



PÁGINA 5 FATO EM ANÁLISE

BANCO FOI OBRIGADO A **INDENIZAR** CLIENTE APÓS RECOMENDAR **APLICAÇÃO** EM FUNDO, QUE FOI DESCOBERTO SE TRATAR DE UMA **GRANDE FRAUDE**

PÁGINA 8 VISÃO

JOSÉ PASTORE COMENTA SOBRE O AUMENTO DO **DESEMPREGO**, A QUEDA DO PODER DE COMPRA DOS **SALÁRIOS** E PREVÊ UM **2016** MUITO DIFÍCIL PARA OS BRASILEIROS

COMPLIANCE

A LEI ANTICORRUPÇÃO E SEU IMPACTO NA COMUNIDADE JURÍDICA

EM MEIO AOS ESCÂNDALOS, RESSURGEM AS DISCUSSÕES SOBRE POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO



BREVE HISTÓRICO

UM DESAFIO AOS OPERADORES DO DIREITO

O ANO DE 2015 FOI HISTÓRICO PARA O BRASIL, REPLETO DE ACONTECIMENTOS DIGNOS DAS PRODUÇÕES HOLLYWOODIANAS, ESPECIALMENTE NO CENÁRIO POLÍTICO, COM O AVANÇO DA OPERAÇÃO LAVA JATO, DA POLÍCIA FEDERAL, QUE REVELOU VERDADEIRA INDÚSTRIA DO CRIME.

ESQUEMAS DE CORRUPÇÃO ENVOLVENDO IMPORTANTES AUTORIDADES DO PAÍS, CITAÇÃO DE NOMES DO ALTO ESCALÃO DOS TRÊS PODERES, DESVIOS DE RECURSOS PÚBLICOS SEM PRECEDENTES NA HISTÓRIA DO BRASIL E PRISÃO DE EMPRESÁRIOS PODEROSOS, CERTAMENTE MARCARAM OS BRASILEIROS.

NESSE CONTEXTO, RESSURGEM AS DISCUSSÕES SOBRE POLÍTICAS DE PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO, VINDO À TONA O COMPLIANCE, OU EM PORTUGUÊS “CUMPRIMENTO”, À LEI Nº 12.846/2013, DENOMINADA “LEI ANTICORRUPÇÃO”, REGULAMENTADA SOMENTE EM 2015 E QUE ESTABELECEU UMA SÉRIE DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS PARA PESSOAS FÍSICAS, INOVANDO AO RESPONSABILIZAR AS PESSOAS JURÍDICAS.

PARA O VEREDICTO, O GRANDE DESAFIO DOS OPERADORES DE DIREITO SERÁ O ENTENDIMENTO ADEQUADO PARA A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO E EQUAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS PRESENTES EM CADA CASO. SEM PRECEDENTES, ADVOGADOS, JUÍZES, PROMOTORES E OUTROS TERÃO DE BUSCAR A MELHOR FÓRMULA PARA APLICAÇÃO DE UM TEMA QUE HOJE NÃO SE RESTRINGE A PRÁTICAS CRIMINOSAS ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO.

O “COMPLIANCE” E OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A palavra *compliance* deriva do inglês *to comply* e em uma tradução livre significa “cumprimento”, ou seja, o atendimento à legislação e às normas regulamentares de maneira geral, inclusive aquelas editadas pelas próprias companhias.

Então podemos concluir que *compliance* é um termo genérico e que envolve tudo, ou praticamente tudo referente à regulamentação. Seria então um sinônimo do termo “obrigação”, abarcando, por exemplo, obrigações fiscais, contábeis, trabalhistas, ambientais, entre tantas outras.

Qual o sentido disso então? Por que um termo aparentemente sinônimo de outro vincula as pessoas físicas e jurídicas ao cumprimento das leis se esta é uma questão inerente?

De fato, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) prevê em seu artigo 3º que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Nossa constituição, por sua vez, determina em seu artigo 13 que a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil, afinal, somos uma soberania.

Apesar desse aparente conflito, a existência dos programas de *compliance* é perfeitamente justificável, conforme veremos, e as razões são diversas. Nessas variáveis, é revelado o desafio da comunidade jurídica no

que toca ao limite da responsabilidade, principalmente porque o cumprimento das leis depende de sua interpretação, o que não é tarefa fácil, especialmente no Brasil; e em matéria penal, a pena não pode transcender ao indivíduo.

