

ANÁLISE ECONÔMICA DA INSTITUIÇÃO DE PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* A PARTIR DAS MULTAS PUNITIVAS DO COAF¹

Danilo Oliveira Sena Gomes*

RESUMO

O presente trabalho possui como objetivo central realizar a análise econômica da implantação de programas de *compliance* em contraste com as multas punitivas do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, tomando como sujeito passivo empresas. Para isso, se valerá do método da análise econômica do direito, através de uma extensão do método desenvolvido por Gary Becker em 1964 quando iniciou a escola da “Economia do Crime”. Chegará à conclusão do quanto é necessário, útil e não dispendioso investir na implantação de um programa de *compliance* nas áreas de *factoring* e de comércio de bens de luxo e ou de alto valor e jóias, metais e pedras preciosas. Serão indicado quais são os deveres que devem ser seguidos nas operações financeiras, bem como indicadas as punições em abstrato e em concreto, sendo também indicada a probabilidade que uma empresa possui de ser condenada em um processo administrativo, a fim de se concluir qual o valor máximo que deve ser investido em um programa de *compliance*.

Palavras-chaves: Análise Econômica do Direito. Compliance. Direito Administrativo Sancionador.

1. INTRODUÇÃO

Desde do utilitarismo de Jeremy Bentham², uma metodologia econômica era, ainda que timidamente, utilizada para analisar o crime e o efeito dissuasivo de sua

¹ Artigo vencedor do 3º Lugar na 15ª Jornada UNIFACS de Iniciação Científica.

² A concepção trazida em sua primeira lei, onde sintetiza que, em suas ações, a humanidade busca maximizar o que lhe for vantajoso e evitar o que lhe prejudica, é sinônimo da consideração pelo autor do elemento

punição. Em sua perspectiva utilitária, o autor defendia que, na elaboração de sanções penais, o mal da punição deve exceder a vantagem obtida pela ofensa (BENTHAM, 1907). Ainda que de forma embrionária, a concepção de busca pela maximização da utilidade elaborada por Bentham acaba por se tornar a base da análise econômica do crime. Ao se portar em sociedade, o homem almeja o prazer e evita a dor, o mesmo se aplicando, de acordo com o método a ser adotado por esse artigo, a condutas que desafiem obrigações legais.

Séculos após os apontamentos de Jeremy Bentham, Gary Becker(1968), em seu artigo "*Crime and Punishment: An Economic Approach*", analisa a conduta criminosa sob o prisma econômico da Teoria da Escolha Racional, iniciando a escola da "Teoria Econômica do Crime". Tal como a concepção utilitária, Becker sustenta que o indivíduo que age contra a lei, o faz efetuando uma análise dos custos e benefícios de sua ação. Assim, quando os possíveis ganhos criminosos superarem as possíveis consequências legais, o indivíduo é incentivado a ser legalmente desviante. Na hipótese das penalidades superarem os lucros obteníveis, a pessoa é dissuadida da feitura do crime.

Mais especificamente, ao desenvolver sua teoria econométrica, Becker sustenta que o cálculo da utilidade de realização de certo delito leva em consideração as variáveis do equivalente monetário do crime a ser cometido, a possibilidade da condenação e a severidade da punição. (BECKER, p. 8, 1968)

Não obstante a consideração de Becker de traduzir variáveis não naturalmente numéricas - como a pena privativa de liberdade -, o presente artigo possui o objetivo de se valer da metodologia "Beckeriana" a fim de analisar a utilidade de punições administrativas por uma agência reguladora.

Assim, a variável que será aplicada a presente produção será numericamente auferível, sendo o valor das multas o correspondente da severidade da punição.

A lei nº 9613 de 1998 dispõe sobre os crimes de lavagem de capitais, tipificando tal delito e delimitando as sanções penais a serem aplicadas em sua

dissuasivo da punição. Realiza-se o que é legal enquanto for vantajoso – ou no caso do objeto de análise do presente artigo, lucrativo - fazê-lo.

* Estudante de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS) (BRASIL), membro do grupo de pesquisa "Repercussões Penais dos Programas de Compliance".

ocorrência. Não se limitando a matéria penal, a legislação também expõe deveres a serem cumpridos por pessoas físicas e jurídicas nas transações financeiras de determinado teor, nomeados pela doutrina internacional de deveres de *compliance*, com o objetivo de concretizar uma autorregulação regulada a fim de auxiliar o Estado no combate aos crimes de lavagem de capitais. A fiscalização do cumprimento de tais deveres se dá através do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que possui a obrigação de, uma vez verificado o não cumprimento dos deveres de *compliance*, punir aquele que violar sua obrigação legal.

