

**5ª Seção –
Conferências e debates**

***Section 5 –
Conferences and debates***

7º PAINEL DO V FÓRUM BRASILEIRO DE INFRAESTRUTURA: CRIMINAL COMPLIANCE E INFRAESTRUTURA

7TH PANEL OF THE V BRAZILIAN INFRASTRUCTURE FORUM: CRIMINAL COMPLIANCE AND INFRASTRUCTURE

MESA:

GUILHERME SAN JUAN ARAUJO

Diretor de Assuntos Institucionais do IBEJI. Sócio da San Juan Advogados.
guilherme@sjaadvogados.com.br

EDSON JUNJI TORIHARA

Diretor de Ética e *Compliance* do IBEJI. Sócio do Toron, Torihara e Szafir Advogados.
edson@toronadvogados.com.br

MODERADOR:

RUBENS DE OLIVEIRA

Ouvidor do IBEJI. Sócio do Carneiro Maia & Oliveira Advogados.
rubens@lmo.adv.br

Rubens de Oliveira (Ouvidor do IBEJI e Sócio da Carneiro Maia & Oliveira Advogados)¹

Eu acho que *criminal compliance* é um tema interessante porque a gente também pode atuar de uma maneira preventiva. Às vezes, é um pouco difícil, mas é viável. Então, eu passo a palavra ao Doutor Guilherme, nosso amigo, para que faça as considerações dele.

Guilherme San Juan (Diretor de Assuntos Institucionais do IBEJI e Sócio da San Juan Advogados)

Antes de mais nada, eu gostaria de fazer uma saudação especial aos meus colegas de mesa, ao Doutor Rubens, Doutor Edson, que além de colegas de trabalho

1. Sétimo painel do V Fórum Nacional de Infraestrutura, realizado na tarde de 05.10.2017, no “Plenário do Conselho” da OAB/SP, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura – IBEJI, em parceria com a OAB/SP.

tenho o prazer de dividir a mesa. Especialmente ao nosso amigo Doutor Augusto Dal Pozzo, que preside o Instituto e tem tanto se dedicado, e eu sou testemunha disso, aos temas relacionados ao Instituto. Doutor Edgard, meu amigo, Doutor Pablo, que teve – e narrei ao longo do almoço – uma importância grande ao longo da minha vida porque foi o responsável pelo fato de eu ter me casado, porque não queria e, entre um champanhe e outra, ele me convenceu. E vocês pensam que é brincadeira? Não, isso é verdade, isso é verdade. No final dessa noite, que começou às dez da manhã, foi uma bebedeira e tanto, restei convencido de que já era chegado o momento da aposentadoria e de alcançar o matrimônio. Não sei hoje se fez bem ou mal, mas o fato é que assim estou. Doutor Edgard, meu amigo, Doutor André Porto Alegre, que acha meu sobrenome tão elegante: pode usar se você quiser. Sem o matrimônio, de preferência! Mas, obviamente, falar hoje de Direito Penal é um pouco complicado porque o que nos parece é que a única solução para o mundo é o Direito Penal, mas não é. O Direito Penal funciona como *ultima ratio*, como a última alternativa da sociedade para afastar o injusto ou o mau, ou aquilo que é inadequado ou indevido. Sem falar aqui sobre os modelos de Estado e de empresas que temos. Sem falar aqui do modelo de sociedade que adotamos, que não é diferente, diga-se, de outros países do mundo. O Brasil não é diferente de outros países do mundo, sobretudo da América Latina. A corrupção é, sem dúvida, algo muito grave, tem que ser combatida com rigor, ninguém aqui está a defender que não se puna. Está sim aqui a se defender que se puna de maneira adequada. Não me parece razoável você ter o parricida, que é condenado a 19 anos de prisão, e aquele que pratica o crime de corrupção, 40. Não me parece proporcional e razoável. Sem falar, obviamente, não estou, e volto a dizer, não estou aqui a defender aquele que comete o ilícito, né? Hoje se criminaliza praticamente a advocacia, a ação do advogado é quase criminosa. Nós, advogados, hoje, e penso que estamos aqui em um auditório composto por muitos advogados, temos que tomar muito cuidado com aquilo que pensamos ou dizemos. Não se trata, nesses casos, de você imaginar que advogados estão violando a norma penal, não se trata, também, em contrapartida, de você imaginar que advogados não cometem ilícitos. Claro que cometem! Mas vamos separar o que é advocacia do que é prática delituosa. Me parece que esse cuidado nós temos que ter. Não podemos aplaudir – mas espero que paremos uma hora de aplaudir – imputações a colegas. Não podemos mais aplaudir imputações com base em ouvir dizer que é do que são compostas algumas das colaborações premiadas – que citam colegas, inclusive. E de maneira absolutamente injusta, imoral e inadequada. Temos realmente que meditar um pouco a respeito do uso do Direito Penal. Eu, quando estudei, que não faz tanto tempo, além de seguir estudando, enxergava o Direito Penal como a *ultima ratio*. De três anos para cá, parece que é a *prima ratio*, ou seja, que a primeira alternativa é o Direito Penal. Não é. Você tem, entre o Direito Penal, o

Rubens de Oliveira (Ouvidor do IBEJI e Sócio da Carneiro Maia & Oliveira Advogados)

Muito obrigado, Doutor Edson, nos encontramos na última quinta-feira em Curitiba e estávamos falando exatamente sobre esse assunto.