De 2013 para cá, quando se falava em *compliance* no Brasil, o tema era associado à nova Lei Anticorrupção, tratando-se, portanto, do “nome artístico” para os programas de combate à corrupção, seguindo uma tendência mundial, acertada se considerarmos o fator globalização, que exige ajustamento a padrões internacionais que permitam comparabilidade, interatividade, trocas de experiências etc.

Em todo o caso, o que é relevante expor não é o nome aplicado ao método, pois o Poder Judiciário jamais poderá se limitar a esse ponto nas análises dos casos concretos, mas aos princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico.

Ainda que seja recente a notoriedade do tema *compliance* para a sociedade em geral, o assunto já é desenvolvido aqui há mais de uma década – e, convenhamos, com atraso em comparação aos países mais desenvolvidos.

Em 30 de novembro de 2000, por exemplo, o Brasil assinou o Decreto nº 3.678, que promulgou a “Convenção sobre o Combate da Corrupção de

Funcionários Públicos Estrangeiros, em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997”.

Percebam que a preocupação e as medidas de combate aos atos de corrupção remontam há décadas e, o mais importante, com medidas que envolvem inclusive a conduta de parceiros globais.

Entre as disposições da Convenção citada, vale destacar os termos do artigo 2º, que trata da responsabilidade de pessoas jurídicas e determina que a cada país signatário competirá as medidas necessárias de responsabilização de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

A parte final ressalta o respeito às soberanias, o que não poderia ser diferente, sob pena de inexecutabilidade.

Mais tarde, em 2002, seguindo as diretrizes da Convenção, o Brasil alterou o Código Penal para estabelecer novas modalidades de crime, por meio dos artigos 337-B, para tratar da corrupção ativa em transação comercial internacional; 337-C, tráfico de influência em transação comercial internacional; e 337-D, definindo quem são considerados funcionários públicos estrangeiros.

Ao longo desses anos se testemunhou a adoção de outras medidas,

normalmente reativas, motivadas por algum caso de repercussão nacional, como o foi com a própria Lei Anticorrupção quando ainda se tratava do “Mensalão” perante o Poder Judiciário, e a própria regulamentação da Lei, por meio do Decreto nº 8.420/2015.

A iniciativa privada, por outro lado, já desenvolvia seus planos de prevenção ou programas de *compliance*, seguindo modelos internacionais não só para evitar a corrupção, como também expandir seus mercados com base na percepção de que a confiança é uma moeda valiosa.

Vale destacar que a implantação de programas sofisticados de gestão e prevenção não garante a lisura, especialmente em grandes companhias. Basta lembrar o caso da Enron Corporation, empresa americana do ramo de energia, que empregava mais de 20 mil funcionários e que teve seus executivos envolvidos em fraudes bilionárias.

Dados estatísticos mostram que em casos grandes como esse, as condutas partem dos altos escalões da companhia e nem mesmo um país como os Estados Unidos, que dispõem de regras rigorosas como o famoso FCPA – Foreign Corrupt Practices Act, datado de 1977, pode garantir a eliminação de fraudes.

Logo, os programas de *compliance* dependem do controle de risco e de uma governança ativa, envolvendo todos da empresa – presidências, diretoria, conselhos até o chão de fábrica.

É nesse cenário que a responsabilização objetiva das empresas provoca grandes embates jurídicos, mesmo com a previsão legal de que a conduta da empresa será considera-

da para abrandamento da sanção da pessoa jurídica.

Ora, estamos falando de uma legislação com imputação criminal, e mesmo admitindo a extensão da responsabilidade para a pessoa jurídica, que não passa de uma ficção, aceitar a responsabilização objetiva poderá criar preocupantes precedentes para a sociedade, além das travas naturais que serão vistas a seguir.

Antes, cumpre-nos citar uma vez mais a Constituição, que prevê em seu artigo 5º, inciso XLV, o princípio da intranscendência da pena, e em seu inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, a responsabilidade penal depende do elemento culpa, que somado a outros princípios, como o do devido processo legal, mostra que é preciso cautela.

Há que frisar que a intenção do **Veredicto** não visa a impunibilidade, muito pelo contrário, mas a correta aplicação dos princípios jurídicos para que a sociedade não se torne vítima de sua própria incapacidade de resolver seus problemas.

Tratando-se de pessoas jurídicas, inevitavelmente devemos nos ater a outros importantes princípios de ordem constitucional, como função social da empresa, eficiência e desenvolvimento econômico. Evidentemente, as atividades comerciais atraem riscos de insucesso, por exemplo, de investimentos malsucedidos que exijam da empresa e, em alguns casos, até do empresário pessoa física responsável a reparação dos danos, por um contrato não cumprido, o que não se confunde com sanção criminal.