Com a autorregulação regulada instituída na lei enumerada no parágrafo anterior, é comum se verificar nas empresas que integram as áreas elencadas pela lei a instituição de programas de *compliance* a fim de se manter em conformidade com seus deveres legais e, conseqüentemente, evitar as possíveis multas aplicadas pela agência reguladora. Com o surgimento desta demanda, comumente, se verifica um incentivo a oferta de programas de integridade por empresas e escritórios de advocacia especializados. O agente que possuir suas transações subordinadas ao COAF, contrata empresas que desenvolvem programas de *compliance*, a fim de se manter em conformidade com suas obrigações legais e, conseqüentemente, evitar as sanções da autarquia após um processo administrativo punitivo.

Dessa maneira, o presente trabalho possui como objetivo a análise da adoção e instituição de programas de *compliance*, em comparação com as multas punitivas do COAF. Será aplicado o método construído por Gary Becker para análise da utilidade de não estar em conformidade, mantendo como preceitos de variáveis os custos da instituição de programas de conformidade, bem como a probabilidade e severidade das multas a serem aplicadas pela autarquia após a verificação da não observância do dever de autorregulação imposto. No fim, igualando a utilidade a zero, será possível também o valor ideal, em face as punições administrativas, que uma empresa deve investir em um programa de conformidade.

O foco da análise será, portanto, as multas punitivas aplicadas contra as empresas que possuam suas transações comerciais sob a vigilância do Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

No fim, a título conclusivo, será analisada a resposta acerca da utilidade da adoção de programas de conformidade no mercado citado. Verificar-se-á se os custos arcados pelas empresas fiscalizadas com a adoção de sistemas internos de integridade e conformidade superam os ganhos resultantes de sua não instituição. Na hipótese de não superarem, se perceberá o caráter brando da agência reguladora em relação às punições na área, resultando em uma dissuasão insuficiente. O objetivo da presente produção científica é, efetivamente, informar aos operadores do direito e aos empresários qual é a quantia que deve, em confronto aos dados coletados das multas punitivas por uma autarquia reguladora, ser aplicada no investimento de um programa de *compliance*.

2. METODOLOGIA

É de ciência que a concepção de economia, ao menos em um sentido amplo, se alia ao desenvolvimento humano. Uma vez reconhecido que o emprego de tempo – compreendido como um recurso escasso - a uma atividade integra as relações sociais, é possível apontar que toda conduta, seja ela criminosa ou não, é realizada após consideração da utilidade do tempo a ela dedicado. Caso, após uma análise racional de escolha, esse tempo resulte em maior ganho que perda ao seu agente, seu emprego será proveitoso, podendo concluir que há um estímulo em sua realização. De maneira conclusiva, uma atividade pode ser economicamente analisada quando os riscos de seus custos e benefícios sejam auferíveis (POSNER, 1998).

Realiza-se uma “Análise Econômica do Direito” quando a conduta legalmente regulada torna-se objeto dessa crítica econômica. Assim, como pressuposto fundamental, é necessário compreender que, quando uma conduta é tomada, há uma conclusão racional de que o uso de tempo em sua feitura resultará em um ganho superior ao possível (ou real) custo ao agente (ORTIZ DE URBINA GIMENO, p. 35).

Uma vez existente um ato ontológico e uma conseqüente reação deontológica, o direito se aproxima do foco da crítica realizada na escolha racional (CAMPOS, 2008). É possível deduzir, por exemplo, a consideração das conseqüências indenizatórias resultantes do inadimplemento de certo contrato por aqueles que optarem por cumpri-lo. A existência de cláusulas penais, nesse caso, é

exemplo de um indexador dissuasivo ao instrumento contratual, objetivando um aumento no custo resultante ao inadimplemento do negócio jurídico. Desta forma, o contratante só optará por inadimplir quando os ganhos desta conduta superarem o patamar indenizatório a ser pago. Em suma, no âmbito jurídico-contratual, enquanto os ganhos no cumprimento do negócio jurídico superarem as possíveis perdas que vierem de seu inadimplemento, o contratante será estimulado a cumprir com sua obrigação.

Percebe-se a possibilidade de aplicação de uma teoria econômica no direito a fim, não apenas, de mapear os efeitos e incentivos de um contrato, como também das leis. Como afirma Posner (1998), ao se aplicar a análise econômica do direito, é possível explicar e prever o comportamento dos indivíduos regulados pela lei. Além disso, é possível auxiliar o processo legislativo ao apontar as possíveis consequências indesejáveis ou não intencionais de certas políticas públicas. Em igual sentido, também é possível apontar se a lei está cumprindo com sua eficácia ou não, ao se ter como objeto a realidade legalmente regulada, concluindo quais mudanças nas políticas públicas gerariam o cumprimento legal.

A sociedade age conforme a lei enquanto os ganhos de seu cumprimento superarem os custos de seu não cumprimento. Sendo o custo da punição de um crime superior ao seu ganho, aquele sob a tutela estatal optará por não incidir em sua feitura. Desta maneira, o indivíduo estará incentivado a cumprir com os dispositivos normativos quando as consequências de seu descumprimento – sejam elas sanções administrativas ou penais – superarem os ganhos decorrentes da violação legal.

