

PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 05 NA AUDITORIA CONTÁBIL: prevenção de riscos decorrentes das transações entre partes relacionadas e as “Zombie Firms”**TECHNICAL PRONOUNCEMENT CPC 05 IN THE ACCOUNTING AUDIT: avoidance of risks arising from transactions between related parties and the “Zombie Firms”**

Rafhaella Cardoso¹
prof.rafha@gmail.com

Vidigal Fernandes Martins²
vidigal@ufu.br

RESUMO

A pesquisa dedica-se ao tema dos Riscos e Conflitos de Interesses nos Relatórios de Auditoria Contábil a partir da obediência (ou não) ao Pronunciamento Técnico CPC 05. Esta normativa visa assegurar que as demonstrações contábeis da entidade contenham as divulgações necessárias para chamar a atenção dos usuários para a possibilidade de o balanço patrimonial e a demonstração do resultado da entidade estarem afetados pela existência de partes relacionadas e por transações e saldos, incluindo compromissos, com referidas partes relacionadas. Consideram-se partes relacionadas as pessoas físicas, empresas ou entidades que têm significativa importância na organização gerencial de uma companhia de capital aberto, que são aquelas cujos valores mobiliários de sua emissão são negociados neste mercado. A mudança global dos riscos existentes nos cenários empresariais têm exigido a obediência de regras contábeis que revelem: equidade, transparência, prestação de contas e responsabilidade corporativa etc. que o mercado demanda. Assim, as transações com partes relacionadas, faz com que o envolvimento do Auditor Contábil se direcione à prevenção, orientação e desenvolvimento de práticas, políticas e mecanismos de identificação e tratamento de potenciais situações de conflito. Cita-se como estudo de caso as “zombie firms” que se valem, muitas vezes, de transações entre partes relacionadas não aclaradas em relatórios de auditoria, para o cometimento, favorecimento ou ocultação de infrações penais, tais como: fraudes, lavagem de dinheiro etc. Para se chegar a esta e outras conclusões, a pesquisa se apoiou na pesquisa teórico-bibliográfica e documental relativas às principais fontes nacionais e estrangeiras que tratam especificamente da resolução do problema.

¹ Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) (2015-2018). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) (2013). Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) (2009). Graduado pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) (2008). Pós-Graduação No MBA-FACIC / UFU em Gestão Contábil e Tributária (2019-2021).

² Professor Associado FACIC/UFU – Doutor em Administração EAESP/FGV, Contador, Cátedra nº 17 da Academia Brasileira de Ciências Contábeis.

Palavras-chave: Conflito de Interesses; Transações entre Partes Relacionadas; Auditoria Contábil; “Zombie Firms”; Lavagem de Dinheiro.

ABSTRACT

The research is dedicated to the topic of Risks and Conflicts of Interest in Accounting Audit Reports based on compliance (or not) with Technical Pronouncement CPC 05. This regulation aims to ensure that the entity's financial statements contain the necessary disclosures to draw attention users to the possibility that the entity's balance sheet and income statement are affected by the existence of related parties and by transactions and balances, including commitments, with such related parties. Related parties are individuals, companies or entities that have significant importance in the management organization of a publicly-held company, which are those whose securities issued by them are traded in this market. The global change in existing risks in business scenarios has required compliance with accounting rules that reveal: equity, transparency, accountability and corporate responsibility, etc. that the market demands. Thus, transactions with related parties make the involvement of the Accounting Auditor focus on the prevention, guidance and development of practices, policies and mechanisms for identifying and dealing with potential conflict situations. It is cited as a case study the "zombie firms" that often use transactions between related parties that are not clarified in audit reports, for the commission, favoring or concealment of criminal offenses, such as: fraud, money laundering etc. In order to reach this and other conclusions, the research was based on theoretical-bibliographic and documental research related to the main national and foreign sources that deal specifically with the resolution of the problem.

Keywords: *Conflict of Interest; Transactions between Related Parties; Accounting Audit; “Zombie Firms”; Money laundry.*

1 INTRODUÇÃO

No contexto dos ambientes empresariais, as auditorias contábeis têm se mostrado importantes instrumentos de demonstração de patamares mínimos de conformidade, transparência e ética, precipuamente quando se trata das questões envolvendo os supostos conflitos de interesses em transações entre partes relacionadas, haja vista que, objetivamente, há duas pessoas distintas e é natural que possamos conceituar dois tipos diferentes de interesses: o da sociedade empresarial e os interesses do acionista controlador.