Percebe-se, assim, um desvirtuamento de institutos jurídicos basilares que ameaçam as relações de uma forma em geral, tendo como marco a própria Lei Anticorrupção que, em verdade, não previne que ela aconteça. De qualquer forma, merece destaque a extensão e os benefícios que os programas de *compliance* genuínos podem trazer para as organizações, para o Poder Público e para a sociedade. A transparência gera confiança e estimula o desenvolvimento.

Hoje, quando se fala em *compliance*, fala-se de relações com o consumidor, por exemplo, cujo tratamento jurídico legal e incontestavelmente o da responsabilidade objetiva da empresa, podendo haver outros contornos como ambiental ou criminal, observadas as peculiaridades de cada caso e o nexo entre a conduta e o dano.

Por fim, uma lei que atribui responsabilidade e pune uma empresa que investe altos valores na implantação de programas anticorrupção, ainda que a própria companhia revele às autoridades a ocorrência do ilícito, não tem como estimular sua prevenção, mas, ao contrário, omissão de casos assim.

Por essas razões, o **Veredicto** considera que o Poder Judiciário terá de considerar sempre as nuances do caso concreto sem prejuízo dos princípios constitucionais que norteiam nosso ordenamento jurídico, para estabelecer a justa medida da responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas em casos de corrupção, muitas vezes por culpa exclusiva de um diretor ambicioso ou por diversas razões torpes e inimagináveis possíveis. [8]



QUANDO GESTÃO SOFISTICADA NÃO CONFERE A GARANTIA DESEJADA

BANCO TEVE DE PAGAR INDENIZAÇÃO APÓS APLICAÇÃO EM FUNDO FRAUDULENTO

O tema *compliance* é relativamente novo no Brasil e ainda não temos uma orientação jurisprudencial consolidada que possa servir de referência. Todavia, conforme mencionado em oportunidade anterior, a iniciativa privada, especialmente grandes companhias, já desenvolvem robustos programas de prevenção de riscos de diferentes tipos, muitas em razão das peculiaridades de seu ramo de atuação.

É o caso das instituições financeiras ou das indústrias químicas e farmacêuticas, por exemplo, em razão da rigorosa regulamentação que impera nesses mercados. A seguir, eis um precedente de um importante banco brasileiro que se viu responsabilizado pela indenização de uma cliente por falha na prestação de serviços, apesar de toda a *expertise* presumida

quando se fala de instituições financeiras e dos rígidos programas de conformidade.

Trata-se de um caso em que o preposto do banco, consultor de investimentos, recomendou a um cliente com consideráveis disponibilidades financeiras aplicação em fundo de investimento internacional, o que foi descoberto se tratar de uma grande fraude, não do banco, mas do próprio fundo. Vejamos como o Tribunal de Justiça de São Paulo solucionou o caso:

APELAÇÃO Nº 0162181-56.2011.8.26.0100. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INVESTIMENTO NO FAIRFIELD SENTRY FUND ADMINISTRADO POR BERNARD MADOFF. FUNDO FRAUDULENTO.

No mérito, importante abordar que não ocorreu questionamento, objetivamente, sobre a existência da aplicação financeira em questão.



Não resta dúvida que a autora, ora apelante, submeteu-se à operação de destacado risco, sem garantia. Entretanto, uma coisa é aplicar determinado numerário em operação de risco, e a outra, totalmente distinta, é permitir a aplicação em fundo que, deliberadamente, atuou de forma sabidamente fraudulenta.

Para a gestão de fundo de investimento é cobrada a denominada taxa de administração que, conforme consta do site do banco, “é a remuneração paga pela prestação de serviços de gestão e administração, podendo também ser destinada a remunerar os demais prestadores de serviço que operacionizam o fundo de investimento”.

Em tal contexto, pode ser afirmado que um investidor, escolhendo um fundo mais arrojado, corre o risco de ter grandes perdas, sem que isto implique responsabilidade da gestão, até porque risco consiste no perigo de perda ou de prejuízo.

Entretanto, o perfil no caso, com todas as vênias, é outro. Ocorreu efetiva fraude em um fundo recomendado (fls. 31) pelo apelado, sem que tenha sido feita qualquer espécie de ressalva.

Em investimentos, o risco é algo inerente. Entretanto, não se admite a convivência com a fraude que se entende como o engano malicioso ou ação astuciosa, promovidos de má-fé, para ocultação da verdade ou fuga ao cumprimento do dever (vide: De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, 28ª edição, Editora Forense, pág. 640).