Só queria fazer uma colocação. Essa questão do *compliance officer* é relevante e delicada, porque, dentro de uma estrutura da empresa, criminalista gosta de fazer a pirâmica: infelizmente, uns dizem que a responsabilidade vem de cima para baixo nos crimes empresariais, coisa que eu não concordo. O *compliance officer*, em termos de investigação ou procedimentos atinentes ao processo penal – eu entendo que ele tem que ficar fora –, não pode ficar dentro do ordenamento da empresa e se submeter, na maioria das vezes, àquele que tem o poder decisório para que ele não venha a ser contestado de uma maneira incisiva, porque se você se coloca dentro da empresa, dentro do ordenamento, você fica mais favorável a qualquer questionamento. Agora você fora, com uma autonomia, já tende a ser uma questão um pouco menos complexa em termos de investigação penal.

Guilherme San Juan Araujo (Diretor de Assuntos Institucionais do IBEJI e Sócio da San Juan Advogados)

Preciso chamar todos a refletirem um pouco a respeito do Estado em que estamos vivendo e o Estado que queremos, eu acho que isso é fundamental: a gente parar e refletir um pouco, o que nós queremos enquanto Estado. Não acho que *compliance officer* vá resolver todos os problemas. Eu concordo com o Rubens, isso vai de encontro ao que eu dizia agora há pouco a respeito das estruturas das instituições financeiras, como é tratado o *compliance*, que é tratado diretamente ao Banco Central. Para as empresas, tem esse problema hoje, ou seja, falta regulamentação. Falando um pouco e para fechar a respeito das colaborações premiadas, não têm no Brasil normas adequadas e uma legislação clara a respeito dos limites das colaborações. Há casos em que, para se fazer a colaboração quando o cliente tem dois ou três ilícitos porventura praticados, ele vai ter que passar seis meses no cárcere, digo aqui com conhecimento de causa. Não estou falando de domiciliar, estou falando de cárcere. Você tem casos em que por interesses uns ou outros o indivíduo que comete *n* ilícitos tem imunidade. Eu acho que a gente tem que refletir um pouco a respeito da proporcionalidade. E a proporcionalidade deve ser e deveria ao menos ser utilizada no Direito Penal com muito critério. Infelizmente, nesses casos, nesses dois casos que eu trouxe aqui depois de ouvir um pouco e meditar um pouco a respeito daquilo que falou o Rubens e falou o Edson, me fazem pensar. Precisamos avaliar sob a ótica da proporcionalidade, não podemos ter casos tão díspares. Falta regulamentação. As colaborações, como vêm sendo feitas em alguns casos específicos, ferem de maneira flagrante a proporcionalidade. A solução do Estado é buscar alternativas outras para resolver esse problema.

Agradeço a todos, agradeço ao convite do Doutor Augusto, Doutor Edgard. Agradeço a participação desta mesa, a um grupo tão seletivo de pessoas e estou à disposição para responder a qualquer tipo de questionamento ou esclarecimento que haja.

Participante: Por gentileza, Doutor Guilherme, o senhor estava comentando sobre a exposição dos advogados que estavam sendo tratados como criminosos. O advogado em si, quando ele se expõe a isso, [inaudível] Código de Ética, quanto menos você fala sobre o caso, melhor, você mantém a sua postura de advogado. E esses advogados que saem na mídia para ter seus cinco minutos de fama, principalmente agora em relação à defesa de vários corruptos que nós estamos vendo todos os dias nos jornais e na televisão?

Guilherme San Juan Araujo (Diretor de Assuntos Institucionais do IBEJI e Sócio da San Juan Advogados)

Shirley, veja só, eu faço apenas um pequeno ajuste: não são corruptos, são acusados de corrupção. A gente não quer aqui prejudicar os indivíduos que estão ali sendo acusados. Isso é uma crítica que eu costumo fazer cotidianamente, inclusive nos almoços de fim de semana em que eu sou questionado: “Como você defende esses indivíduos? Como você é capaz de tratar isso com normalidade?” A resposta, não ainda à sua pergunta, mas a essa provocação que eu fiz, é muito simples: todos têm direito à defesa. Alguns, talvez, não tenham direito à liberdade. Mas isso depois de uma sentença penal com trânsito em julgado. Trânsito em julgado, leia-se aquele previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Depois que não caiba mais recurso e não essa tal execução provisória que hoje é colocada e que, espero e acredito, seja revista pela Suprema Corte.

Mas, respondendo à sua pergunta, eu acho que há casos e casos. Há casos, sem dúvida nenhuma, e concordo com você, que o advogado se expõe de maneira demasiada. No entanto, existem casos em que a defesa pública, sobretudo diante de uma acusação também pública, é imprescindível. Não basta apenas o cliente ser absolvido do processo, muitas vezes, ele já está socialmente condenado, ainda que seja absolvido. Não são raros os casos, trago aqui o exemplo da Escola Base. Por isso que eu acho que existem casos e casos: em muitos casos, a defesa pública é sim essencial. Sem citar casos específicos, hodiernamente, nós temos identificado os vários casos em que a defesa pública é fundamental. Mas concordo com você em relação a esses casos em que existe excesso: eles devem ser tratados pela Comissão de Ética da Ordem dos Advogados. Em São Paulo, por exemplo, eu sei que ela é bastante atuante, inclusive sou assessor de uma das turmas e a quantidade de pareceres que eu tenho que emitir é vasta.