Naturalmente, especialmente quando analisamos as sociedades por ações, os interesses da sociedade e os interesses de seu acionista controlador, geralmente, são consonantes. Isso ocorre, logicamente, pois para que o último lucre legitimamente com seu investimento é necessário que a empresa se desenvolva e ofereça bons resultados.

A exceção exsurge à medida que tais interesses se distanciam, o que não é de bom grado e sequer tolerado pelo ordenamento jurídico.

Em tais situações de antagonismo inúmeros são os prejuízos, o que se observa

inicialmente nos acionistas (Shareholders), alcançando também diversos interesses externos, materializados nos empregados, fisco, empreendedores satélites, comunidade etc. (Stakeholders).

Por essa razão, o dever de lealdade no Direito Empresarial e Societário, grande preocupação do legislador, que é tão antigo quanto a própria sociedade por ações, assume o cerne da governança corporativa, devendo ser por todos prestigiado.

Desse modo, em situações anômalas, especialmente quando interesses extrassociais passam a suplantar a atuação proba dos controladores, que logicamente deveria harmonizar-se com os interesses da sociedade anônima, o Direito é convocado a realizar sua tutela, evitando ou reprimindo esse pernicioso conflito de interesses.

Cabe enfatizar que uma das evidentes intenções do legislador, ao regulamentar as atividades das sociedades por ações e as responsabilidades do seu acionista controlador e dos seus administradores (Lei nº 6.404/76 - artigo 117), foi a da proteção do acionista minoritário. É neste contexto que se inserem dispositivos tais como: as penalidades ao desvio de poder dos administradores, a figura do conflito de interesses, o direito de dissidência e, sem dúvida alguma, a divulgação (embora definida em forma incompleta) das transações entre partes relacionadas.

Para permitir uma adequada interpretação das demonstrações financeiras por parte de seus usuários e de quem com base nelas vá tomar decisões de caráter econômico-financeiro, é necessário que as transações entre partes relacionadas sejam divulgadas de modo a fornecer ao leitor, e principalmente aos acionistas minoritários, elementos informativos suficientes para compreender a magnitude, as características e os efeitos deste tipo de transações sobre a situação financeira e sobre os resultados da companhia.

Quando uma divulgação tão imprescindível quanto essa, determinada pelo Pronunciamento Técnico CPC 05 e pela CVM não é realizada nem pela Gestão Interna ou mesmo pelos Auditores Externos contratados pelo administrador em nome da companhia, em que pese a normativa preconizar a sua exigência desde 1986, verifica-se que graves riscos de conformidade estão relacionados.

Surge então a problemática do presente trabalho: a falta da divulgação das transações e contratações ocorridas entre partes relacionadas dever ser feita no corpo das demonstrações financeiras ou em notas explicativas? Respeitada a condição de fornecer detalhes suficientes para identificação das partes relacionadas e de quaisquer condições essenciais ou não estritamente comutativas inerentes às transações em pauta, deve ser indicado, conforme normativa da CVM, em todos os casos, se as transações foram feitas a valores e prazos usuais no mercado ou de negociações anteriores que representam condições comutativas? Qual a relação entre a desobediência dessa normativa contábil e os riscos penais correlacionados às chamadas “empresas zumbis”?

Na ânsia de buscar respostas para estes questionamentos desenvolveu-se o estudo a seguir com os procedimentos metodológicos listados.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O delineamento adotado nesta pesquisa caracteriza-se como sendo um estudo descritivo, tendo como procedimento metodológico o levantamento teórico-bibliográfico das fontes doutrinárias sobre o tema, bem como documental a partir das principais

fontes normativas (Pronunciamento Técnico CPC 05, DELIBERAÇÃO CVM Nº 560, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2008, Lei de Sociedades de Ações, Código Penal e Lei de Lavagem de Dinheiro); estudo de caso específico das empresas zumbis (“*zombie firms*”) no ponto em que podem ser ou não relacionadas aos riscos da não observância das normas relacionadas às demonstrações das transações entre partes relacionadas.