E no caso, com todas as vênias, não se trata de risco inerente a uma aplicação e sim da prática de fraude, que deveria ser detectada, obrigatoriamente, até pela remuneração e destacada especialidade em razão da prestação de serviços de gestão e administração do banco apelado.

O gestor não está obrigado a garantir o resultado de uma determinada

aplicação, pois esta, menor ou maior, sempre envolve o denominado risco. Entretanto, torna-se indiscutivelmente responsável quando permite e recomenda a aplicação em fundo fraudulento, sobre o qual deveria, no mínimo, verificar a seriedade.

Tal providência, ao menos pelo que dos autos consta, não foi realizada. Desta forma, risco e fraude, são coisas absolutamente distintas, sendo que a fraude, como ocorreu no fundo de investimento indicado, gera a obrigação de indenizar, em face da inadequada prestação do serviço, pois foi escolhido um fundo no qual restou praticado uma das maiores fraudes da história moderna, talvez a maior, o que é fato público e notório (Fairfield Sentry Fund).

Por oportuno, em relação ao Fairfield Sentry Fund, consta do documento de fls. 31, in verbis, que: “(...) estamos recomendando realizar lucros em posições de ações asiáticas e alocar

em ações globais; desse modo, gostaria de vender 50% de sua posição no fundo Asian Growth (\$107k que temos em ações de Ásia) e consequente realocação do valor no fundo de ações globais do JPMorgan, fundo este que já temos na carteira. Paralelamente, temos \$100k disponíveis em caixa e gostaria de aproveitar esta oportunidade que surgiu por aqui, vale bastante a pena. Recebemos capacidade para novas captações para o fundo Fairfield Sentry, sem sombra de dúvida um dos melhores (senão o melhor) hedge funds do mercado. O fundo ficará aberto pelos próximos 30 dias somente para clientes do Itaú Europa International devido a um acordo que fechamos com eles. O Fairfield Sentry é um hedge fund administrado por Bernard Madoff, considerado o papa dos hedge funds. Com um rígido controle de risco, uma posição típica do fundo sempre leva em consideração a limitação da volatilidade da carteira. O Fairfield Sentry possui uma das melhores relações risco x retorno entre os fundos de sua categoria. A estratégia conta com um track record de 16 anos e nunca apresentou retornos anuais negativos; mesmo o seu pior período (drawdown) foi de -0,64% e foi recuperado em 2 meses (para se ter uma ideia da qualidade do gestor e do fundo, em todo este período de 16 anos eles fecharam com retorno mensal positivo em 92,5% das vezes somente 14 meses negativos dentro de um total de 192 meses!).” (fls. 31) (destaque do documento em negrito) (os grifos não constam do original)

Existe, in casu, a responsabilidade civil atribuída pela autora ao réu. Deve ser considerado, na espécie, que o réu,

pela sua evidente negligência e imprudência, concorreu para gerar os prejuízos suportados pela autora, prejuízo este indiscutível, quando não tomou as cautelas indispensáveis em indicar e prestigiar a aplicação em determinado fundo.

Nesse panorama, importante destacar o preceituado no artigo 3º, inciso II, da Resolução nº 2.451, de 27 de novembro de 1997, do Banco Central do Brasil, in verbis:

“II - é responsável, prioritariamente, nos termos da legislação em vigor, pela ocorrência de situações que indiquem fraude, negligência, imprudência ou imperícia na administração dos recursos de terceiros, sujeitando-se, ainda, à aplicação das penalidades cabíveis.”

Na mesma direção, José Oswaldo Fernandes Caldas Morone, em tese de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2005, sob o título de “A indústria de Fundos de Investimento: o Poder Regulamentar como Garantia ao Investidor e a Responsabilidade Civil do Administrador de Fundos”, bem consignou que:

“(…) Por outro lado, essa comunicação deve ser acompanhada de documento firmado pela pessoa designada de que realmente não possui qualquer vínculo com as outras atividades da instituição, que é conhecedor de suas obrigações para com os investidores cujos recursos administra, que está ciente de que será responsabilizado nas ocorrências de fraude, negligência, imprudência ou imperícia, estando sujeito à aplicação das penas previstas na legislação vigente.”

