREIA DE ANDRADE, N. . COMPLIANCE ANTIDISCRIMINATÓRIO E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO AMBIENTE DE TRABALHO. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, [S. l.], n. 9, 2020. Disponível em: <https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/134>. Acesso em: 18.ago.2022

SILVA, Fabricio Lima; PINHEIRO, Iuri. Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática. Salvador: Juspodium, 2020. 511 p.

Reflexões sobre Compliance Sindical

Glaucio Grossi Braga³

Segundo o dicionário Merriam-Webster⁴, o significado do termo *compliance*, em tradução livre, é o ato ou processo de cumprir com um desejo, demanda, proposta, regime ou uma coerção, sendo que o verbete contém outras definições, como cumprir integralmente requisitos oficiais/legais.

Verifica-se, portanto, que para além do tratamento emprestado ao termo em nosso país, que de modo geral se restringe ao cumprimento de normas corporativas internas e legislação, talvez fruto do contexto onde esse tema se tornou conhecido do público, “estar compliance”, quando se trata de relações sindicais, precisa ser desenvolvido também na sua dimensão subjetiva, compreendendo as interações entre os agentes e sua intrínseca boa-fé. Desta forma, procuraremos, em breve análise, destacar os aspectos formais e de relacionamento que reputamos como mais relevantes para manutenção de um estado de conformidade nas relações sindicais .

Dos aspectos formais:

Mesmo sabendo que não raro as discussões entre os atores das relações sindicais acontecem de modo informal, sendo utilizado em muitos casos somente a oralidade como instrumento, a complexidade das demandas das organizações e regulações aplicáveis exigem maior formalização e controle daquilo que for dito e avençado.

Procedimentos como definição e utilização de meios oficiais para o agendamento de reuniões e troca de mensagens, elaboração de simples resumo de uma conversa por escrito, bem como de atas de reunião, servem não só para preservar a fidelidade dos consensos obtidos, como também para evitar problemas de interpretação ou divergência futura sobre o alcance de determinada estipulação,

³ Profissional de Relações Trabalhistas e Sindicais, negociador e advogado, com MBA em Gestão de Pessoas. Com 16 anos de experiência, atuou em departamentos jurídicos e de recursos humanos de grande empresas, com foco em gestão de projetos e relações sindicais. Foi coordenador do Desin – Departamento Sindical da FIESP e hoje é *Labor Relations Representative* da Cummins Brasil.

⁴ Sítio Merrie-Webster, consulta realizada em 30 de outubro de 2022: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/compliance>

permitindo ainda que toda a comunicação possa ser auditada e conferida pela estrutura interna ou autoridades públicas incumbidas de atos de fiscalização.

Quando passamos a olhar para o que pode ser compreendido como o momento mais desafiador do relacionamento, a negociação coletiva, se observa que muitas vezes há grande dispêndio de tempo e recursos para o planejamento das estratégias e argumentos que serão utilizados, o que por óbvio é relevante, mas certa displicência com aspectos formais que detêm potencial de tornar sem efeito uma norma coletiva, em casos mais extremos.

Nosso sistema sindical é conformado por um número considerável de normas, perpassando a Constituição Federal, leis e atos administrativos. Para os fins deste estudo, importante destacar o conteúdo dos incisos I e II do art. 8º da Carta Magna, onde temos a seguinte redação:

Art 8º [...]

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, **ressalvado o registro no órgão competente**, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II – **é vedada a criação de mais de uma organização sindical**, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;” Grifamos.

Os dispositivos deixam claro que nosso sistema sindical atual elege a independência e autonomia das entidades sindicais, a liberdade de criação, a necessidade de registro em órgão estatal e a unicidade como regras inafastáveis.

Os pontos para os quais desejamos chamar atenção aqui são a unicidade e o registro no órgão apropriado. Para a primeiro, a própria Constituição se encarregou de elucidar seu significado: unicidade é a representação exclusiva de grupo de trabalhadores ou empresas por uma entidade em determinada região; já o segundo, é o meio pelo qual é possível adquirir essa prerrogativa.

Atualmente, a guarda dos registros de todas as entidades sindicais do país cabe ao Ministério do Trabalho e Previdência, que mantém plataforma pública do Cadastro Nacional de Entidades Sindicais- CNES – onde é possível consultar desde a maior confederação ao menor sindicato, bem como avaliar a regularidade da diretoria, categoria representada e abrangência geográfica. Apesar de simples, há casos em que as negociações são entabuladas sem a realização prévia desta

consulta, podendo infligir a norma coletiva resultante vício insanável que compromete sua eficácia.