No que se refere à análise dos dados, tendo em vista os objetivos definidos classifica-se este estudo como quantitativo-qualitativo, caracterizando-se tanto pelo conteúdo e análise das informações, quanto no emprego de quantificação nas modalidades de coleta de informações e no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Partes relacionadas, na definição da própria Comissão de Valores Mobiliários (CVM), podem ser definidas, de um modo amplo, como aquelas entidades, físicas ou jurídicas, com as quais uma companhia tenha possibilidade de contratar, no sentido lato deste termo, em condições que não sejam as de comutatividade e independência que caracterizam as transações com terceiros alheios à companhia, ao seu controle gerencial ou a qualquer outra área de influência.

O artigo 115 da Lei de Sociedades de Ações (LSA) trata do abuso do direito de voto e do voto conflitante e em benefício próprio.

Em linhas gerais, o voto abusivo tem como pressuposto a intenção do acionista de causar dano à companhia ou aos demais acionistas ou de obter vantagem indevida para si. A aprovação das contas pelo sócio administrador está inserida nas hipóteses de conflito de interesse, existindo uma presunção de sua ocorrência. Há quem defenda, porém, que a lei trata, no ponto, de duas situações: (i) da proibição de voto e (ii) do conflito de interesses. De todo modo, trata-se de hipótese em que o voto não deve ser manifestado.

Com efeito, o conflito de interesses pode ser formal ou material. No primeiro caso, o conflito de interesses é apurado, a priori, estando o acionista impedido de proferir seu voto (proibição de voto). Já no conflito material (ou substancial), o voto é manifestado, sendo objeto de controle posterior, quando será apurada a efetiva ocorrência do conflito a partir da análise da situação fática.

A aprovação das próprias contas é caso típico de conflito formal (ou impedimento de voto), sendo vedado ao acionista-administrador proferir voto acerca da regularidade de suas contas. Esse é o entendimento que prepondera doutrina, a citar a definição trazida por Alexandre Couto Silva:

A análise do conflito de interesse é *ex ante factum* nas hipóteses de proibição expressa na LSA do exercício do direito de voto: (i) do acionista nas deliberações relativas ao laudo de avaliação de bens com que este concorrer para a formação do capital social; e (ii) do acionista nas deliberações relativas à aprovação de suas contas como administrador. O entendimento da doutrina não é vacilante no que tange a essas hipóteses taxativas de proibição do direito de voto”³.

Com efeito, a aprovação das contas pelos próprios administradores somente é

³ Conflito de Interesses: Problemas de Agência in: **Direito Societário**: 35 anos da Lei de Sociedades por Ações.

Coord. Alexandre Couto Silva. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book – grifou-se.

Revista Científica Doctum: Multidisciplinar. DOCTUM. Caratinga. v. 1, n. 5, 2022. ISSN: 2595-1629

possível nas sociedades fechadas, nas quais os diretores forem os únicos acionistas, entendimento trazido emblematicamente do RECURSO ESPECIAL Nº 1.692.803 - SP (2016/0156786-3), RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 23/02/2021.

Além da LSA, a CVM também disciplina o tema e traz normativa específica – a Deliberação CVM n. 560 de 11.12.2008 -, que conceitua o que são transações entre partes relacionadas e determina que estas sejam publicadas contabilmente.

Neste sentido, desde a DELIBERAÇÃO CVM Nº 26, DE 05 DE FEVEREIRO DE 1986, reforçada pela vigente DELIBERAÇÃO CVM Nº 560, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2008 (que foi responsável pela sua revogação), determina-se que contratações diversas, alienações, transferências, empréstimos e adiantamentos, com ou sem encargos financeiros, ou a taxas favorecidas são algumas das transações entre partes relacionadas, que devem, obrigatoriamente ser divulgadas aos acionistas.

Os termos "contrato" e "transações" referem-se, neste contexto, a operações tais como: comprar, vender, emprestar, tomar emprestado, remunerar, prestar ou receber serviços, condições de operações, dar ou receber em consignação, integralizar capital, exercer opções, distribuir lucros etc.