Assim, como o apelado atuou com evidente desídia, não detectando, como

deveria, pela sua destacada especialidade no segmento, com o exame de notas contábeis e pesquisas próprias, a fraude que estava sendo voluntariamente perpetrada no fundo em questão, resta caracterizada evidente negligência, pois o seu preposto, sem maiores cautelas, ao menos pelo que dos autos consta, incentivou a aplicação de valores em um fundo ligado a um esquema fraudulento, de investidor que deu um dos maiores golpes de que se tem conhecimento.

Conforme se viu, a autora conseguiu reverter a decisão de primeiro grau que lhe havia sido desfavorável, cumprindo destacar que houve um voto divergente do colégio de desembargadores. Para um dos julgadores, a decisão reclamada era irreparável, pois o banco também teria sido vitimado pelo fundo de investimentos fraudulento.

Para o **Veredito**, a decisão reformada foi a providência mais acertada no presente caso por uma razão muito simples, negligência. Deixou de analisar os registros do fundo para o qual recomendou investimentos, talvez levado por ações de marketing e referências fraudulentas, possivelmente, quando deveria tomar medidas concretas e objetivas de verificação do fundo, pois se tratava de sua atividade-fim. Se as tivesse promovido, as teria apresentado aos autos e, nessa hipótese, sua isenção é que seria a decisão correta.

Esse caso é um importante precedente para reflexão sobre o tema *compliance* à luz das razões apresentadas na seção anterior, posto que sua existência por si só não pode garantir a impunidade da empresa tampouco sua condenação, é preciso ir além. [8]



O EMPREGO EM 2016

SAÍMOS DA ERA DO APAGÃO DE MÃO DE OBRA PARA ENTRAR EM CHEIO NA ERA DO APAGÃO DE EMPREGOS

Gostaria de encontrar elementos de realidade para poder oferecer ao leitor um pouco de otimismo para o quadro do emprego em 2016. Infelizmente, os dados disponíveis me levam à previsão sombria. Isso porque os determinantes do emprego em 2016 não estiveram presentes em 2015. Ao contrário, os investimentos caíram. Os contratos das empresas de infraestrutura minguaram ou se encerraram em definitivo em consequência de condenações por corrupção. A indústria de transformação, agonizante, encolheu ainda mais. Projetos de expansão foram adiados. Isso tudo terá graves reflexos na geração de empregos em 2016.

Em 2015, o Brasil perdeu em torno de 1,5 milhão de empregos formais. Foi um resultado avassalador, lembrando que, em 2010, o Brasil gerou 2,5 milhões postos de trabalho. Saímos, assim, da era do “apagão” de mão de obra para entrar em cheio na era do “apagão” de empregos. No passado recente, parcela expressiva dos jovens decidira trocar o emprego por permanência mais alongada na escola. Entre os idosos, muitos desistiram de trabalhar para viver de aposentadoria e de programas sociais

generosos. Para os dois grupos, como de resto para todos os brasileiros, inflação em queda e salários em ascensão fizeram aumentar o poder de compra.

O quadro mudou drasticamente em 2015, e de forma acelerada. Os que decidiram não trabalhar foram forçados a procurar trabalho. O desemprego subiu abruptamente para a casa dos 7% e até mais. A inflação que ficou bem-comportada até 2014, em torno de 6%, disparou repentinamente, chegando a mais de 10% no fim de 2015. Resultado: grupos imensos perderam emprego e poder de compra, passando a sofrer as agruras da “estagnação” (estagnação com inflação), o que fez evaporar os seus sonhos de mobilidade social.

Os agentes econômicos foram importantes para superar os problemas apontados. As empresas usaram no limite as possibilidades de manter os empregos – concederam férias e licen-

ças ou os colocaram em *layoff*. Nada disso adiantou. No início do segundo semestre de 2015, a contragosto, tiveram de promover demissões em grande escala. O programa de Proteção ao Emprego, do governo federal, que atendeu 45 mil trabalhadores, revelou-se anêmico em vista dos 9 milhões de brasileiros que amargaram o desemprego em 2015. A própria contratação de trabalho temporário para festas de fim de ano se revelou insignificante.

Quando se juntam todos esses dados, só posso antever um início de ano com muitos problemas para a família brasileira. A volta das férias pode trazer tristes surpresas para os empregados que serão despedidos abruptamente, como reflexo do mau desempenho das empresas em que trabalham. Isso tem levado a grande maioria dos analistas a prever a elevação da taxa de desemprego em 2016 para o patamar de 10%, atingindo mais de 10 milhões de brasileiros. [&]

José Pastore é presidente do Conselho de Emprego e Relações do Trabalho da FecomercioSP