Como qualquer negócio jurídico, as convenções e acordos coletivos se submetem às condições do art 8º e 611 da Consolidação das Leis do Trabalho e 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. A ausência ou irregularidade do registro de entidade sindical no CNES atenta quanto a capacidade do agente, infligindo ao ato a sua invalidade.

Outro ponto por vezes negligenciado, especialmente por pessoas não habituadas aos ritos de uma negociação sindical, é aprovação formal das condições acordadas por assembleia. No livro ⁵ *Negociação Sindical na Prática*, Maria Lúcia Benhame lembra que a vontade da categoria somente se manifesta por meio de assembleia dos representados, sendo que na hipótese de não observância desta regra, a norma coletiva não poderá ser considerada válida.

Concluindo, sob o enfoque formal das relações sindicais, constatamos que providências simples são de extrema relevância e, por vezes, de observância obrigatória. Se relegadas a segundo plano podem colocar por terra grandes esforços, além de propiciar cenário fértil para a geração de conflitos trabalhistas.

Dos aspectos relacionais

Aqui, acreditamos que condição basilar para um bom desempenho é a observância do princípio da boa-fé objetiva.

Originado no direito consumerista, impõe aos atores das relações sindicais o dever de orientar suas condutas por valores éticos e de moralidade, podendo ser decomposto ainda na necessidade de observância de deveres de lealdade, transparência e colaboração recíprocas⁶.

⁵ Benhame, Malu; “Negociação Sindical na Prática”; 116/117; São Paulo-SP; Matrioska; 2022.

⁶ Acórdão 1168030, 07148415120188070003, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, publicado no DJE: 8/5/2019.

Para melhor ilustrar o conceito, relevante trazer as considerações de Miguel Reale⁷, para quem a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, impondo que cada pessoa aja de forma honesta, proba e leal, sendo que podemos também entender a boa-fé objetiva como noção sinônima de ‘honestidade pública.’”

Ainda que regra jurídica aplicável aos contratos de um modo geral, concluímos que a boa-fé objetiva encerra em seu conceito as principais características comportamentais pelas quais devem ser orientados os relacionamentos entre agentes que desenvolvem as relações sindicais.

Afinal, em um ambiente de lealdade, probidade e colaboração, a observância tanto de regramentos internos como de normas legais é uma decorrência natural, não dependendo de regulações ou de grandes esforços, promovendo uma convivência harmoniosa e a obtenção dos melhores resultados.

Conclusão

Seja pela dimensão formal ou na que envolve as relações cotidianas, a busca pela adequação, conformidade e por “estar compliance” é uma condição para o um bom trabalho em relações sindicais, especialmente quando nos recordamos que as principais entregas que se esperam são ambiente de trabalho harmonioso, previsibilidade e segurança.

Tanto em ações simples como fazer uso de uma plataforma de dados públicos ou mais complexas e que envolvem a construção de um ambiente de palpável lealdade e colaboração, a condição Compliance não pode ser deixada de lado em nome de um resultado imediato ou resolução mais simples que alguma questão, sob pena de reflexos negativos que podem repercutir em um conjunto de empregados bem como em seus empregadores, gerando passivos e obrigações acessórios que podem colocar em risco o bem estar de pessoas e a perenidade dos negócios.

⁷ Reale, Miguel; “A boa fé no Código Civil”; <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm#:~:text=J%C3%A1%20a%20boa%2Df%C3%A9%20obj%20etiva,pessoa%20honesto%2C%20proba%20e%20leal; consulta em 02/11/2022>

Razões para investir no compliance tributário da sua empresa

Pamela Pulice de Oliveira⁸

Rosana da Silva⁹

O *Compliance* é um ramo relativamente novo, com origem no direito externo, mas que vem ganhando espaço e autonomia não só dentro das empresas, como na própria advocacia.

Trata-se de um sistema de observância às regras, normas, legislação e boas práticas, aplicáveis a determinada empresa, organização da sociedade civil ou qualquer pessoa jurídica de direito público ou privado.

Nessa esteira, reconhecendo o *compliance* como um tema complexo, que pode abarcar todos os outros ramos do direito, inclusive subdividindo-se em diversos nichos, dadas as especificidades, temos o *compliance* tributário.