Tomando como exemplo maior a fórmula da negligência sustentada pelo juiz da Suprema Corte Americana Learned Hand, é possível concluir a respeito da atitude de um indivíduo que racionalmente opta por atuar de forma negligente através de um cálculo simples. Uma infração negligente ocorrerá com uma probabilidade “P”, causando ao potencial infrator um custo “L”. Imaginando que a cautela necessária como a incógnita “C”, sempre que $C < PL$, conclui-se que o sujeito poderia ter agido com o cuidado necessário, incidindo em negligência (POSNER, 1998). Dessa maneira, é possível, tomando como pressuposto a ação racional do sujeito, ter ciência de quais incentivos operam sobre o sujeito na posição negligente.

Mister notar que tal como punições penais contribuem para o cumprimento do dever-ser do indivíduo criminalmente imputável, punições administrativas aplicadas por órgãos reguladores contribuem para o cumprimento de dever de *compliance* empresarial. Aliando-se a noção de custo de oportunidade, agir conforme seus deveres legais será proveitoso enquanto as consequências sancionadoras de sua inobservância superarem os ganhos que dela decorrerem (ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2013). Após uma escolha racional, aquele que operar sob a competência de um órgão fiscalizador eficaz concluirá que há mais proveito em se cumprir as obrigações de conformidade do que em não fazê-lo. Assim, a probabilidade da condenação e severidade da punição devem superar os ganhos obtidos pela infração empresarial para que exista um incentivo substancial no cumprimento de dever de *compliance*.

Considerados como ganhos na escolha racional daquele que viola seus deveres de *compliance*, estão os custos da instituição de um programa do gênero³. Os custos a serem inseridos no cálculo racional da conduta empresarial equivalem, como se conclui na adoção no método analítico de Gary Becker, que se verá a seguir, ao resultado da multiplicação da penalidade administrativa prevista e sua chance de aplicação.

2. 1. GARY BECKER E A ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME

Quantos recursos e quanta punição devem ser aplicados para garantir a aplicação de certa lei? (BECKER, 1968) Ao produzir seu famoso artigo “Crime and Punishment: An Economic Approach”, Gary Becker buscou responder tais questionamentos valendo-se de instrumentos de análise microeconômica. Assim fazendo, realizou conclusões a serem aplicadas em políticas públicas de combate a condutas ilegais.

Trabalhando pioneiramente no que foi sendo chamado posteriormente pela doutrina de “Economia do Crime”, Becker propôs uma otimização da máquina repressiva estatal com o objetivo de alocar melhor os gastos públicos, bem como valorizar os elementos dissuasivos das penalidades aplicadas. Baseando-se no dano

³ Ao optar por não instituir um programa de *compliance*, a empresa não emprega seu capital nessa área, conseqüentemente não pagando os custos sofríveis, que se traduzem em ganhos em sua não feita.

social causado por um ilícito, Becker sustenta que diferentes ações merecem diferentes repressões, vez que, a depender nos ganhos individuais de condutas criminosas diversas, níveis diferentes de dissuasão devem ser empregados. A infração que causar um dano ínfimo, não mereceria a mesma atenção estatal que aquela resultante em um dano extremo, sendo possível controlar as variáveis dissuasivas a fim de melhor alocar os gastos do Estado com delitos que ofendam bens jurídicos dignos de maior proteção.

Muito embora outros autores, como Stigler (1970) e Noveck (2006), tenham desenvolvido décadas mais tarde maneiras diferentes de se calcular a utilidade resultante de uma conduta criminosa, Gary Becker se posicionou a aplicar uma teoria microeconômica na análise criminológica. Conforme se verifica em seu trabalho, a utilidade esperada por uma conduta ilícita é definida na seguinte fórmula.

$$EU = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y) \quad (1)$$

Onde Y é ganho que se resulta na prática delituosa; U, a utilidade esperada da realização da conduta; p, a probabilidade de condenação; e f o equivalente monetário da punição (BECKER, 1968, p. 9).

Simplificando a equação, considerando as variáveis centrais a probabilidade da punição e a severidade do castigo, conforme aponta Becker (1968, p. 11), tem-se o seguinte.

$$EY = Y - p \times f \quad (2)$$

A aplicação deste método se mostra eficaz para a conclusão a respeito do caráter dissuasivo de uma punição administrativa a uma empresa devido a existência de variáveis economicamente auferíveis em sua natureza, capazes de facilitarem a conclusão. Entidades reguladoras, ao apurarem infrações administrativas podem concluir – o que implica a compatibilidade da variável “p”, não havendo certeza em uma condenação – que uma multa – incluída à formula como a variável “f” - seja aplicável. O ganho mínimo na não adoção de um sistema de conformidade é o valor que seria investido em neste programa, em decorrência da noção de “custo de oportunidade”. Pelo exposto, se nota a possibilidade de se aplicar o método

desenvolvido por Becker para verificar o efeito dissuasivo da repressão do COAF às empresas que não obedecerem a seus deveres de *compliance*.