Em geral, a referida possibilidade de contratar em condições que não as de comutatividade e independência se dá entre entidades nas quais uma delas, ou seus acionistas controladores, detém participação a lhes assegurar preponderância nas deliberações sociais da outra. Mas o conceito de partes relacionadas deve estender-se, também, ao relacionamento econômico.

Para a CVM, parte relacionada é a parte que está relacionada com a entidade:

(a) direta ou indiretamente por meio de um ou mais intermediários, quando a parte:

(i) controlar, for controlada por, ou estiver sob o controle comum da entidade (isso inclui controladoras ou controladas); (ii) tiver interesse na entidade que lhe confira influência significativa sobre a entidade; ou (iii) tiver controle conjunto sobre a entidade; (b) se for coligada da entidade; (c) se for joint venture (empreendimento conjunto) em que a entidade seja um investidor; (d) se for membro do pessoal-chave da administração da entidade ou de sua controladora; (e) se for membro próximo da família ou de qualquer pessoa referido nas alíneas (a) ou (d); (f) se for entidade controlada, controlada em conjunto ou significativamente influenciada por, ou em que o poder de voto significativo nessa entidade reside em, direta ou indiretamente, qualquer pessoa referida nas alíneas (d) ou (e); ou (g) se for plano de benefícios pós-emprego para benefício dos empregados da entidade, ou de qualquer entidade que seja parte relacionada dessa entidade.

Transação com partes relacionadas é, portanto, a transferência de recursos, serviços ou obrigações entre partes relacionadas, independentemente de haver ou não um valor alocado à transação.

Neste aspecto, remuneração de empregados e administradores inclui todos os benefícios aos empregados e administradores e inclusive os benefícios pagos com base em ações e instrumentos financeiros.

A definição e a exemplificação antes mencionadas não esgotam, necessariamente, os elementos a serem levados em conta para identificação das partes que devem ser qualificadas como "relacionadas", nem restringem as informações que devem ser divulgadas pela Lei nº 6.404/76, particularmente nos seus artigos 176, 243 e 247, e pela Instrução CVM nº 01.

No caso de transações com fornecedores, clientes ou financiadores com os quais

a empresa mantém uma relação de dependência econômica, financeira ou tecnológica, os saldos ou os montantes das operações efetuadas durante o exercício deverão ser divulgados como uma explicação sucinta da natureza do relacionamento ou da dependência. Esta divulgação poderia ter sido incluída na nota explicativa referente às operações ou saldos normais do mesmo tipo (por exemplo: clientes, financiamentos etc.) ou em nota específica pelos Auditores Contábeis contratados pelo administrador de uma companhia.

Ao tratar dessa situação, parte-se da premissa advinda da Lei das Sociedades por Ações ao estabelecer uma regra geral, consubstanciada em seu artigo 156:

Conflito de Interesses

Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe o dever de declarar o seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

Da disposição legal, se extrai, em síntese, que no que tange ao comando societário, as decisões que serão tomadas devem ser norteadas por alguns princípios.

Em primeiro lugar, as decisões devem ser tomadas por administradores focados no interesse da companhia, de modo que ao administrador em situação de conflito de interesses não é cabida a tomada de nenhum ato de gestão, não podendo votar, influenciar ou opinar a seu respeito, recaindo-lhe tão somente o dever de prestar esclarecimentos aos demais interessados.

Em segundo lugar, se vedada a decisão por parte do administrador, este está obrigado a cumprir um dever de informação, devendo se manifestar claramente a respeito do conflito e de qual a sua extensão, já que, naturalmente, o mérito da decisão que será tomada deverá ser sindicado, não podendo ser admitido que os colegas do órgão administrativo tomem a decisão com o interesse de favorecer o acionista administrador impedido.

Por fim, e extremamente importante no caso em questão, a decisão tomada deve se guiar a atingir o interesse social, estreita às condições de mercado em situações semelhantes, guiada, portanto, pela razoabilidade e equitatividade.

Sobre o ponto, SPINELLI, TELLECHEA e SCALZILLI dizem:

“Nesses termos é necessário verificar a similitude do negócio celebrado com o administrador em face de idênticas operações de mercado, firmadas entre pessoas que não se situam em posição conflitante, de tal modo a demonstrar que é indiferente ou melhor (nunca pior) contratar com o administrador em relação a um terceiro⁴”.