Notadamente, o comprometimento com a conformidade garante às Instituições melhoras expressivas em seus resultados, além de alavancar investimentos e credibilidade perante todos os *stakeholders*.

Para além das políticas de *compliance* anticorrupção e de integridade tradicionais, o investimento em *compliance* tributário pode ser considerado um dos nichos crescentes e potenciais das empresas.

O presente artigo apresenta pontos pertinentes à fusão da Governança Tributária e à instauração do *compliance* nas empresas, garantindo assertividade ao lado da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), lei esta instituída com o intuito de evitar fraudes e criar pilar de responsabilidade para os atos empresariais, bem como às demais leis que regem o Sistema Tributário Nacional.

Isso porque, numa demanda de conhecimento específico sobre os temas que circundam o financeiro de cada Instituição, percebe-se necessária a especialização

⁸ Advogada, Consultora Tributária, Especialista Pós-graduada em Direito, Processo e Planejamento Tributário pela Escola Paulista de Direito, Membro efetiva da Comissão de Estudos de Compliance da Seccional de SP, Membro efetiva da Comissão de Direito Tributário da Subseção de Santo Amaro/SP.

⁹ Advogada Júnior – área de Compliance e Governança Corporativa no Escritório FF Advogados, Extensão em Compliance pela FGV, Pós-Graduada em Processo Civil (FMP), Membro Regional Efetiva da Comissão de Estudos de Compliance da Seccional de SP.

e domínio da matéria muitas vezes impossível de ser atribuído às mesmas pessoas que já lidam com as políticas gerais de *compliance*.

Apesar de não parecer uma possibilidade para empresas de pequeno porte, o *compliance* tributário pode ser um importante aliado para o crescimento e aumento da lucratividade dessas empresas, contribuindo com os dirigentes nas tomadas de decisões, poupando gastos, despesas e tributos desnecessários, dentre outras vantagens.

Também, é esperado que o *compliance* tributário mantenha em dia e cuidadosamente documentadas quaisquer questões contábeis da Instituição, para eventuais consultas e prestações de contas, seja para analisar possíveis fraudes e desvios de caixa, seja para inspeções de rotina. O que, certamente, poupará futuras dores de cabeça.

Como moldes de implementação de forma correta da Governança Tributária, a empresa terá benefícios, evitando maiores contratempos, como: Conformidade com normas e legislações vigentes; Oportunidades de redução de carga tributária existentes; Redução de sanções federais; Aumento na margem de lucro com as reduções de custos tributários; Processo e procedimento adequado.

No Brasil, temos uma regulamentação fiscal muito complexa, devido à alta onerosidade de seus tributos, bem como a alta taxa de sonegação, ligada a esses altos custos, assim todo o processo fiscal nas empresas requer zelo, conhecimento para evitar erros e buscar otimizar o acompanhamento e cumprimento das obrigações legais ligadas ao Fisco, e, mais importante, evitando sanções onerosas.

Implementação e seus desafios

O comprometimento e alinhamento das necessidades para este processo, envolvimento de toda a equipe e diretoria da empresa, monitoramento e análise de resultados, em busca de resultados que se mantenham. A implementação em resumo, se dá semelhante ao processo de *PDCA* (Planejar, fazer, checar e agir).

Risco da não implementação

Nota-se a importância da implementação, em caso de não obter este procedimento, poderão ocorrer vários riscos para a empresa, sendo descumprimento de prazos legais, multas e penalidades, dificuldade do acompanhamento do processo, desconhecimento sobre os tributos e imagem negativa no mercado. Estes riscos podem acarretar multas e sanções, erros no preenchimento de obrigações acessórias, retrabalhos e deficiência em lançamentos. Também podem criar obstáculos em processos de padronização legal, como um todo, respeitando aos princípios da Governança Tributária, e um dos piores riscos é o da imagem negativa no mercado, que além de dificuldades para pagamentos, terá sérias dificuldades para venda de seu produto, seja ele físico ou prestação de serviço, e assim criaria um efeito deficitário na empresa por falta de receita, e ainda mais, poderá criar uma recusa de fornecedores para venda, bem como clientes para compra.

Dificuldades dentro das empresas

Muitas empresas têm dificuldade de adequações atuais a processos que possam trazer benefícios, e ainda, estão reclusas em maneiras antiquadas de lançamento e acompanhamento. Estas empresas, utilizam mecanismos manuais, que aumentam a possibilidade de erros futuros. Quanto menos a empresa depender dos processos manuais, menores são as chances de ocorrência de erros nos procedimentos fiscais e tributários.