3. 1. DEVER DE CRIMINAL COMPLIANCE E A LEI Nº 9.613/98

É possível tracejar o surgimento do instituto de *compliance* ao início no século XX. Notadamente, no ano de 1930, ocorrera a Conferência de Haia na qual fora estabelecida a fundação do *Bank for International Settlements*, com o objetivo de se facilitar a sincronia entre bancos centrais (ORTIZ DE URBINA GIMENO, 2018).

Com a evolução da economia e política, a perspectiva de um Estado interventor em toda e qualquer conduta humana passou a dar espaço a uma posição mais realista. Emerge a perspectiva de um domínio Estatal através da regulação, em uma intervenção indireta. Ao se verificar a impossibilidade prática de se dominar os meios de produção diretamente, a intervenção estatal passa a perspectiva de, no lugar de participar diretamente do mercado, elencar as normas a serem seguidas nele, acabando por afastar da posição de estado provedor, atrelando-se a uma perspectiva do modelo panóptico prescrito por Jeremy Bentham e popularizado por Michel Foucault (BRAITHWAITE, 2000).

Além de nomear as diretrizes a serem seguidas no mercado, bem como na vida em comum, o aparato Estatal institui a criação de órgãos e conselhos com a atribuição de se fiscalizar o cumprimento normativo. Assim, todo ato ilícito que é detectado pela instituição que foi atribuída a função fiscalizadora é punido pela mesma, através do poder administrativo sancionador. Consequentemente, ao se deparar com a possibilidade de punição, o indivíduo passa a se fiscalizar, em uma espécie de autorregulação regulada, para que tais normas prescritas não sejam violadas. O medo da punição faz com que aqueles que estão sob o domínio do olho estatal se regulem a não violar as leis que lhe foram impostas.

Seguindo essa lógica de um novo Estado regulador. Em 1960, a *Securities and Exchange Commission*⁴ iniciou um movimento de orientação às empresas reguladas à contratação de *compliance officers*, a fim de se criar procedimentos internos de controle e monitoramento de atividades suspeitas. Para garantir melhor

⁴ Órgão correspondente a Comissão de Valores Mobiliários nos Estados Unidos da América.

eficiência no cumprimento legal, as próprias empresas passaram a se fiscalizar, não deixando de serem submetidas a fiscalização estatal. O Estado, por sua vez, ao criar este novo dever de *compliance*, passou a fiscalizar seu cumprimento. A perspectiva de uma cooperação entre Estado e ente privado passa a permitir uma melhor e mais eficiente intervenção no controle legal do mercado. Em melhor síntese, explica Ilana Martins Luz (2018):

A política de *regulatory capitalism* não pode ser enquadrada, portanto em nenhum aspecto, como política liberal econômica (“neoliberalismo”). Na política do *regulatory capitalism*, é fundamental utilizar o mercado como um mecanismo regulatório, a partir de práticas de “boa governança”. Neste contexto são desenvolvidas estratégias que se diferenciam da dominação direta pelo Estado e se aproximam de regras indiretas para que os particulares regulamentem a própria conduta, de acordo com os objetivos do Estado.

Acompanhando a lógica da prevenção de riscos e de se evitar a sanção administrativa, o empresário se comporta conforme a lei, se autorregulando de acordo com as normas que o Estado impõe.

Neste sentido, a finalidade precípua do instituto da autorregulação empresarial tem vistas ao cumprimento de regulamentações estatais e, com isso, a prevenção de ilícitos e suas respectivas sanções. É através do egoísmo próprio do livre mercado que as sociedades empresariais, com a intenção de se preservar, se fiscalizam e se portam conforme a lei. Assim, em uma perspectiva pós-keynesiana, o Estado toma a posição como o fiscal da autorregulação.

De acordo com o informativo 09 da Associação Brasileira de Biotecnologia Industrial, o estado deverá fiscalizar e sancionar as entidades privadas que descumprirem seu estado de *compliance*.

A perspectiva de estar e agir em conformidade com a lei e os regulamentos internos das empresas direcionando-se à prevenção de delitos é denominada pela doutrina como *criminal compliance*. Com a intenção de se manter a eficiência na repressão estatal em delitos de lavagem de capitais, foi estabelecido na Lei nº 9613/98 as diretrizes que determinadas empresas devem seguir. Em 2012, uma nova Lei fora promulgada, buscando a atualização da repressão aos crimes de lavagem de capitais através da autorregulação regulada. Leciona Saad-Diniz (2013):

“Buscando maior espaço para mudanças e na tentativa de se manter atualizado ao movimento de alinhamento internacional em termos de cooperação, a nova lei de lavagem de dinheiro no Brasil foi publicada em 2012 (Lei n. 12.683/2012), propondo duas modificações bastante relevantes: a primeira delas, a supressão do catálogo taxativo, e, a outra a nova lei buscou estimular o movimento orientado pela especialização dos deveres de cumprimento e aperfeiçoamento operacional da unidade de inteligência financeira, especialmente no campo das instituições financeiras. A partir desta nova lei, a expectativa natural era a sofisticação da prevenção aos crimes econômicos.”