⁴ CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro et. al. (COORDS.). **Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas**: Vol.1. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 826.

Para situações de descumprimento do exposto, o dispositivo propõe duas sortes de sanções que visam proteger a sociedade de seu controlador, uma no plano de validade, pois o negócio realizado em desrespeito ao dever de lealdade é anulável, e outra no plano da eficácia, uma vez que o acionista controlador que falta com tal dever deve devolver todas as vantagens que tiver obtido quando realizou operações em seu prestígio e em detrimento da companhia.

Não obstante, também existem outros dispositivos legais que visam proteger a empresa de seu próprio controlador.

O artigo 117 da Lei de Sociedade Anônimas contempla rol exemplificativo de condutas abusivas aptas a ensejar responsabilização do controlador:

Responsabilidade

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia-geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

E é justamente em razão do possível conflito de interesses que possa eventualmente vir a surgir, que em determinadas situações as decisões não serão tomadas pelo controlador, mas sim por outras figuras, conforme disposto no artigo 115. §1º:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à

companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

Entretanto, existem situações mais graves, em que as condutas adotadas pelo controlador (ainda que indireto) e/ou administrador são mais acentuadas, e extrapolam os limites de contenção do Direito Societário, suplantando o princípio da subsidiariedade dos ramos do Direito, à medida em que atingem e ofendem bens jurídicos tutelados pela legislação penal.

Enquanto se demonstra muito latente que as atitudes adotadas pelo administrador faltaram em muito com o dever de lealdade esperado dessa figura, também nos parece que devem ser tipificadas como crime, mais especificamente às figuras dos artigos 171, 299 do Dec.-Lei 2.848/1942 (Código Penal) e, também, à figura típica prevista no art. 1º da Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro).

O delito de estelionato busca punir aquele que procura despojar a vítima do seu patrimônio através da astúcia ou esperteza, realizando a lesão de maneira sutil, mas sempre segura. Emprega-se a fraude para induzir ou manter a vítima em erro, criando nela uma falsa percepção da realidade.

Nessa toada, os três elementos necessários para a configuração do crime estão presentes, quais sejam, (a) a fraude, consubstanciada através do meio malicioso empregado para manter os acionistas minoritários em erro, escondendo ou omitindo as movimentações que estavam sendo feitas; (b) a vantagem ilícita, considerando que o acionista controlador já recebia salário próprio para desempenhar suas funções não aparentando haver necessidade de realizar nova e desproporcional contratação de empresa que realizaria basicamente as mesmas funções, além de ser de propriedade do próprio acionista controlador, e (c) o prejuízo alheio, que reside nas vultuosas quantias de dinheiro da entidade que foram transferidas para conta diversa, em desfavor dos acionistas minoritários e Stakeholders.

Ademais, enquanto tal conduta anterior se apresenta como típica e ilícita, nota-se também que o mecanismo engenhoso utilizado pelo acionista administrador também fere outras normas do espectro penal, uma vez que a criação de empresa distinta para o recebimento das vantagens indevidamente obtidas, com o intuito de ocultar e dissimular sua origem, implica na prática do delito de lavagem de dinheiro, tipificado no artigo 1º da Lei 9.613/1998.

O tipo objetivo do delito consistente na dissimulação, implica em uma tentativa do agente de garantir a ocultação dos valores advindos de origem ilícita, garantindo a ele maior tranquilidade de fruição, o que parece se coadunar com o *modus operandi* adotado pelo acionista administrador que, através da emissão de notas fiscais fraudulentas, já que não havia serviço efetivamente prestado, inseria os valores formalmente na economia como se lícitos fossem.

Desse modo, nota-se que a conduta não é desdobramento natural do delito antecedente, principalmente diante do desenvolvimento de modo peculiar e eficiente para dificultar a punição do Estado, existindo uma conduta voltada especificamente à lavagem, garantindo a autonomia entre os delitos apurados.

Por mais que existam inúmeras definições de lavagem de dinheiro, a mais precisa é aquela prevista na lei, em especial no caput do artigo 1º da Lei de 9.613/1998: “ocultar ou dissimular” bens direitos ou valores provenientes de infração penal.