A busca da licitude tributária, portanto, traz também um retorno ao empresário e sua empresa, tanto financeiro quanto organizacional, evitando desdobramentos e imprevisibilidades referente a débitos não devidos. No fundo, o que toda empresa busca é seu crescimento saudável, visibilidade positiva no mercado e concorrência justa e leal, cabendo apenas investir nas ferramentas certas.

Destarte, investir no *compliance* tributário da empresa demonstra preocupação e zelo ao seu desenvolvimento e longevidade saudável, devendo ser incentivado.

Referências

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de Compliance**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Paschoal Naddeo de Souza. **Pioneiros em solução para a área tributária com uso de inteligência artificial**. Disponível em: <https://tributario.com.br/paschoalnaddeo/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

IBPT – INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **A Importância do Compliance e Governança Tributária na Gestão Empresarial**. Disponível em: [https://educacao.ibpt.com.br/a-importancia-do-compliance-e-governanca-tributaria-na-gestao-empresarial/#:~:text=\(IBPT%2C%202020\),de%20outros%20ramos%20do%20direito](https://educacao.ibpt.com.br/a-importancia-do-compliance-e-governanca-tributaria-na-gestao-empresarial/#:~:text=(IBPT%2C%202020),de%20outros%20ramos%20do%20direito). Acesso em: 29 jul. 2022.

IBPT – INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. **Uma das maiores causas mortis das empresas no Brasil é a alta carga tributária**. Disponível em: <https://educacao.ibpt.com.br/governanca-tributaria-5-dicas-para-aumentar-a-lucratividade-do-negocio-do-seu-cliente-e-os-seus-honorarios/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

MARQUEZ, Gabriel. **O que é governança tributária: definição, benefícios e 5 dicas de como implementar**. Disponível em: <https://nfe.io/blog/financeiro/o-que-e-governanca-tributaria/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira. **Compliance público: o caminho para a integridade na administração pública**. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/compliance-p%C3%BAblico-o-caminho-para-integridade-na-lec/?originalSubdomain=pt>. Acesso em: 29 jul. 2022.

SHALDES, André. **Brasil cai pelo 5º ano seguido no “Raking da Corrupção” e está empatado com Albânia e Egito**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51216388>. Acesso em: 29 jul. 2022.

Os riscos de responsabilização criminal sobre a gestão fiscal pelo julgamento do STF sobre a apropriação indébita tributária

Pedro Igor Mantoan¹

A presente conjuntura econômica tem submetido boa parte dos empreendedores brasileiros a um intenso desafio de recuperação. Passados dois anos de pandemia, a retomada das atividades enfrenta a combinação de inflação alta e crescimento baixo, o que tem obrigado muitos negócios a rever contratos e adiar planos de investimento. Nem sempre é possível repassar a alta dos insumos, o que tem implicado forte pressão sobre o caixa e pode levar a um agravamento da crise econômico-financeira, impondo o atraso ou até mesmo inadimplemento persistente de obrigações comerciais e tributárias. Tal cenário exige dos empresários, administradores e diretores financeiros o cuidado redobrado sobre as diferentes implicações legais da crise financeira enfrentada, sobretudo no que se refere à situação fiscal.

O alerta do *compliance* tributário sobre a crise econômico-financeira deve apontar para as obrigações que não se restringem aos encargos legais decorrentes da mora da obrigação principal, passíveis de revisão, parcelamento ou mesmo negociação processual. Não se trata das implicações decorrentes de práticas de sonegação fiscal. Coloca-se, no entendimento corrente dos tribunais superiores do país, o risco adicional de responsabilização criminal em determinados casos, a despeito da situação de crise enfrentada.

A ampliação do alcance do direito penal econômico impõe, na atualidade, maior atenção sobre o recolhimento de tributo próprio, mesmo que regularmente declarado e não recolhido em razão da indisponibilidade de caixa decorrente da crise. Se por um lado o mero inadimplemento tributário não é fato típico para o direito penal, consolidou-se o entendimento de que, para tributos em que o ônus financeiro foi repassado pela nota fiscal, é possível o enquadramento de tal conduta como apropriação indébita tributária, crime previsto no art. 2º da Lei nº 8.137/90.