A materialização da autorregulação regulada do *criminal compliance* advém das prescrições de conduta elucidadas na lei. Em termos gerais, o dispositivo legal indica os deveres que os operadores o nicho de mercado fiscalizado pelo COAF – conselho criado pela mencionada lei com o objetivo de regular o cumprimento das normas de *compliance* – deverão cumprir a fim de não serem imputados das sanções desta autarquia.

Em seu artigo 10, a Lei nº 9.613/1998 estabelece que são deveres das empresas indicadas:

“(a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos das normativas expedidas pelos órgãos regulativos competentes; (b) manter registro das transações em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar o limite fixado pela autoridade competente, nos termos regulamentados; (c) adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhe permitam atender as obrigações estabelecidas pela legislação; (d) cadastrar e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no COAF, na forma e condições por ele dispostas; (e) atender às requisições formuladas pelo COAF na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar o sigilo das informações prestadas.” (BRASIL, 1998)

O descumprimento destes deveres implica na punição da empresa que promover o ilícito, bem como seus membros da administração através de um processo administrativo punitivo. No fim, aplicar-se-á uma sanção pecuniária que será arbitrada pelo COAF, conforme o ilícito praticado.

3. 2. PUNIÇÕES POR DESCUMPRIMENTO DE DEVER DE COMPLIANCE

Conforme mencionado anteriormente, existem deveres a serem cumpridos por aqueles que optarem por realizar operações comerciais sob a vigilância do COAF.

Por consequência, conforme já mencionado, o descumprimento destes deveres de autorregulação resultam na punição pelo ente regulador. Este é, evidentemente, o papel do Estado no instituto da autorregulação regulada. Sua inexistência certamente tornaria as previsões legais inócuas, vez que não existiria qualquer utilidade na adoção das medidas de boa governança empresarial, a não ser a intenção de publicidade ao mercado. Estaria o Estado, ao se portar de forma relapsa, estimulando as empresas *bad players* a não se portarem de maneira ética. A intenção de manter um mercado afastado das condutas ilícitas de seus integrantes não possuiria resultado concreto algum.

As imposições de tais deveres implicam na consequente punição por descumprimento, como já mencionado. O Estado, através do COAF, valendo-se do poder administrativo sancionador, se valerá de um processo administrativo punitivo para aplicar a multa à empresa descumpridora.

Aqui se nota a evidente semelhança de objeto entre a aplicação da teoria desenvolvida por Gary Becker perante o direito penal e o que se pretende analisar através deste artigo científico. Isso se dá devido a simetria entre o processo administrativo sancionador e o processo penal. Ambos se debruçam sobre procedimentos instaurados contra o indivíduo que apuram ilícitos, assegurando ampla defesa e contraditório e aplicando, ou não, em seu fim, penalidades a fim de se punir o descumprimento de normativa estatal. Enfim, como indica Nelson Hungria ao comparar o ilícito administrativo com o ilícito penal:

“a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal” (HUNGRIA, 1945).

Após a instauração e eventual condenação em um processo administrativo, o ente privado que descumpriu seu dever de *compliance* sofrerá uma das consequências previstas pela Lei nº 9.613/98 e regulamentos expedidos pelo COAF. Assim como toda punição, a multa administrativa possui uma previsão legal em abstrato, devendo o conselho deliberativo arbitrar o necessário em concreto, realizando sua devida dosimetria.

Na Lei nº 9.613/98, há expressa previsão a respeito dos limites máximos das sanções pecuniárias aplicadas, após a comprovação de que o ente privado descumpriu seu devido dever de *compliance*, em seu artigo 12º

“Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

(...)

II - multa pecuniária variável não superior:

a) ao dobro do valor da operação:

b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou

c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);” (BRASIL, 1998)

Assim, a autarquia possui a discricção de aplicar a multa que desejar, contanto que esteja sob seu limite legalmente previsto.

A importância de incidência de multas para a aplicação da metodologia de Gary Becker é o coeficiente monetário. Ao saber que há, em concreto, um déficit a ser aplicado como sanção, aquele que considerar praticar o ilícito ponderará a utilidade deste. Como mencionado mais acima, uma das variáveis do cálculo utilitário é a severidade da punição, aqui, nas punições administrativas, se traduzindo no valor da multa a ser aplicada. Considerando que a não adoção de um programa de *compliance* importa na possível aplicação da sanção pecuniária, se conclui que enquanto a quantia economizada com tal negligência supere a multa esperada, não será útil ao agente manter-se em conformidade com seus deveres. Por conseguinte, a multa restará ineficiente para atingir seu objetivo, havendo um estímulo a inobservância dos deveres legalmente impostos.