O tipo penal do art. 1º, caput, não faz menção expressa a qualquer elemento subjetivo especial, de forma que, à primeira vista, exige-se apenas o dolo de “ocultar ou dissimular” os bens provenientes de infrações antecedentes, comportamento suficiente para afetar a administração da Justiça.

Para trazer considerações assertivas às hipóteses apresentadas acima, faz-se necessário uma abordagem para além da mera interpretação literal do tipo penal previsto no art. 1º da Lei 9.613/98.

Isso porque, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias (e mesmo estrangeiras) a interpretação que se tem firmado é a teleológica acerca da intenção “transcendental” ao comportamento típico do crime de lavagem de dinheiro, qual seja, “a vontade de reciclar o capital por operações comerciais ou financeiras aparentemente lícitas, a partir de valores advindos de infrações penais antecedentes – quaisquer que sejam elas” .

Ou seja, embora não esteja exposto no tipo penal o elemento subjetivo especial que determine a “vontade de lavar ou reciclar o capital sujo”, de usar operações diversas para inserir os valores maculados no sistema econômico com aparência de licitude; o certo é que expoentes da doutrina e até mesmo da jurisprudência nacionais trazem como possíveis a existência de “elementares típicas implícitas” decorrentes da interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico para a compreensão da lavagem de dinheiro para além de outras infrações penais assemelhadas.

Se esta postura criteriosa de se adotar uma interpretação teleológica do tipo penal não fosse adotada, certamente haveria uma confusão entre os delitos de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998, art. 1º e ss.) e o delito de favorecimento real (CP, art. 349), o que ofenderia frontalmente o princípio da proporcionalidade na atuação do legislador penal.

Feitas as devidas arestas sob o aspecto de interpretação do comportamento descrito no tipo penal, há quem sustente que a mera “ocultação” já revelaria o crime de lavagem de dinheiro, uma vez que a lei não exige que os valores “sujos” sejam reintroduzidos na economia com aparência de licitude para a consumação do delito . A realização da 1ª etapa do ciclo de lavagem, o simples “esconder”, já seria suficiente para a consumação do tipo penal.

Por outro lado, há quem afirme o contrário, no sentido de que mera “ocultação” não é lavagem de dinheiro quando desacompanhada de um ato adicional, seja objetivo, seja subjetivo, que aponte para a busca de reinserir os bens na economia formal .

Neste último sentido, o que nos parece em consonância com alguns votos de ministros integrantes do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (Caso “Mensalão”) referentes à lavagem de dinheiro , caso paradigmático no Brasil até então sobre os conceitos aqui elucidados, no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro não se limita a uma simples ocultação de bens, mas exige “algo mais” .

Note-se que nenhum deles exige a reintrodução dos valores ilícitos na economia, uma vez que o tipo penal não impõe tal circunstância. Porém, todos destacam a necessária demonstração desse algo a mais do que a mera ocultação, seja um ato objetivo, seja uma finalidade específica revelada naquele contexto.

Na visão de Bottini e Badaró , a lavagem seria uma espécie de favorecimento real qualificado pela intenção de ocultar os bens através de sua reciclagem. Não se trata

mais do simples escamoteamento para tornar seguro o proveito do crime, mas da ocultação ou dissimulação que indique uma tentativa — presente ou futura — reintegração do produto do crime à economia com aparência de licitude.

Por isso, o tipo penal de lavagem — na forma do caput do artigo 1.º — apresenta-se como “assimétrico”, pois o elemento volitivo não recai apenas sobre os elementos objetivos do tipo (dolo), mas se estende à reinserção do capital na economia formal. Ainda que tal reintegração não seja necessária para a consumação tipo, é imprescindível a demonstração da vontade de alcançá-la, no plano subjetivo. Do contrário, haverá apenas favorecimento real, desde que o autor da ocultação seja distinto daquele que cometeu o crime antecedente.

A vontade de reciclar os valores obtidos pode ser compreendida a partir de premissas indelévels trazidas da legislação societária e de regramentos financeiros regulatórios que foram ignorados dolosamente pelo denunciado quando promoveu “transações entre partes relacionadas” para recolocar os valores na economia formal, de forma a aparentar a licitude da operação.