¹ Advogado, mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo.

Eis que tal entendimento se estabeleceu no Supremo Tribunal Federal pelo julgamento do RHC 163.334/SC, em que se fixou a seguinte tese: "*O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990*". O exame mais detalhado sobre tal entendimento deve balizar a boa gestão fiscal, ponto sensível aos tempos de crise. Afinal, qual conduta empresarial revelaria contumácia e dolo de apropriação?

O acórdão baseia-se em diferentes fundamentos, como uma interpretação semântica e sistemática que indicaria a adequação típica da conduta, concluindo que para a lei não haveria distinção entre as diferentes condições de responsabilidade tributária, apontando que para o texto legal bastaria a ocorrência da cobrança do tributo, o que ocorre com o desconto de seu valor em nota fiscal, sucedido do não recolhimento do valor correspondente aos cofres públicos. Em um ponto de vista teleológico, o acórdão se fundamenta na proteção da ordem tributária, em caráter consequencialista, observando danos ao erário que decorreriam das condutas criminalizadas. Almejando uma interpretação restritiva, é estabelecido pelo acórdão que "somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro *modus operandi* do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar suas próprias atividades".

Em seu voto, o relator Ministro Roberto Barroso ressalta que o tipo penal não faz distinção entre sujeito passivo direto e indireto, substituto ou substituído tributário, contribuinte e responsável. No caso concreto, trata-se de ICMS próprio regularmente declarado e escriturado. Ressalta também o relator que inexistente controvérsia aos casos em que ocorre tal omissão de recolhimento sobre tributo descontado, por exemplo, nos casos de retenção na fonte. Se estabelece então a controvérsia sobre o tributo cobrado, aquele em que o valor é requerido conjuntamente ao preço. Eis o caso especialmente do ICMS, em que um produtor, por exemplo, ao vender sua mercadoria, repassa o valor do tributo devido na operação. Os comerciantes figuram então como meros depositários de ingressos de caixa, que, compensados os valores de etapas anteriores, devem ser recolhidos aos cofres públicos. Esse é o entendimento que norteou a decisão do acórdão, afastando a hipótese de mero inadimplemento no caso.

Como elementos para a caracterização do crime e do dolo de apropriação o acórdão oferece alguns parâmetros exemplificativos sobre as circunstâncias a serem examinadas para a persecução penal: (i) o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização; (ii) a venda de produtos abaixo do preço de custo; (iii) a criação de obstáculos à fiscalização; (iv) a utilização de “laranjas” no quadro societário; (v) o encerramento irregular das atividades; (vi) a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao do capital social integralizado; etc.

O rol exemplificativo acima destacado serve de importante alerta sobre os riscos de responsabilização criminal. É certo que a situação de crise prolongada pode levar a um comprometimento de caixa que implique dívida superior ao valor de capital social, por exemplo. Da mesma forma, é pouco provável que o empresário ou gestor financeiro busque o parcelamento de tributo antes de superar a condição de crise, visto que momentaneamente incapaz de honrar com as parcelas acordadas. Em crise, as empresas buscam manter suas atividades, ainda que cortando despesas, enfrentando muitas vezes o acúmulo de dívidas com vistas à recuperação e possibilidade futura de honrar tais compromissos. A decisão do STF no acórdão torna a atividade empresarial mais arriscada e, ao estabelecer tais parâmetros subjetivos, cria maior insegurança jurídica em uma conjuntura de grande dificuldade econômica.

Diante do exposto, cabe ao *compliance* tributário orientar a prática empresarial a observar as implicações do inadimplemento tributário, mesmo em tributos próprios, readequando a gestão de caixa de modo a segregar da receita o montante destinado ao recolhimento tributário quando ocorrer a transferência do ônus financeiro em nota, dado o entendimento de que tais valores encontram-se apenas em trânsito pelo caixa da empresa, não se permitindo seu emprego em outras obrigações. Deve-se orientar, ademais, à mais célere possível regularização do inadimplemento existente, bem como à observância do valor do capital social integralizado como parâmetro ao montante do débito inscrito em dívida ativa.

Referência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 163.334/SC. Ministro Relator Roberto Barroso. Julgamento em 18.12.2019.



Comissão de
Compliance

ESTUDOS E APONTAMENTOS
DA COMISSÃO ESPECIAL
DE COMPLIANCE

2ª EDIÇÃO