A atribuição da equação de Becker em relação ao contexto abstrato das punições elencadas pela Lei de 9.613/98 permite a conclusão, em teoria, do valor útil a ser investido em um programa de *compliance* eficaz. Através da inclusão dos dados elencados pela lei, em uma realidade em que todos os processos administrativos punitivos do COAF resultem em condenações, é possível chegar a conclusão de

quanto, realmente, em face as multas punitivas da autarquia, vale um programa de *compliance*. Na teoria, tomando como título de comparação o nível máximo das punições, um programa de *compliance* eficaz deverá ter como custo de investimento, a quantia de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Importante ressaltar que no cálculo da fórmula de Becker a variável incluída é apontada como lucro do ilícito. No contexto da presente pesquisa, como o que se avalia é um ilícito passível de multa administrativa, que não necessariamente resulta em um lucro real, a incógnita respectiva será compreendida como o custo de se portar conforme seu dever de *compliance*. Na não realização de uma conduta geradora de um custo, se tem a disposição do capital que seria investido para aplicação em outras atividades empresariais, sejam estas o pagamento de débitos da empresa, distribuição de dividendos, aumento de seu capital ou investimento no fluxo de caixa. Daí a compreensão de que, em abstrato, considerando o máximo multas legalmente previstas, bem como 100% de chance de condenação, o dinheiro a ser investido deve corresponder até o valor mencionado no parágrafo anterior, já que, caso fosse maior, importaria em despesa desnecessária por parte da sociedade empresária.

3. 3. ANÁLISE DAS PUNIÇÕES EM CONCRETO

É de conhecimento de todo operador do direito a diferença entre ser e dever-ser. Não obstante a dedicação estatal de se portar de forma a fiscalizar todas as operações financeiras de determinado grupo, há de se levar à realidade o fato de que não são todos os processos administrativos que resultam em uma aplicação de multa sancionatória. Outrossim, apesar do empenho do legislador em produzir um dispositivo legal que aponte o limite máximo do valor de uma multa, existe certa discricção do COAF na aplicação das multas administrativas, variando entre o mínimo possível e o máximo permitido, realizando a dosimetria com base em porcentagens das multas em abstrato ou dos valores das operações realizadas.

Se o objetivo da aplicação de sanções fosse simplesmente a dissuasão da inobservância dos deveres de *compliance*, na Equação (2) a variável “p” se aproximaria de 1, enquanto “f” seria um valor superior aos ganhos em se negar estar em *compliance*. Todavia, a instituição de um aparato fiscalizador que sempre está correto, imune aos erros humanos, é utópica, incidindo na prática em um estado policial abusivo. Elevar a variável “p” a 1 implicaria em um custo social demasiado. O

mesmo argumento é aplicável à hipótese de se imputar multas máximas em todos os processos, sem haver qualquer dosimetria, causando dano demasiado aos princípios da função social da empresa bem como a preservação de sua atividade, acabando o Estado por intervir de maneira abrupta no mercado (BECKER, 1964, p. 15).

Tabela 1 – Aplicação concreta das multas previstas⁵

Ano	Valor Médio de Multa	Probabilidade de Condenação	Número de Processos
2006	R\$200.000,00	100%	3
2007	R\$42.003,35	100%	2
2008	R\$59.340,72	100%	8
2009	R\$28.496,68	72%	11
2010	R\$63.852,49	100%	6
2011	R\$19.623,65	69%	14
2012	R\$25.335,45	50%	18
2013	R\$63.214,07	64%	10
2014	R\$62.493,38	75%	12
2015	R\$15.178,07	92%	39
2016	R\$3.812,65	80%	71
2017	R\$8.676,61	96%	49
Média Geral	R\$49.335,59	83%	

Fonte: BRASIL (2018)

Assim, o COAF possui a discricção, através da cognição do conselheiro competente para julgar o processo, de arbitrar a multa, considerando o capital social da empresa punida, seu comprometimento em sanar as deficiências que acarretaram na infração, bem como as circunstâncias da infração ocorrida (BRASIL, 2018)

As multas aplicadas variam entre R\$500,00 e R\$451.440,00 a depender da infração cometida e da operação financeira não informada. Em consideração à mencionada margem de discricção, deve a sociedade empresária tomar como

⁵ Os números em questão representam apenas as multas e condenações que tiveram como sujeito passivo empresas, não se incluindo seus administradores no cálculo em questão.

parâmetro, como será feito aqui, a média dos valores aplicados. Assim poderá se valer de certa segurança face a discricção à dosimetria.

Se a margem de diferença entre o máximo e o mínimo do valor da multa aplicada é grande, o mesmo não pode se dizer da probabilidade de condenação. Apesar de eventualmente se fixar próximo a 50%, na maioria dos anos analisados a probabilidade de condenação está acima dos 70%, o que faz com que, uma vez instaurado um processo administrativo punitivo, é mais provável que deste advenha uma condenação.

Digno de atenção é o fato de que o valor médio também possui uma ligação direta com os tipos de infração cometidas. Não estar cadastrado regularmente no COAF pode implicar uma multa de R\$2.000,00, enquanto não informar operações suspeitas pode resultar em uma multa de R\$100.000,00. Apesar disso, ainda que se verifique que em determinados anos intensidade da multa média tenha caído, não é correto afirmar que o valor a ser investido em *compliance* também tenha decrescido. Isso porque a baixa intensidade pode ser compensada com um igual aumento na probabilidade de condenação, o que, reputando a análise de (1), resultaria em uma manutenção do valor útil a ser investido.