Ressalta-se que a ausência de apresentação adequada das demonstrações financeiras no Relatório de Auditoria pode, por exemplo, nos casos das “zombie firms”, pressupor um fator importante na análise do tipo objetivo sobre as fases da lavagem pois demonstra a intenção de ocultamento das transações entre partes relacionadas o que afetou o processo de tomada de decisão quanto à divulgação ou não dessas transações aos demais acionistas, sendo altamente relevantes as referidas informações aos mesmos.

Uma empresa “zumbi” (*zombie firms*, conforme citado pelo estudo global feito pela KPMG em 2019), apesar dos inúmeros conceitos que o termo pode apresentar, refere-se àquelas que possuem negócio que é incapaz de cobrir seus custos de serviço da dívida com os lucros atuais por um longo período; ou, no sentido que aqui se pretende analisar, de qualquer empresa que recebe crédito subsidiado como um ‘zumbi’. Neste sentido, apresenta as seguintes características: estão no mercado, têm suas operações e estratégias aparentemente funcionais, mas possuem características que remetem a um organismo decrépito (no sentido de estarem em crescente decomposição).

Afirma-se essa perversidade das “zombie firms” com base em relatório da KPMG, a qual indica que em vários setores da economia, não só no Brasil, mas no mundo todo, devido à enorme quantidade de *players* do setor de mercado - sejam acionistas e investidores -, a existência de empresas “zumbis”, que mascaram seus índices de liquidez no mercado, elevam os riscos para além dos diretamente afetados, há uma afetação da economia em geral e são considerados pela KPMG como riscos reais.

Isso porque as empresas altamente alavancadas podem em breve descobrir que o empréstimo que uma vez foi acessível, logo se tornará difícil de reembolsar pela ausência de capacidade econômica de empresas “zumbis”, o que promove, para a coletividade em geral, um efeito sistêmico de prejuízos, inclusive, gerando impacto no aumento de taxas de juros para futuros investidores para cobrir eventuais prejuízos financeiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, deve-se ressaltar que a ausência de apresentação adequada das demonstrações financeiras pode pressupor um fator importante, inclusive, na análise do tipo objetivo sobre as fases da lavagem de dinheiro pois demonstra a intenção de

ocultamento das transações entre partes relacionadas o que afeta o processo de tomada de decisão quanto à divulgação ou não dessas transações aos demais acionistas, sendo altamente relevantes as referidas informações aos mesmos, típicos de empresas zumbis, as quais geram problemas não apenas para os acionistas minoritários e demais componentes das entidades empresariais, mas também afetam toda a ordem econômica no entorno, uma vez que os prejuízos financeiros podem impactar finanças públicas e toda a comunidade em geral.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, vol. 2. São Paulo: RT.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro: no que consiste o ocultar necessário ao crime? **Conjur**, set-2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-22/direito-defesa-lavagem-dinheiro-consiste-ocultar-necessario-crime> , acesso em: 10.01.2021, p.1.

BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Deliberação CVM n. 560 de 11 de dezembro de 2008**.

BRASIL. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Deliberação CVM Nº 26 de 05 de fevereiro de 1986**.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Penal 470. CARVALHOSA, Modesto, **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Volume 2. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, e-book.

CASTRO, Rodrigo Rocha Monteiro de et.al. (COORDS.). **Direito Societário, Mercado de Capitais, Arbitragem e Outros Temas: Vol.1**. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

KPMG. **Zombie Firms**. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=zombie+firms+kpmg>. Acessado em 10.01.2021.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT.

SILVA, Alexandre Couto. **Conflito de Interesses: Problemas de Agência** in: **Direito Societário: 35 anos da Lei de Sociedades por Ações**. Coord. Alexandre Couto Silva. São

Revista Científica Doctum: Multidisciplinar

CARDOSO , *Rafhaella*; **MARTINS**, *Vidigal Fernandes*. **PRONUNCIAMENTO TÉCNICO CPC 05 NA AUDITORIA CONTÁBIL: prevenção de riscos decorrentes das transações entre partes relacionadas e as “Zombie Firms”**

Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

SLACK, N.; CHAMBERS, S.; JOHNSTON, R. **Administração da produção**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.