Observando a Tabela 1 também é possível notar que, realizando uma comparação entre o ano com mais processos administrativos julgados – 2016, 71 processos – e o ano com menos processos julgados – 2007, 2 processos -, a probabilidade de condenação decaiu de 100% para 80%. Apesar disso o número de processos cresceu substancialmente, chegando a 3500% de aumento. Isso denota uma maior eficácia repressiva no passar dos anos. Com mais processos, alguns deles serão arquivados, absolvidos ou perdoados, enquanto, apesar disso, a maioria permanece resultando em condenações. Caso tomássemos o número de condenações ocorrido no ano de 2016 - 57 -, ainda teríamos um número 2850% superior ao número de condenações em 2007 – 2 -.

Também se verifica que o setor econômico mais fiscalizado pela autarquia é o de fomento mercantil. Analisando os dados conseguidos através do Ementário do COAF, nota-se que nos anos iniciais da instauração dos processos punitivos se tinha um foco em tais atividades, o que foi, com passar dos anos, cedendo espaço para o

setor de comércio de jóias, pedras e metais preciosos e para o comércio de bens de luxo de alto valor. Este último setor mercantil, em específico, somente começou a ter processos disciplinares a partir do ano de 2014 possuindo, entretanto, um crescimento considerável ao longo dos anos.

A razão dessas diferenças se dá em razão das diferentes infrações cometidas e o valor que delas provêm. Por incorrerem, geralmente, na infração de não observância do regular registro no COAF, as empresas que comercializam jóias, pedras e metais preciosos são punidas com as menores multas. Da mesma forma, como as empresas que comercializam bens de luxo incorrem na não comunicação da operação realizada a autarquia ou na não adoção de políticas de controle interno adequadas, são punidas em valores mais altos, que se baseiam na quantia da operação não comunicada. No mesmo sentido, por empresas de *factoring* realizarem as operações financeiras de valores mais altos, a multa aplicada, obedecendo o valor da operação, será a mais severa de todas.

4. ANÁLISE ECONÔMICA DAS MULTAS PUNITIVAS DO COAF

Ao realizar a análise econômica das multas aplicadas em concreto, é possível deduzir, a real eficácia dissuasiva da punição. De igual forma, é possível chegar a conclusão de qual seria o valor ideal a ser investido em um programa de *compliance* por uma empresa fiscalizada pelo COAF. O resultado varia de acordo com a área de comércio a ser observada, já que diferentes setores tendem a cometer diferentes infrações e a sofrerem multas diversas. Não obstante, inicialmente, tomar-se-ão os dados gerais coletados presentes na tabela supra.

Como já mencionado, inserindo as variáveis presentes na Tabela (1) na Equação (2) e igualando a mesma a zero, é possível concluir até quanto uma empresa deverá aceitar como preço máximo a ser investido em um programa de *compliance*.

$$0 = X - R\$49335,59 \times 0,83 \quad (3)$$

Isolando a incógnita, tem-se que $x = R\$40.948,54$. Com esse valor, o sistema se iguala a zero, denotando que o ganho de não estar em *compliance*, não será substancial, ao ser igual a perda possível que a empresa teria ao ser aplicada a multa da inobservância.

Destarte, este é o valor máximo, segundo a equação de Becker, a ser investido em um programa de *compliance*. Sob esse prisma, levando em consideração que os investimentos em um programa de *compliance* eficaz isentam a empresa da multa que viria a ser aplicada, tem-se que:

1. Sendo os gastos investidos iguais ao produto da multa e probabilidade de condenação, o ganho que se teria em não estar em *compliance* seria o mesmo que se teria estando, sendo ambos iguais a zero;
2. Sendo os gastos investidos superiores ao produto da multa e probabilidade de condenação, haverá um desperdício de capital, já que poderia se ter o mesmo resultado com um investimento menor.
3. Sendo os gastos investidos inferiores ao valor da multa, obtendo o mesmo resultado de um programa de *compliance* eficaz, o investimento será econômico, tendo sido menor, alcançando o mesmo resultado.

Assim, tomando como parâmetro os processos administrativos punitivos em geral, só é proveitoso para a empresa sob supervisão do COAF investir até a quantia de R\$40.948,54 em um programa de conformidade. Qualquer valor investido que esteja acima disso gera uma despesa superior ao risco da punição pela a autarquia.

Tabela 2 - Quantidade de processos julgados entre 2006 e 2017 por setor econômico

Setor Econômico	Quantidade de Processos Julgados	Média das Multas Aplicadas	Probabilidade de condenação
Jóias, pedras e metais preciosos	81	R\$6504,54	79%
Fomento Mercantil (<i>factoring</i>)	123	R\$34864,46	84%
Bens de Luxo ou de Alto Valor	107	R\$7996,74	96%
Total	311		

Fonte: BRASIL (2018)

A respeito dos setores econômicos, especificamente, temos que as empresas da área de fomento mercantil recebem as multas mais altas, devendo assim investir mais capital para em um programa de *compliance* útil. Repetindo o procedimento adotado com os dados gerais, é possível concluir que, para não serem uma despesa desnecessária, os programas de conformidade das empresas de *factoring*, e do

comércio de bens de luxo ou de alto valor e jóias, pedras e metais preciosos devem custar, respectivamente, até R\$29.286,14; R\$7.676,87; R\$5.138,58.

4. CONCLUSÃO

Multar é a forma menos dispendiosa para se punir um ilícito (BECKER, 1964). Seguindo a mentalidade de que as penalidades por descumprimento de dever de *compliance* existem para gerar um estímulo a se manter uma conduta proba, seguindo a lógica pós-intervencionista da autorregulação regulada, quanto mais severa a punição, mais severa é a dissuasão. De igual forma, quanto maior a penalidade, mais a empresa fará – ou no caso, investirá - para evitar que a ela seja imputada. As circunstâncias das multas punitivas do COAF variam de setor comercial observado, podendo chegar ao mínimo de R\$500,00 ou o máximo de R\$451.440,00 a depender da atividade realizada. Para tanto, diferentes atividades comerciais fiscalizadas possuem diferentes riscos, o que faz o presente trabalho ter em sua conclusão diferentes respostas para a dúvida de se é proveitoso instituir um programa de *compliance*.

Deve se ressaltar que é, de todas as formas, proveitoso para o indivíduo permanecer em conformidade. O que varia é o quanto é lucrativo investir em um programa de integridade. Considerando que a empresa consiga investir o mínimo possível para obter um programa suficientemente eficaz, evitando as multas punitivas, sempre será recomendável fazê-lo.

Murphy (2010) aponta que é desnecessário investir grandes quantidades de dinheiro para se ter um programa eficaz. Em seu livreto “A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs” o autor indica diretrizes a serem tomadas por empresas de pequeno porte que não possuem os recursos necessários para contratar grandes empresas de assessoria ou escritórios de advocacia e contabilidade. Não é impossível realizar o máximo, a fim de se prevenir de punições administrativas com apenas um pequeno investimento.

Tomando em consideração os riscos que empresas de pequeno porte sofrem ao não estar em *compliance*, explicados e analisados ao longo deste artigo, estes não são grandes o suficiente para justificar o investimento que empresas de consultoria exigem para prestar seus serviços. Caso a empresa opte por fazê-lo, estará realizando

uma despesa desnecessária, gastando mais do que deveria pagar na hipótese de uma futura sanção. Assim, conforme os valores indicados, analisando as punições em concreto do COAF, empresas de *factoring* e de comércio de bens de luxo, jóias, pedras ou metais preciosos, para não realizarem um investimento desnecessário, não precisam investir mais que a quantia indicada ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS

ARAUJO JR., A. F. Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel - 1981/1996. *Revista de Economia e Administração*, v. 1, n. 3, p. 1-34, 2002.

BECKER, G. Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, v 76, n. 2, mar./apr. 1968, p. 169-217

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Ed. 2, 1907.

BRAITHWAITE, John. The new regulatory state and the transformation of criminology. *British journal of criminology*, Oxford, UK, v. 40, n. 2, p. 222-238, mar. 2000.

BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, 4 mar. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Ementário de Decisões. Brasília, 2018c. v. 3. Disponível em: <<http://coaf.fazenda.gov.br/backup/sendo-regulado/processo-administrativo/ementario-das-decisoes>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Ementário de Decisões. Brasília, 2018c. v. 3. Disponível em: <<https://coaf.fazenda.gov.br/menu/estatisticas/comunicacoes>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade; uma avaliação crítica do modelo. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 22, 2008, p. 93-110.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n. 1, 1945.

LUZ, Ilana Martins. *Compliance e omissão imprópria*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, 1ª Edição.

MURPHY, Joseph E. *A compliance & ethics program on a dollar a day: how small companies can have effective programs*. Minneapolis: SCCE, 2010. Disponível em: <<http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/CEProgramDollarADay-Murphy.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

NOVECK, Scott. *Does Crime Pay? An Economic Analysis of Criminal Behavior*. *Princeton University Senior Thesis No. 20142*, 2006.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013ª;

POSNER, R. A. "An Economic Theory of the Criminal Law". *Columbia Law Review*, v 85, n. 6, out. 1985, p. 1194-1231.

_____. "Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law", 1998.

_____. "Sex and Reason", 1ª edição, 1994.

SHEPHERD, Joanna; RUBIN, Paul H. *The Economic Analysis of Criminal Law*, *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2nd edition Elsevier Ltd, UK.

SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013ª;

STIGLER, George J. "The Optimum Enforcement of Laws," *Journal of Political Economy* 78, no. 3 (May - Jun., 1970): 526-536.